ARNOLDI VINNII JC.

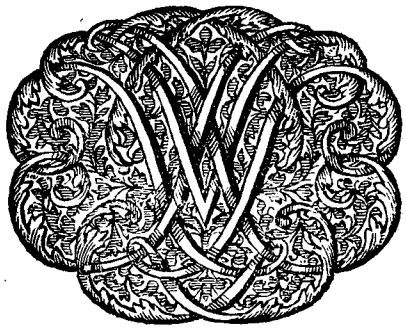
IN QUATUOR LIBROS

INSTITUTIONUM IMPERIALIUM COMMENTARIUS

Academicus & Forenſis.

JO. GOTTL. HEINECCIUS JC.

RECENSUIT, ET PRÆFATIONEM NOTULASQUE ADJECIT.



LUGDUNI BATAVORUM,

Apud JOANNEM VANDER LINDEN, Juniorem.

MDCCXXVI.

CELEBERRIMIS ERUDITISSIMISQUE VIRIS,

D. ANTONIO SCHULTINGIO,
D. JOANNI JACOBO VITRIARIO,
D. JOANNI ORTWINO WESTENBERGIO,
D. CORNELIO VAN ECK,
D. EVERARDO OTTONI,
D. DOMINICO BALCK,
D. JOANNI GOTTL. HEINECCIO,

Juriſconſultis & in Academia Lugduno-Batava, Ultrajectina, ac Franequerana Anteceſſoribus Praeſtantiſſimis,

S. P. D.

JOANNES VANDER LINDEN.

QUanto ab illo tempore, quo me Arti Librariae dedi, flagraverim deſiderio, ut maſculi Juris Romani cultoribus, edendis eruditis Operibus, rem gratam facerem, teſtantur jam impreſſi a me libri, cum prelum meum non lucri tantum gratia, (quod iis unice in votis eſt, qui nulla neque bonitatis neque utilitatis habita ratione, promiſcue omnia in lucem protrudunt,) occupatum fuerit, verum ea tantum protulerit, quae Doctiſſimi ac Celeberrimi Viri luce digna judicarunt. In eum quoque finem magno labore ac ſumptibus alterum jam annum edendo *Juris Romani Theſauro* intentus fui. quid in eo praeſtiterim, aliis dijudicandum relinquo, atque illis liquido apparebit, quibus antiquas editiones cum hiſce poſterioribus conferre operae pretium viſum fuerit. Ut autem opus illud inſtituerem, praecipuus & graviſſimus mihi

auctor fuit Nobiliſſimus & Ampliſſimus Vir, CORNELIUS VAN BYNKERSHOEK, Supremae Curiae Hollandiae, Zelandiae & Friſiae Praeſes Sagaciſſimus, cujus auſpiciis omnia exquiſita ac digeſta ſunt; & Quem, cum pro humanitate, comitate ac multis ejus beneficiis parem gratiam referre nunquam potero, illo nomine ſuſpicere, colere atque admirari nunquam deſinam.

Non defuerunt etiam alii Viri Doctiſſimi & Anteceſſores Clariſſimi, in quibus Vos non infimum obtinetis locum, qui ad ea opera, quae Auditoribus ſuis prodeſſe poſſent, edenda animum mihi addidere & calcar: quapropter conſilium cepi *Commentarium Inſtitutionum* Doctiſſimi VINNII, ſaepius alibi & nuper Antverpiae impreſſum, ſed male habitum, ac plurimis ſcatentem vitiis, quam accuratiſſime, variis inſuper iiſque doctiſſimis notulis additis, recudendi; Opus omnigena eruditione, atque adeo Doctorum omnium calculis probatum. Non diu igitur mihi ambigendum fuit, quibus potiſſimum Viris Novam hanc Editionem, tanquam Diis tutelaribus commendarem: res enim loqui videbatur atque efflagitare, ut in ſinum illam Veſtrum deponerem: Veſtrum, inquam, qui praeterquam quod in Celeberrimis noſtrae Reipublicae Academiis Anteceſſores aureum hunc *Inſtitutionum* librum Auditoribus Veſtris praelegatis, atque adeo patroni ejus jure ſitis dicendi, partim conſilio, partim re ipſa cum in hoc, tum in aliis praeſtantiſſimis Scriptoribus edendis adeſſe mihi voluiſtis.

Liceat ergo mihi tandem, Celeberrime SCHULTINGI, grato animo proſequi Tua ſumma in me merita, ac publice maximas Tibi agere gratias pro ſingulari erga me benevolentia ac facilitate illa, qua mihi in rebus difficilibus prudenti tuo conſilio indigenti aditus ad Te ſemper patuit, & pro multis aliis beneficiis, quae nunquam apud me intermoritura profiteor.

Tibi etiam, Clariſſime OTTO, non uno nomine me obſtrictum lubens fateor, maxime autem quod mihi operam tuam & conſilium in edendo *Juris Rom. Theſauro* non denegaveris, eumque doctiſſimis Praefationibus, veluti totidem gemmis, augere volueris

lueris ac decorare, pro qua humanitate meritam Tibi ac debitam habeo gratiam.

At novae hujus VINNII editionis ſplendorem ſoli Tibi, Doctiſſime HEINECCI, qui recenſionem ejus ſummo de Juriſprudentia bene merendi ſtudio in Te ſuſcepiſti, variaſque Annotationes adjeciſti, deberi grata hic agnoſco memoria, praedicaturus ſemper hoc atque alia in me beneficia eo quo decet candore, quamdiu vita mihi frui licebit.

Vos vero, VIRI CLARISSIMI ATQUE ERUDITISSIMI, univerſi ac ſinguli, patiamini, quaeſo, me exiguum hoc officii ſpecimen Vobis offerre, non ea intentione, ut Veſtra in Juriſprudentiam, vel etiam in me privatim merita, vel pro modica parte me fore conſecuturum auſim ſperare, verum ut publice teſtatum faciam, quantum Vobis pro beneficiis Veſtris debere me agnoſcam.

Accipite igitur vultu ſereno atque hilari hoc tenue quidem munus, at obſervantiae & gratiſſimi erga Vos animi pignus; quod, ut favore Veſtro amplecti velitis, enixe rogo, idque ſi obtinuero, Veſtramque in eo voluntatem perſpexero, erit quod mihi ſummopere gratuler, meiſque de re literaria bene merendi conatibus acerrimum admovebitur calcar. Ceterum velim, perſuaſum habeatis, *Viri Celeberrimi atque Eruditiſſimi*, nihil mihi tam carum fore, quam ſtudium erit in praedicanda habendaque Vobis gratia. Interim Deum Opt. Max. ſupplex precor, ut Vos ad ſplendorem & ſalutem Academiarum florentiſſimarum incolumes diutiſſime conſervet. A Vobis autem etiam atque etiam peto, ut me amare, & auxiliis conſiliiſque Veſtris in re literaria promovenda porro adjuvare ne dedignemini. Valete Viri Eruditiſſimi. Lugduni in Batavis, Kalendis Aprilis MDCCXXVI.

LECTORI

S. P. D.

JO. GOTTL. HEINECCIUS.

CUM multa à viris etiam doctiſſimis reprehendi ſolent in operoſa illa ac præclara Juſtiniani legislatione: tum ſæpenumero quibuſdam mirari contingit, atque etiam ſtomachari, quod Imperator, illa perfecta, Jureconſultis leges interpretandi illuſtrandique facultate, tanquam aqua & igni, interdixerit, eoſque ad conficienda admonitoria, ὠφελήματα atque indices improvido conſilio damnarit (a). Legum enim interpretationem tam credunt plerique neceſſariam, ut ea civitatem non facilius, quam ipſis legibus, carituram, officiumque Juriſconſultorum ſine illa præclara facultate inane atque infructuoſum reipublicæ futurum, arbitrentur. Qua fronte, inquiunt, JCti ſuſtinebit nomen, qui leges neſcit? Leges autem quo pacto ſcire ſe dixerit, qui verba earum tenet, non vim ac poteſtatem? (b) Vim denique ac poteſtatem legum an quiſquam, quantacumque ſit ingenii perſpicacia, adſequetur, ſi non modo interpretationes nullæ exſtent, verum etiam iis, qui hanc reipublicæ operam navare cupiunt, grave ex lege Cornelia judicium immineat? (c) Accedit, quod quum nulla lex, nullumque SCtum, teſte Juliano, (d) ita ſcribi poſſit, ut omnes, qui quandoque inciderint, caſus comprehendant, imperfectam admodum ac veluti macilentam eſſe oporteret juriſprudentiam, niſi illi ſuccus ac ſanguis ex interpretatione prudentum accederet. Denique & experientiam, rerum omnium magiſtram, Romanos docuiſſe exiſtimant, hac Jureconſultorum opera rempublicam carere non poſſe. Sane enim quid artificioſius unquam ſcriptum fuiſſe dicamus, quam illum XII. Tabularum libellum, cujus νομοθεσίαν βραχέως καὶ ἀπερίτ⌈ως συγκειμένην & poſteri, teſte Diodoro Siculo (e) unice ſunt admirati; quem Craſſus apud Ciceronem (f) *omnibus omnium Philoſophorum bibliothecis* antepoſuit, quem denique Livius (g) *fontem univerſi publici privatique juris*; & Tacitus, (h) ſcriptor πολιτικώτατος, *finem æqui juris* vocare non dubitavit? Et tamen his legibus latis, ſtatim cœpit neceſſaria videri interpretatio prudentum diſputatioque fori, (i) eique unice acceptum ferimus, quod juriſprudentia Romana in tam auguſtam atque admirabilem diſciplinam efflоruerit. Quod ſi autem ea JCtorum diligentia carere non potuit civitas, quum exiguum illud legum Decemviralium corpus, tam elegante atque abſoluta brevitate verborum compoſitum, (k) in foro regnaret: qui fieri, quæſo, poſſet, ut opus Juſtinianeum diffuſiſſimum, atque ex innumeris variorum auctorum fragmentis conſutum ſine interpretum commentariis ab ullo mortalium intelligatur? Quam multa enim in eo ſunt ſubtilia? quam multa abſtruſa? Quantum ubique veteris philoſophiæ, quantum antiquitatis, quantum juris publici latet? Quam

(a) Conſtit. *Deo auctore.* §. 12. *de concept. Dig.* (b) *L.* 17. *ff. de legib.* (c) Conſt. *Tanta.* §. 21. *de confirm. Digeſt.* (d) *L.* 10. *l.* 11. *l.* 12. *ff. de legib.* (e) Diodor. Sicul. *lib.* XII. *cap.* 26. (f) Cic. *de Oratore lib.* I. *cap.* 44. (g) Liv. *lib.* III. *cap.* 34. (h) Tacit. *Annal. lib.* III. *cap.* 27. (i) *L.* 2. §. 5. *ff. de orig. jur.* (k) Gell. *Noct. Att. lib.* XX. *cap.* 1.

Quam ſæpe etiam contingit, ut leges quædam ſive vere, ſive in ſpeciem pugnantes crucem figant viris doctiſſimis? Si autem & ii, qui haut mediocri doctrinæ ac litterarum præſidio inſtructi ad ſacra illa accedunt, aliquando hæſitant, ac in tanta interpretationum copia Delio ſibi natatore opus eſſe fatentur: quid illis contingeret, qui omni interpretationis lumine deſtituti veluti illuni nocte per vaſtam legum ſilvam ire, ibique inveſtigare juberentur artem æqui & boni, non minus occultam ac repertu difficilem, quam fatalem illam virgam fuiſſe fingunt, de qua Sibylla apud Virgilium: (a)

Latet arbore opaca
Aureus & foliis & lento vimine ramus,
Junoni infernæ dictus ſacer: hunc tegit omnis
Lucus, & obſcuris claudunt convallibus umbræ.

Ita illam Juſtiniani providentiam nonnulli exagitant: nihilque rectius factum eſſe arbitrantur, quam quod iniquiſſimam iſtam ſanctionem, quam Accurſius (b) abſona interpretatione emollire cupiebat, tacitis ſuffragiis abrogarit æquior rerum æſtimatrix, poſteritas.

Enimvero quamvis hæc ſint dictu ſpecioſa, tamen conſideranti rem paullo accuratius, non adeo abſurdum mihi videtur Juſtiniani conſilium, quod illi quam maxime vituperandum exiſtimant. Fuit ſane illa non modo Juſtiniani, ſed ſapientiſſimorum quorumvis legislatorum ſententia, non expedire reipublicæ ſubtiliores de legibus diſputationes, haſque potius memoriæ mandandas, factiſque exprimendas, quam explicandas eſſe commentariis. Nulli olim Spartæ erant Juriſconſulti, nulli Labeones, Sabini, Juliani, qui Lycurgi leges interpretarentur: & nullus tamen populus Spartanos juſtitia ac diſciplinæ ſeveritate ſuperabat: quum contra Romæ, atque apud ipſos Hebræos, ubi viri doctiſſimi in interpretandis legibus omnem operam induſtriamque collocabant, eo minus jus diceretur ſecundum leges, quo magis ferveret jurisprudentiæ atque eloquentiæ forenſis ſtudium. Nimirum ita comparata eſt legum ratio, ut quo ſimpliciores ſunt ac pauciores, eo certius plerumque ac promtius ex iis jus dicatur, (c) quantoque magis cives videas τὰς στοὰς ἐμπιπλάναι γραμμάτων, *porticus implere litteris*, tanto facilius eveniat, ut quemadmodum vis morborum pretia medentibus, ſic fori tabes pecuniam cauſſidicis ferat (d). Et hoc ipſum profecto veritus Juſtinianus conticeſcere juſſit Jureconſultorum oracula, calamiſque ſcripturientium commentarios ferias indixit, *ne, quod in antiquioribus factum eſt, per contrarias interpretantium ſententias totum jus conturbaretur*, (e) vel, uti alibi (f) conſilii rationem reddit, *ne verboſitas interpretum aliquod legibus adferret ex confuſione dedecus, quod & in antiquis edicti perpetui commentatoribus factum, qui opus moderate confectum huc atque illuc in diverſas ſententias perducentes in infinitum diſtraxerint, ut pæne omnis Romana ſanctio fuerit confuſa.* Itaque experientia docuerat Juſtinianum, quantum detrimenti jus Romanum paſſum ſit non modo à fori tintinnabulis, verum etiam ab anteceſſoribus, qui ſe gryphorum jurisprudentiæ interpretes profitebantur. Quæ enim fuerit horum hominum ante Juſtinianum conditio, non ſine ſale docet ſcriptor ejus ætatis graviſſimus, Ammianus Marcellinus, (g) qui poſtquam eorum temporum cauſſidicos & juriſperitos in certas claſſes deſcripſit, de ſecunda ita judicat: *Secundum eſt genus eorum, qui juris profeſſi ſcientiam, quam repugnantium ſibi legum*

(a) Virgil. *Aeneid. lib.* VI. *v.* 136. *ſequ.* (b) Gloſſ. *ad l.* 1. §. 12. *C. de vet. jur. enucl.* Commentarios illi adplicare. *Scilicet faciendo & addendo novas leges, nam non prohibet exponi iſtas. Sed verius eſt, quod reprobet, ut ſtatim patet.* (c) Strabo *Geogr. lib.* VI. *p.* 179. (d) Tacit. *Annal. lib.* XI. *cap.* 6. (e) Conſt. *Deo auctore* §. 12. (f) Conſt. *Tanta* §. 21. (g) Ammian. Marcell. *lib.* XXX. *cap.* 4.

gum abolevere diſcidia, velut vinculis ori impoſitis reticentes, jugi ſilentio umbrarum ſunt ſimiles propriarum. Hi velut fata natalitia præmonſtrantes, aut Sibyllæ oraculorum interpretes, vultus gravitate ad habitum compoſita triſtiorem, ipſum quoque venditant, quod oſcitantur. Hi ut altius videantur jura callere, Trebatium loquuntur, & Caſcellium, & Alfenum, & Auruncorum Sicanorumque jamdiu leges ignotas, cum Euandri matre abhinc ſæculis obrutas multis. Et ſi voluntate matrem tuam finxeris occidiſſe, multas tibi ſuffragari abſolutionem lectiones reconditas pollicentur, ſi te ſenſerint eſſe nummatum. Quum itaque animadvertiſſet Imperator, iſta interpretationum multitudine ac varietate ita jus omne turbatum eſſe, ut omnia vera falſa, juſta injuſta, æqua iniqua æque facile in foro defenderentur: an frænos iterum laxaret forenſi iſti atque academicæ licentiæ? an pateretur juri, à ſe in ordinem qualemcumque redacto, novis argutiis novas offundi tenebras? Nonne conſultius erat, omnes Jureconſultorum commentarios ad Garamantas relegare, quam eidem, quo paullo ante defuncta erat, periculo de novo exponere rempublicam?

Quamvis autem ita conſilii ratio conſtiterit Juſtiniano: nolim tamen ego, quenquam exiſtimare, omnem, quæ noſtris temporibus in interpretando illuſtrandoque jure collocatur, operam atque induſtriam inanem atque infructuoſam mihi videri. Neque ego profecto ita cenſeo, neque illis Juſtiniani ſanctionibus viris juriſprudentiæ gnaris calamos hodie è manibus extorqueri arbitror. Hanc modo ſummam jam facio cogitationum mearum, cum periculo haut levi conjunctam eſſe promiſcuam illam jura interpretandi licentiam, adeoque nec æquitati nec prudentiæ refragari graviſſimas illas Juſtiniani ſanctiones. Sane quod cum periculo aliquo conjunctum eſſe arbitramur, id non ſtatim proſcribendum aut ab uſu removendum dicimus: & quo facile caruerunt Juſtiniani tempora, quibus, uti ait Cujacius (a), jus omne clarius & in uſu quotidiano erat poſitum, eo & nos non illico æque facile carebimus hac ætate, qua jus peregrinum, variis locis corruptum, & diuturna deſuetudine obſcuratum in Fora & Academias penetravit. At quam caute ea interpretandi facultate utendum ſit, quamque facile jus in tanta interpretum multitudine in ſummam ambiguitatem prolabatur, ipſi, qui jam inde ab Irnerii temporibus prodierunt, commentarii, mille plauſtrorum onus, unumquemque docebunt. Sane quo plures evolveris, quantoque elegeris majores, tanto magis adparebit, id, quod generatim dixit Callimachus, (b) μέγα βιβλίον ἴσον εἶναι τῷ μεγάλῳ κακῷ, de pleriſque iſtis commentariis eſſe veriſſimum. Habebis Sardos venales, alios aliis nequiores: ſed ut quiſque erit amplior ac diffuſior, ita pejor videbitur indoctiorque reliquis, ut fatendum ſit omnino, beatam futuram fuiſſe juriſprudentiam, ſi nunquam in manus tam illotas incidiſſet, ratumque vel iſtis tantum temporibus fuiſſet edictum Juſtiniani, quod legis Corneliæ pœnam irrogari jubet tam ineptis commentariorum conſarcinatoribus. Quod ne cui gravius ac liberius dictum videatur, qualem eſſe oporteat bonum interpretem, & quales ſint plerique, quos illi indoctæ doctorum turbæ debemus, commentarii, paucis oſtendere juvabit. Multis profecto partibus pulcherrimum iſtud atque utiliſſimum interpretum officium abſolvitur. Primum enim iis in id elaborandum eſt, ut ipſi iis inſtructi ſint præſidiis, quibus lucem obſcuris fœnerare poſſint: deinde ut genuinam cujuſque orationis ſententiam eruant, ac demonſtrent: tum porro, ut nec falſa doceant, nec ab arte ſua aliena: poſtremo, ut ne rem minus obſcuram confuſa tractandi ratione & horrido, incomto, agreſtique dicendi genere reddant obſcuriorem. Has vero dotes in bono interprete admirantur omnes, ſine his interpretem nec proficere quidquam, nec

(a) Cujac. *præfat. paratitl. Digeſt.* (b) Callimach. apud Athen. *Dipnoſ. lib.* III. *p.* 72.

nec operæ pretium facere cenſent. At interpretes ipſos, in quibus illæ præclaræ virtutes enituerint, non dicam illo Bartoliſtarum ævo, ſed & poſt felicem illam temporum reparationem, reperies pauciſſimos, &

vix totidem, quot
Thebarum portas, vel divitis oſtia Nili.

Primo enim, quod ad litterarum præſidia attinet, à quibus inſtructum eſſe oportere diximus interpretem, quis, quæſo, tam eſt ſtolidus, ut ad intelligendum jus Romanum multum adjumenti nobis attuliſſe exiſtimet eos, qui nec Græcas nec Latinas docti litteras, ubi in Græcum vocabulum incidunt, quaſi oblata quadam gemma magica, exclamant: *Græcum eſt, non poteſt legi*; qui *juriſdictio* an *juriſditio* dicendum ſit, addubitant: quibus denique *vis & poteſtas* eſt poteſtas violenta, violenta autem poteſtas, quæ invito etiam tutori defertur? Quid deinde lucis ſperes ab illis tenebrionibus, qui rudes hiſtoriæ ac antiquitatum, credere nos jubent, Auguſtum voluiſſe adoptare Germanicum, eoque refragante callide perſuaſiſſe cuidam Tiberio, ut ipſe Germanicum adoptaret, ſeque ipſum ſibi daret arrogandum: qui ſerio nobis narrant, ad beſtias datos olim homines, *ut beſtias deducerent, vel cum iis comederent, vel alia beſtialia facerent:* patres conſcriptos dictos, *quod nomina eorum ſcripta fuerint in aliquo loco, vel in corona capitis eorum:* ædituos fuiſſe præfectos vigilum, quique cum iis noctu urbem circumierint: ſtadia urbium eſſe, *octavam partem milliarii, quam Hercules cucurrerit uno anhelitu:* teſtamenta in procinctu facta dici, *quod ſuccincte fierent:* libripendem eſſe *æſtimatorem*, & libram æneam *rem æſtimatam, vel hereditatem, quia hæc tanquam libra dividatur in duodecim uncias:* actionem Servianam eſſe *à ſervando* dictam, & innumera hujus generis alia, quæ ipſe

Non ſani eſſe hominis, non ſanus juret Oreſtes?

Ne autem talia ex barbaro illo ævo & ex Accurſii tantum ingenio profecta exiſtimes, etiam poſt felicem litterarum παλιγγενεσίαν haut pauca non multo meliora reperies in ſcriptis eorum, qui incredibilem ſibi famam juriſprudentiæ ſtudio pepererunt. Vix itaque eſt, quod Accurſio ſuccenſeamus, quum & in melioris ævi commentariis, quorum auctorum nominibus nunc parco, legamus, Juſtinianum parte ſuperioris Germaniæ ſubacta, Alemannici nomen adoptaſſe: leges Romanorum dividendas eſſe in conſulares & decemvirales; Aediles quoſdam vocatos *curules*, quod *curam* ſacrarum ædium geſſerint: legem Fuſiam Caniniam perlatam eſſe à quodam Fuſio Caninio: filiosfamilias dici *in ſacris paternis eſſe*, quia iis ſancta eſſe debeat patris perſona: *Deportare* eſſe, quaſi extra *portam* civitatis dare: Claudium Imp. ſanxiſſe, ut Coſſ. pupillis tutores *extra ordinem*, id eſt, non ſervato agnatorum proximorum ordine, darent: Imperatores dictos eſſe *Pios*, quod clericis admodum faverint: à conſulibus nomina conſequutas eſſe leges Hortenſiam & Atiliam: Auguſtum triplicem libertinorum conditionem introduxiſſe: & quæ ſunt hujus generis alia. Sexcenta enim his ſimilia in commentariis JCtorum non proletariorum vel capite cenſorum, ſed claſſicorum quoque animadvertes, ſi te eorum lectioni dederis. Hos vero an ſatis inſtructos ad hoc interpretandi munus acceſſiſſe credibile eſt? An non jure potius iſtis occlames:

Non tali auxilio, nec defenſoribus iſtis
Tempus eget?

Quod deinde ad genuinam orationis ſententiam attinet, eam non modo ex ipſis verbis, eorumque ſignificatione, verum etiam ex conjunctis loco & tempore eruendam eſſe, ii omnes cenſent, qui ſunt artis illius ἑρμηνευτικῆς paullo peritiores. Eo conſilio olim Antiſtius Labeo, Jureconſultorum ſuæ ætatis facile princeps, teſte Gellio

(a) *in*

(a) *in Grammaticam ſeſe & dialecticam, litteraſque antiquas altioreſque penetraverat, & Latinarum vocum origines percallens ea præcipue ſcientia ad enodandos pleroſque juris laqueos utebatur.* Quumque hodie libri noſtri ex variis variorum fragmentis tanquam centones conſuti ſint, recte ſuſpicati ſunt viri quidam doctiſſimi, genuinam legum ſingularum ſpeciem adſequi poſſe neminem, niſi qui comparatis inter ſe conjunctiſque fragmentis, quæ ex eodem libro ſuperſunt, omnibus, de quo juris capite ibi actum ſit, in numerato habeat. Sane hujus myſterii indicium jam pridem fecerunt viri quidam doctiſſimi, ejuſque uſum poſt Ant. Auguſtinum, Jac. Cujacium, P. Fabrum ſingulari diatriba Jac. Labittus; exemplis autem illuſtriſſimis Jo. Gœddeus & Jac. Gothofredus oſtenderunt, viri ſane in arte noſtra ſummi,

Quos aget penna, metuente ſolvi,
Fama ſuperſtes.

Sed quotusquiſque vel olim vel hodie in tanta litterarum luce non infra JCti dignitatem eſſe putat, litteras illas attingere, quibus ſe plane immerſit Labeo? Quotusquiſque ſe tantis exemplis excitari paſſus eſt, ad illud fragmenta inter ſe comparandi artificium? Tantum ſane abeſt, ut iſtud adhibuerint interpretes, ut plerique illud hodienum alto ſupercilio deſpiciant, & per contemtum adnumerent revelationibus (b). Permultum porro ad libros noſtros intelligendos utilitatis adferre Græcos interpretes, res ipſa docet, & præclare demonſtrat Car. Hannib. Fabrottus (c). *Equidem*, inquit Vir Doctiſſimus, *non inficior, nævos eſſe quoſdam & παροράματα in Græcorum commentariis. ſed hæc fere leviuſcula ſunt præ iis, quæ veriſſime & diligentiſſime Græci nobis explanata reliquerunt. Et ut de ceteris taceam, quis nobis titulum de fideicommiſſariis hereditatibus fidelius & doctius explicavit, quam Theophilus noſter? quis titulum de litterarum obligatione & titulum* XII. *Inſtitutionis tertiæ felicius enarravit, quam idem auctor graviſſimus, ut adpellat Cujacius, interpretum facile præcipuus? Quis Latinorum, quæſo te, Lector, Inſtitutiones, hoc eſt, libellum aureum accuratius interpretatus eſt?* Et paucis interjectis: *Quantum profecerit Jac. Cujacius, oculus juriſprudentiæ, legendis & enucleandis Græcorum commentariis, ignorare non poteſt, niſi qui peregrinus eſt in ejus ſcriptis. Quam multa præclara, neque in ſcholis juris decantata, neque in doctorum commentariis protrita, hinc hauſerit, ſciunt æqui & periti harum rerum judices, iniqui vero & Græcæ linguæ neſcii diſſimulant, aut, quod verius eſt, non vident: oculique eorum ad hunc ſolem ſuffunduntur.* Sed quotusquiſque JCtorum hodienum Græca hæc attingit? Quotuſquisque ejuſmodi libris vel locum in bibliotheca concedit, vel quidquam inde in uſus ſuos depromit? Exſtat commentarius in Inſtitutiones, ſatis tritus doctorum manibus, in quo ubi βασιλικῶν incidit mentio, auctor de iis non aliter loquitur, ac de opere ſibi ignoto, ac jam pridem deperdito, & de quo nihil habeat, quod pro certo adfirmet, quam quod Baſilica vocati ſint libri, qui contineant leges ab Imperatoribus promulgatas & compoſitas. Alii, qui nihil ignorare videri volunt, Ottonis Taboris exemplum ſequuntur, & Græculos illos nugivendulos nihil ad nos pertinere, fabuliſque meris indulgere clamant. Quam multa itaque fugiſſe oportet pleroſque interpretes, qui hoc inſigne præſidium nullo loco habuerunt, famæque ſuæ metuerunt, ſi tam magnum ac memorabile facinus auſi, ad illa Græcorum oracula proficiſcerentur? Quid porro de veritatis dicam ſtudio, quo nihil prius, nihilque antiquius eſſe debebat interpreti? An tu illam feliciter repertam fuiſſe dicas veteribus, qui illam veritatem inveſtigandi ratiocinandique artem ſciebant cum ignariſſimis? An a novis plus ſperes, qui Petri Rami dialecticæ innutriti, unum didi-

(a) Gell. *Noct. Attic. lib.* XII. *cap.* 10. (b) Jac. Gothofred. *Præfat. Comm. ad Reg. jur.* (c) Fabrott. *Apol. pro Græcis*, edita cum *Exercitationibus* XII. Pariſ. 1639.

didicerant τὸ διχοτομεῖν, id eſt, artem egregiam, quinque digitos in duos ordines diſtinguendi? An tu porro veritatem quæras in eorum commentariis, qui id ſibi negotii datum credebant, ut omnia ſuperiorum placita labefactarent ac ſubverterent, & quaſi clavum clavo ſic opinionem opinione tradentes eo demum rem perducerent, ut jam non difficile videatur ſententias etiam abſurdiſſimas mille JCtorum teſtimoniis ſtabilire? Obſervavit Franc. Hotomanus, (a) celebrem illum, Andream Tiraquellum ſæpe in libris ſuis, quos citationibus auctorum inſtructiſſimos edidit, poſtquam conſentientia centum aut plurium doctorum ſuffragia accumularit, hanc aut ſimilem orationem ſubjungere: *Ut videas, amice Lector, nihil eſſe in jure noſtro non ambiguum, & diſputationibus ac controverſiis involutum, volo tibi totidem, aut plures, recenſere, qui ſunt in opinione prorſus contraria*, & ſub hæc ingentem aliorum doctorum indicem pertexere, qui in alia omnia eant. Quid vero veritatis ſtudioſo utilitatis adferat illa diſcrepantium opinionum farrago, niſi ut perlecta illa idem ſibi contingere videat, quod tribus conſultis advocatis contigiſſe ſibi queritur Demipho apud Terentium: (b)

Feciſtis probe:
Incertior ſum multo, quam dudum.

Accedit, quod quum inter omnes conſtet, veritatem non auctoritate doctorum, ſed legum rationumque fundamentis niti: pleriſque interpretantibus jura potior ſemper fuerit gloſſæ, quam recta ratio & legum auctoritas. Hinc ubique in libellis hujuſmodi doctorum turmæ in aciem educuntur, manatque hoc exemplum in fora, in quibus certam præſumunt victoriam, ſeque jactant magnifice, qui pro ſe Sandium, Chriſtinæum, Weſembecium, Schneidewinum, Carpzovium, Mevium, vades dederunt. Quaſi vero veriſſimum ſit, quod plurimis videtur, & non æque facile ſit, alium gloſſatorum exercitum conſcribere, qui priori opponatur. Jam quod proximum inter virtutes interpretis poſui, ut ne in rebus ab arte ſua alieniſſimis occupetur, quanti momenti ſit, nemini dubium eſſe poteſt. Quis enim philoſophum ferret, qui de virtute diſputaturus, quædam de primis mundi elementis præmitteret, deinde accurate explicaret, quid ſit glacies, hinc porro, quot ſint conjugationes, quotque partes orationis, ſubtiliter diſquireret, ac demum in rem præſentem veniens, an ſit virtus, quid ſit, & quotuplex, breviſſimis verbis attingeret potius, quam explicaret? Mirarer ſane, ſi qui hunc philoſophum audiunt, non, ut olim Abderitani, Hippocratem quendam arceſſerent, qui homini nimis inepte ſtulto, primum crebram ambulationem, ad hoc betæ malvæque eſum, poſtremo vomitum præſcribat, & ita perpurgatum mittat Anticyras. Aſt ita tamen diſputare ſolent quidam non infimi ſubſellii juris interpretes, qui explicaturi titulos Juſtiniani, primum quærunt an inſtrumentis notariorum præmittenda ſit invocatio nominis divini? num & Imperatoris nomen & titulus univerſus? an eligi poſſit Imperator, niſi origine Germanus? taliſne fuerit Carolus M? an & Epiſcopum e gremio Eccleſiæ eligi oporteat? Hinc ad rem ipſam ſe accingentes diſputant, fueritne Juſtinianus orthodoxus? an litteras norit? an & Latinam linguam percalluerit? unde triumphus nomen acceperit? an Imperator ſit mundi dominus, provinciamque Romani imperii alienare poſſit? Valeatne ac rata ſit donatio Conſtantini Magni? En egregiarum quæſtionum farraginem, quibus enodatis, tunc demum intelligi à nobis exiſtimant horribile iſtorum verborum ſecretum: *Imperator, Cæſar, Flavius Juſtinianus, Alemannicus, Gothicus, Francicus, Germanicus, Anticus, Alanicus, Vandalicus, Africanus, Pius, Felix, inclytus, victor ac triumphator ſemper auguſtus, cupidæ legum juventuti S.* Iidem in explicanda juſtitiæ definitione occupati,

(a) Hotom. *Antitribonian. cap.* XIV. (b) Terent. *Phorm. Act.* II. *ſcen.* 4. *v.* 18.

anxie quærunt, unde juris nomen deſcendat? cur titulus inſcribatur de juſtitia & jure, ac non potius de jure ac juſtitia? quæ juſtitia à Juſtiniano definiatur? divina, an humana? univerſalis, an particularis? commutativa, an diſtributiva? quare JCti ſint ſacerdotes juſtitiæ? an dentur caſus pro amico? cur rectius dicatur voluntas ſuum cuique tribuendi, quam ſuum cuique tribuens? an JCtorum auctoritati cedere debeat auctoritas philoſophorum? Tam egregia ſcilicet doctrinæ ubertas latet in definitione illa Juſtinianea, tantæque molis eſt, explicare decem illa verba: *Juſtitia eſt conſtans & perpetua voluntas jus ſuum cuique tribuendi.* Ludere quibuſdam videbor, & quæſtiunculas nihil ad rem pertinentes fingere, quæ nemini interpretum in mentem venerint. Sed veniſſe illas in mentem non illi Bartoli & Baldi ſoboli, ſed JCtis, qui patrum noſtraque memoria floruerunt, celeberrimis, ex ipſorum commentariis demonſtrare in proclivi eſſet, niſi vel ſuſpicione aliis inſultandi carere mallem. Ita vero leges interpretantibus, non difficile erit conjicere, quam nulla iis cura fuerit ordinis, quem ſemper ſapientiſſimus quiſque plurimi fecit. In tali enim quæſtiuncularum ſibi admodum diſſimilium farragine non magis ordini locus eſt, quam in rudi indigeſtaque mole, ex qua hoc univerſum efformavit Deus. Unde vir elegantis ingenii, M. Antonius Muretus (a) de Gloſſatoribus diſſerens: *Qualem*, inquit, *nobis illi cujuſque generis præceptorum farraginem reliquerunt? ut ſi quis ruſticus hordeum, triticum, viciam, legumina, in unum acervum conferat, non illius acervum horum commentariis exiſtimem perturbatiorem fore. Mihi quidem, quum in eos inſpicio, ſæpiſſime Ovidiana illa de Chao in mentem veniunt:*

Quaque erat & tellus, illuc & pontus & aër.

Non aliter enim apud hos, ubi verbi cauſſa de auctoritate magiſtratuum agitur, dicetur etiam aliquid de teſtamentis: ubi de emtione & venditione diſſeritur, aliquid de pœnis, aut de auctoritate tutorum inſeretur. Nihil eſt denique, quod certam ſedem ac domicilium habeat, nihil, quod non alieniſſimo æque ac ſuo loco pertractatum reperiatur. Inde illæ crebræ ex uno in alium locum rejectiones, quum te, quod hic agendum ac tractandum erat, id jubent ex alio petere, in quo tale quidquam agi, nunquam, niſi admonitus, divinare potuiſſes. Prorſus, ut ſi quis paterfamilias veſtem non in veſtiario, ſed in arca panaria conderet, panem ex puteo hauriret, piſces in nemore; lepores in piſcina incluſos haberet. Apud Ariſtotelem primo Phyſicorum recenſetur opinio veterum quorumdam, in quibus fuit & Anaxagoras, qui quidlibet in quolibet ineſſe dicebant, idque exprimebant hemiſtichio quodam, ut opinor Empedoclis: πᾶν ἐν παντὶ μέμικται. *Hoc an in Phyſicis vere dicatur, viderint, qui illa tractant: de talium certe interpretum commentariis veriſſime dici poteſt.* Hæc de gloſſatorum libris Muretus, quæ & in melioris ævi commentarios juridicos pleroſque cadere re ipſa deprehendent, qui iſtos inſpexerint. Denique ultimam interpretis virtutem in ſermonis puritate ac perſpicuitate poſitam eſſe diximus. At neſcio an & hanc extra Cujacii ſcholam adeo multi interpretes ſint adſequuti. Quamvis enim depulſa vetere illa barbarie, purius ſcribere cœpiſſent viri docti: JCtorum tamen libros adeo infecit illud Accurſii abſinthium, ut ſi Papinianus in vitam rediret, nova ei addiſcenda eſſet lingua, illos commentarios legere cupienti. JCtorum enim laudem ſe ſuſtinere poſſe plerique dubitant, niſi lingua Jureconſultorum, id eſt, barbara utantur. Hinc ubique *ſummant ampliant, ſubampliant, limitant, ſublimitant, caſuant*; ubique *reſolutiones legum* & ſimiles elegantias pollicentur, ubique *practicas practicatas*, & præjudicia in *terminis terminantibus* & clauſulam illam utiliſſimam *rebus ſic ſtantibus* & ſexcenta hujus generis alia tanquam mellitos verborum globulos ſpargunt, quibus condimentis ſi aliquid ſalis adſpergas, elegantiſſima nimirum illa Brocardica quæ vocant, veluti: *caſus noluntatis com-*

pre-

(a) Muret. *lib.* II. *Orat.* 17.

prehendit ſub ſe caſum impotentiæ: ab actionibus ad intereſſe libera nos Domine; ſolus cum ſola non præſumitur orare Pater noſter, & ſimilia: tunc ſane habebis verum venenum aqua Stygia dilutum, cujus halitu ipſo bonæ mentes exanimantur. Tales ſunt plerique, qui tabernas rumpunt, JCtorum commentarii. Iis itaque an magna utilitas per tot ſæcula allata ſit reipublicæ, & an non melius eorum auctores operam in conficiendis indicibus Juſtiniani conſilio collocaſſent, illi viderint, quorum non amant ſimiles labra lactucas.

Quæ quum ita ſint, ſingulari profecto ac præcipua laude digni videntur pauci illi, ſed boni, quibus meliorem mentem indidit Deus, ut quæ in jure noſtro ſunt obſcura atque ambigua felicius illuſtrare ac diſtinguere conarentur: Quo in numero (quod ad Inſtitutionum interpretationem attinet,) præter Cujacium, Giphanium, Janum à Coſta & quoſdam alios & ARNOLDUM VINNIUM Jureconſultum eximium, haut poſtremo loco ponendum arbitror. Sane ex quo me juriſprudentiæ dare cœpi, mihi ejus commentarius præ aliis placuit, & ad ſolidiorem doctrinam connitenti maximo fuit adjumento, ut, poſtquam aliis jura interpretari juſſus eram, nullum fere librum auditoribus meis obnixius commendandum judicarem, quam commentarium Vinnii, ex quo ipſe fructum ceperam uberrimum. Vix enim ulla eſt boni interpretis virtus, quæ non in Vinnio noſtro eluxerit. Attulerat ad juriſprudentiam ea præſidia, quæ paullo rariora ſunt in noſtri ordinis hominibus, puta, haut vulgarem Latinarum Græcarumque litterarum facultatem, diffuſam omnis ævi ſcriptorum lectionem, notitiam antiquitatum haut mediocrem, tantum denique ingenii ac judicii acumen, ut nec vulgaribus pragmaticorum ſententiis ipſique Triboniano eſſet addictus, nec Cujacium, Ant. Fabrum Rein. Bachovium, alioſque, ubi novi quid inferunt in artem, cœco impetu ſequeretur, ſed legum rationumque pondera ubique cum cura expenderet, nulliuſque auctoritate ſe pateretur in transverſum agi. Deinde id quoque habet Vinnius noſter, ut genuinam Juſtiniani ſententiam ubique cum cura inveſtiget, neque eum pudeat ex philologiæ latifundiis petere, quibus juriſprudentiam locupletaret. Et quamvis myſterium iſtud atque artificium leges ex eodem libro depromtas comparandi conjungendique facilius in pandectis & codice, quam in Inſtitutionibus, uſum ſuum exſerat: nihil tamen reliqui fecit, ut, ex quibus auctoribus vel fragmentis ſinguli paragraphi deſcripti ſint, & quomodo illi à ſuis auctoritatibus diſcrepent, quantum fieri poteſt, oſtenderet, non ut haberet, ob quod inſultaret Triboniano, (in quo muſtaceo multi hodie quærunt laureolam,) ſed ut rationem ejus mutationis redderet candide. Laudanda quoque eſt Vinnii noſtri opera, quam in conferenda Theophili paraphraſi poſuit, ſane quam utiliſſima. Quamvis enim pleriſque vapulet hic Theophilus, & aliquando ab iis quoque, qui eum nunquam evolverunt, exagitetur; permultum tamen lucis eum fœnerare Inſtitutionibus, Car. Hannibal Fabrotus, cujus verba quædam ſupra dedimus, pridem evicit. Et ſane non hic nobis res eſt cum Theophilitze quodam, quem aliqui verbis quibuſdam Cujacii (a) decepti Accurſio faciunt juniorem, ſed cum Theophilo, viro illuſtri, & Anteceſſore, cujus opera ipſe Juſtinianus in conficiendis Inſtitutionibus uſus eſt. Hunc ipſum enim eſſe illum paraphraſten, multis argumentis conſtat. Primo Theophilum, Triboniani *συνεργὸν*, Anteceſſoris munere Conſtantinopoli functum novimus (b). Anteceſſorem autem etiam paraphraſten fuiſſe, inde adparet, quod in codicibus vetuſtis ſingulis libris illa ſubnectuntur: *ἐπληρώθη ἡ α (β γ δ) Ἰνστιτούτων Θεοφίλου Ἀντικήνσωρος feliciter*. Eumdem deinde Conſtantinopoli vixiſſe, inde patet, quod ubicumque ejus facit mentionem, eam vocat *ταύτην τὴν πόλιν* vel *ταύτην τὴν βασιλεύ-*

(a) Cujac. *Recitat. ad tit. Inſt. de action.* (b) Conſt. *Tanta. §. 9. de conf. Digeſt.*

τὴν πόλιν, *hanc urbem* vel *hanc regiam urbem* (a), uti ſolent, qui urbis, in qua vivunt, meminerunt. Deinde, quum Theophilus Anteceſſor Juſtiniani temporibus floruerit: ejuſdem ætatis eſſe paraphraſten noſtrum, res ipſa docet. Quemadmodum enim omnes qui Juſtinianum anteceſſerunt, Imperatores Chriſtianos ita deſcribit, ut eos inter homines non amplius fuiſſe, ſtatim adpareat, veluti ubi meminit Ζήνωνος τ. θείας λήξεως (b), itemque τ. θείας λήξεως ἰωσίνου (c), ita Juſtinianus ipſi ſemper eſt θειότατος ἡμῶν δεσπότης, ἡμέτερος βασιλεύς, εὐσεβέστατος ἡμῶν βασιλεύς, ὁ μεγάλος ἡμῶν βασιλεύς, *ſacratiſſimus Dominus noſter, Imperator noſter, Imperator noſter piiſſimus, clementiſſimus noſter Imperator* (d), quemadmodum & Theodoram τὴν εὐσεβεστάτην ἡμῶν δέσποιναν, *piiſſimam dominam noſtram* (e), & conſtitutionem Juſtinianeam διάταξιν ἣν ἐναγχος ἐξεφώνησε, *conſtitutionem nuper promulgatam* (f) adpellat. Quæ ſane omnia non ſunt verba de principe dudum fatis functo diſſerentis. Accedit, quod Theophilus ſæpe paraphraſi ſuæ intexit formulas antiquas & ritus veteri jurisprudentiæ proprios, quos quum, judice Fabrotto (g) non aliunde, quam ex Caji, Ulpiani, aliiſque veterum JCtorum libris, depromere potuerit, ſatis profecto manifeſtum eſt, eum ante commune iſtud illorum librorum naufragium vixiſſe, verſatiſſimumque fuiſſe in iſtorum operum lectione. Quod denuo non in Theophilitzen quemdam, Græculum novum, ſed in celeberrimum illum Scholæ Conſtantinopolitanæ Anteceſſorem, Theophilum, cadit. Denique, quod palmarium eſſe, vir eruditiſſimus, & collega olim conjunctiſſimus, Nicolaus Hieronymus Gundlingius (h) obſervavit, Theophili noſtri paraphraſin jam Thalelæus laudavit, & ille quidem, quem cum Triboniano, Theophilo aliiſque pandectas compoſuiſſe, eaſque poſtea κατὰ πόδα vertiſſe novimus. Quod quum & Fabrottus (i) viderit, mirum ſane eſt, virum ipſum doctiſſimum Theophilum Juſtiniano non quidem multo juniorem à Theophilo tamen pandectarum & Inſtitutionum architecto diverſum credidiſſe, quaſi ipſe paraphraſtes ætatem ſuam non multis iiſque luculentiſſimis prodiderit indiciis. Quod ſi itaque Theophilus noſter fuit Juſtiniano σύγχρονος, ceu hactenus mihi videor demonſtraſſe: gratiſſimum procul dubio cupidæ legum juventuti fecit Vinnius, quod eum diligenter conſuluerit, & inde textum Inſtitutionum vel ſtabiliverit, vel explicarit. Nec minus laudandum videtur ſingulare veritatis ſtudium, quod idem ubique præ ſe tulit, dum manum ad ſcribendum adpulit. Rationibus enim ſolidis legumque auctoritate munivit omnia quæ docuit, nec in ullius juravit verba magiſtri. Tantum etiam abeſt, ut more gloſſatorum quævis convellere ac in dubium vocare ſtuduerit vir doctiſſimus, ut pleraſque iſtas lites erudite finiverit, & plerumque optimam maximeque legibus conſentaneam elegerit opinionem, eamque ita firmarit, ut aliquando & invitos in ſententiam ſuam pertrahere videatur. Ordo porro, quo utitur, ipſi rei quam maxime convenit. Textum explicat accurate, ſcrupulos, quos injici lectori poſſe prævidet, cum cura eximit: ipſam doctrinam, quæ quovis loco proponitur, egregiè illuſtrat, nec diſſimulat, quæ vel novis Juſtiniani conſtitutionibus vel deſuetudine & moribus patriis mutata aliter in foro obſervantur. Nullos hic videbis exceſſus, ad rem nihil pertinentes, nullas quæſtiones otioſas & intempeſtivas deprehendes: Nec hic obſervabis à Vinnio, tanquam à coquo Plautino, diverſa jura confundi. Nam ubique jus Romanum à moribus patriis accurate ſejungit, & nihil facit reliqui, ut utriuſque principia à lectore ſuo intelligantur. Denique & oratione utitur, non quidem calamiſtris intorta, ſed pura tamen, & ſatis plerumque Latina, ut ſaltim non adfectaſſe videatur

(a) Theoph. §. 7. *Inſt. de ſatisdat.* (b) Theoph. §. 34. *Inſt. de act.* (c) Theoph. § 3. *de donat.* (d) Theoph. §. 1. *de uſuc.* §. 3. *de don.* §. 7. *quib. al. licet.* §. 7. *proœm.* (e) Theoph. §. *ult. Inſt. de uſuc.* (f) Theoph. §. *ult. Inſt. de uſuc.* (g) Fabrott. *Præfat.* ad Theoph. *Inſt.* (h) Gundlingian. *Part.* II. *Obſ.* II. (i) Fabrott. *ibid.*

tur illam barbariem, qua pleroſque JCtos commentarios ſuos inquinaſſe diximus. Quo gratior mihi fuit opera, quam à me vir integerrimus, novam hanc editionem meditatus, flagitavit. Quum enim intelligeret, me quædam margini exemplaris mei, ut fieri ſolet, adnotaſſe: non dubitavit à me petere, darem operam, ut Vinnii hic commentarius & nitidior & emendatior prodiret. Et ſane nihil, quod mearum erat partium, prætermiſiſſem, ſi paullo plus temporis ad eam rem fuiſſet conceſſum. Quantum tamen à me præſtitum putem paucis accipe. Primo totum commentarium & relegi & recenſui, & quidem ita, ut non modo aliquot millena ſphalmata quæ in priorem editionem irrepſerant, ſuſtulerim, ſed & interpunctiones, antea vitioſiſſimas, vel plane omiſſas, reſtituerim diligenter. Deinde Auctores, quos laudat Vinnius, pleroſque evolvi, & ubi ipſe ſolum librum expreſſerat, ego capita etiam & aliquando paginas adjeci, ne Lectori loca illa evoluturo iſtud quærendi tædium eſſet devorandum. Præterea notulas quaſdam ſeu additiones, quas à VINNIANIS primis nominis mei litteris: HEIN. diſtinxi, paſſim inſertas animadvertes. Eas quum jam olim exemplaris mei margini alleviſſem, ideo edi paſſus ſum, quia quarumdam me ne nunc quidem pœnitet. Sunt eæ non unius generis. Quædam illa, quæ à Vinnio non adeo plene traduntur, ſupplent: aliæ non ſatis accurate poſita emendant: ſunt etiam, quæ quaſdam conjecturas de legibus à Vinnio vel emendatis vel explicatis proponunt Lectoriſque judicio ſubmittunt. Non exiſtimo futurum, ut mihi id auſo quisquam ſuccenſeat? Quæ enim injuria eſt, alieno libro adſpergere notulas? Et quid facilius erit Lectori, cui mea haut placebunt, quam breves illas ſtricturas prætermittere, maxime quum & paucæ ſint, nec adeo multis paginis librum reddant auctiorem? Si qua in re ſtilus lapſus ſit, id in meliorem partem interpretabuntur; quibus aliquis candor ineſt, quum feſtinantibus operis plagellæ inter alias occupationes & in medio luctu domeſtico, deſcriptæ & ſæpe vix relectæ Lugdunum transmittendæ fuerint. Emendationi præfuit ipſe, qui ſumtus fecit, vir integerrimus. Quumque is & ob ſollertiam & ob linguæ intelligentiam par omnino ſit huic operi, & jam plura ejus dexteritatis dederit documenta: res ipſa jam quoque oſtendet, veriſſimum eſſe, quod ſcripſit poëta: (a).

Dominum videre plurimum in rebus ſuis.

Tu, Lector, fruere editione, omnibus anterioribus, ſi quid video, meliore, mihique, Tua cauſa omnia volenti, fave, & ex voto Vale. Franequeræ Friſiorum x. Kal. Mart. CIↃ IↃ CCXXVI.

(a) Phædr. *lib.* II. *fab.* 8. *v.* 29.

IL-

Illuſtriſſimis ac Potentiſſimis

HOLLANDIÆ ET WEST-FRISIÆ ORDINIBUS, PATRIÆ PATRIBUS, ARNOLDUS VINNIUS L. M.

Dedicat Conſecratque.

QUO 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 adeò obſcuros eſſe, ut operoſæ alicujus explicationis lucem deſiderarent. Verum ubi ad rem aggreſſus ſum, & me accinxi, ſtatim ſenſi, majus quiddam eſſe, quod inceptabam, 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 diſſerens, 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 ea, 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 vitilitigatorum iſtiuſmodi vanos morſus ſuſque deque habeo; & quidni liceat his reponere illud præſtantiſſimi Medicorum, Πολλάκις ἠρμόδιος δοκέουσιν ἄλγεα λύειν, ἕτερον μᾶσσον ἀκέσιος ἐφημόσατο; 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 animadverſæ, aut minus feliciter expeditæ, aut conſulto præteritæ, quas omnes & removendas putavi, & pro meo captu removere conatus ſum: dumque ſingula ad vivum reſeco (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 perrepſerat, & hortari cœperant amici, atque inſiſtere, ut publici eum juris luciſque facerem, rati, fructum hujus laboris ad alios quoque pertinere, & in primis ad ſtudioſam Legum Juven-

ventutem. Itaque ut primum Pandectarum interpretatio mihi mandata fuit, de vulgando eo cogitare cœpi, & quo comitatior 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 inſtituo, 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 aſſecutus 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, fotus atque editus eſt, nec eſt adeo informis. Qui primi vultum ejus comminus 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 a 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 aliquod artificium addiſcere. Ita dum vetus diſciplina turbatur, & calentibus turbatorum 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 auſpicatiſſimo 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, primarium togæ & ſeculi decus, eos, qui Jus civile excolunt & ſcriptis illuſtrant, lucubrationes ſuas recte riteque, & quaſi quodam præcipui titulo, dedicare Principi; propterea quod ab eo, tanquam a fonte, leges omnes & jura emanant. Qua ratione etiam mihi fas eſſe exiſtimavi, noſtras haſce 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 a 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 proſecuturi 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 CIↃ IↃCXLII.

*** IN-

INDEX RUBRICARUM
SECUNDUM LIBRORUM ET TITULORUM ORDINEM.

LIBER I.

Tit. 1. *De Justitia & Jure.* 5
2. *De Jure Naturali, Gentium & Civili.* 11
3. *De Jure Personarum continuatio.* 28
4. *De Ingenuis.* 34
5. *De Libertinis.* 35
6. *Qui & ex quibus causis Manumittere non possunt.* 39
7. *De Lege Fusia Caninia tollenda.* 44
8. *De his, qui sui vel alieni juris sunt.* 45
9. *De Patria Potestate.* 48
10. *De Nuptiis.* 53
11. *De Adoptionibus.* 71
12. *Quibus modis Jus Patriæ Potestatis solvitur.* 79
13. *De Tutelis.* 86
14. *Qui testamento Tutores dari possunt.* 90
15. *De Legitima Agnatorum Tutela.* 94
16. *De Capitis Deminutione.* 96
17. *De Legitima Patronorum Tutela.* 100
18. *De Legitima Parentum Tutela.* 101
19. *De Fiduciaria Tutela.* 101
20. *De Attiliano Tutore, & eo, qui ex Lege Julia & Titia dabatur.* 103
21. *De Auctoritate Tutorum.* 107
22. *Quibus modis Tutela finitur.* 110
23. *De Curatoribus.* 113
24. *De Satisdatione Tutorum vel Curatorum.* 119
25. *De Excusationibus Tutorum vel Curatorum.* 124
26. *De suspectis Tutoribus vel Curatoribus.* 134

LIBER II.

Tit. 1. *De Rerum Divisione, & acquirendo ipsarum Dominio.* 140
2. *De Rebus Corporalibus & Incorporalibus.* 203
3. *De Servitutibus rusticorum & urbanorum prædiorum.* 206
4. *De Usufructu.* 219
5. *De Usu & Habitatione.* 232
6. *De Usucapionibus, & longi temporis Præscriptionibus.* 238
7. *De Donationibus.* 253
8. *Quibus Alienare licet, vel non licet.* 264
9. *Per quas Personas cuique acquiritur.* 273
10. *De Testamentis ordinandis.* 284
11. *De Militari Testamento.* 309
12. *Quibus non est permissum facere Testamentum.* 317
13. *De Exheredatione Liberorum.* 326
14. *De Heredibus instituendis.* 340
15. *De Vulgari Substitutione.* 357
16. *De Pupillari Substitutione.* 365
17. *Quibus modis Testamenta infirmantur.* 383
18. *De Inofficioso Testamento.* 395
19. *De Heredum Qualitate & Differentia.* 411
20. *De Legatis.* 425
21. *De Ademptione Legatorum, & Translatione.* 479
22. *De Lege Falcidia.* 481
23. *De Fideicommiss. Hereditatibus.* 488
24. *De singulis rebus per Fideicommissum relictis.* 504
25. *De Codicillis.* 508

LIBER III.

Tit. 1. *De Hereditatibus, quæ ab Intestato deferuntur.* 514
2. *De Legitima Adgnatorum Successione.* 532
3. *De Senatusconsulto Tertylliano.* 542
4. *De Senatusconsulto Orficiano.* 547
5. *De Successione Cognatorum.* 550
6. *De Gradibus Cognationum.* 560
7. *De Servili Cognatione.* 563
8. *De Successione Libertorum.* 565
9. *De Assignatione Libertorum.* 570
10. *De Bonorum Possessionibus.* 572
11. *De Acquisitionibus per Adrogationem.* 582
12. *De Eo, cui Libertatis causa Bona addicuntur.* 584
13. *De Successionibus sublatis, quæ fiebant per Bonorum Venditiones, & ex Senatusconsulto Claudiano.* 587
14. *De Obligationibus.* 589
15. *Quibus modis re contrahitur Obligatio.* 597
16. *De Verborum Obligationibus.* 610
17. *De duobus Reis stipulandi & promittendi.* 624
18. *De Stipulatione Servorum.* 628
19. *De Divisione Stipulationum.* 630
20. *De Inutilibus Stipulationibus.* 633
21. *De Fidejussoribus.* 655
22. *De Literarum Obligationibus.* 663
23. *De Obligationibus ex Consensu.* 667
24. *De Emptione & Venditione.* 668
25. *De Locatione & Conductione.* 683
26. *De Societate.* 693
27. *De Mandato.* 702
28. *De Obligationibus, quæ quasi ex contractu nascuntur.* 713
29. *Per quas Personas Obligatio acquiritur.* 721
30. *Quibus modis tollitur Obligatio.* 723

LIBER IV.

Tit. 1. *De Obligationibus, quæ ex Delicto nascuntur.* 733
2. *De Vi Bonorum raptorum.* 749
3. *De Lege Aquilia.* 752
4. *De Injuriis.* 760
5. *De Obligationibus, quæ quasi ex Delicto nascuntur.* 770
6. *De Actionibus.* 773
7. *Quod cum Eo, qui in aliena potestate est, Negotium gestum esse dicitur.* 841
8. *De Noxalibus Actionibus.* 849
9. *Si quadrupes pauperiem fecisse dicatur.* 852
10. *De Iis, per quos agere possumus.* 854
11. *De Satisdationibus.* 856
12. *De Perpetuis & Temporalibus Actionibus, & quæ ad heredes & in heredes transeunt.* 861
13. *De Exceptionibus.* 865
14. *De Replicationibus.* 874
15. *De Interdictis.* 877
16. *De Pœna temere litigantium.* 888
17. *De Officio Judicis.* 893
18. *De Publicis Judiciis.* 901

AR-

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 τῶν πολέμων ἡγεμόνες, propriè tamen id tribui ſolebat iis, qui re benè geſta hoc honoris titulo acclamatione militum vel decreto Senatus decorati eſſent. Poſt occupatam Rempublicam perpetuum Principis prænomen eſſe cœpit ex SC. Hotomanus ex *Cic. Tacit. Sueton. Dion. Appian.* VINN. Sed tamen Byzantini imperatores plerique hoc cognomen dimiſerant ante Juſtinianum noſtrum, qui illud primus revocavit in uſum, primus poſtliminio veluti renunciatus ῥωμαίων ἀντοκράτωρ, uti teſtatur Agathias *lib. 6. p.* 157. Ez. Spanhem. *de uſu & præſt. num. Tom.* II. *diſſ.* XII. *p.* 403. HEIN.

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. VINN. Ita quidem Spartianus *in Ael. Ver. cap.* 2. Contra Aurel. Vict. *cap.* 12. *in Trajano* ab Hadriani demum adoptione diviſa eſſe ait Cæſarum & Auguſti nomina. Neuter accurate. Omnes principum liberi dicti ſunt Cæſares, jam a Neronis temporibus. Domitianus, ſtatim interfecto Vitellio, hoc nomen obtinuit. Tacit. *Hiſt. lib.* III. *cap.* 86. Hinc numi Titi & Domitiani Cæſarum apud Spanhem. *T.* II. *p.* 351. Ita & Trajanus Cæſar conſalutatus ſtatim poſt adoptionem. Conf. Pagi *Crit. Bar. ad ann.* 69. *&* 97. Poſtea deſtinati imperio candidati dicti ſunt *nobiliſſimi Cæſares*, quod nomen in numis Philippi junioris primum occurrit, at ante eum idem legitur in marmore Maximo Maximini filio dicato apud Gruter. *p.* CLI, 5. Vid. Ez. Spanh. *de uſu & præſt. num. Diſſ.* XII. §. 2. *p.* 357. *ſeq.* HEIN.

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

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

ALEMANICUS, GOTTHICUS, &c.] Agnomina à devictis, aut bello laceſſitis gentibus ducta. Seneca I. *de Clement.* 14. ſcribit, aſſentantem populum ambitioſæ majeſtati tribuiſſe, quidquid potuit congerere titulorum. VINN. Hunc morem devictarum gentium vocabula nominibus adſcribendi jam pridem ante Juſtinianum ſervarant Imperatores. Solius *Judaici* cognomen ob religionis odium & gentis contemtum adſpernatus eſt uterque Veſpaſianus. Ceterum hæ gentes omnes notæ ſunt præter *Anticam.* Et hic pleriſque interpretibus aqua hæſit. Verum non *Anticum* ſed *Ponticum* legendum eſſe, recte monuit ὁ πάνυ

Spanhem. *ibid. Diſſ.* 12. §. 14. *p.* 504. *T.* II. *Lazos* enim, *Abaſgos* & *Tzanos* ad pontum Euxinum ſubegerat. Unde & alibi dicitur *Lazicus. Nov.* XLIII. HEIN.

FRANCICUS] Theodibertum Francorum regem graviſſime tuliſſe 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 Agathia.*

PIUS] Primus hoc cognomen obtinuit Antoninus, Hadriani ſucceſſor. Capitolin. *in Antonin. cap.* 2. inde ad alios deſcendit. Juſtinian. *Nov.* 78. *cap.* 5. Ἀντωνῖνος ὁ τῆς εὐσεβείας ἐπώνυμος, ἐξ ἧπερ καὶ εἰς ἡμᾶς τὰ τῆς προσηγορίας ταύτης καθήκει. VINN. Conferendus omnino Ez. Spanhem. *Diſſ.* 12. §. 6. *p.* 434. *ſeq. T.* II. HEIN.

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

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

AUGUSTUS] Nomen hoc primum Octavio à Senatu tributum: ductum ab eo, quod loca, in quibus augurato quid conſecratur, auguſta nominantur. Suet. *in Auguſt. c.* 7. Alii ab augendo imperio dictum putant: unde illud hodieque, *zu allen Zeiten Mehrer des Reichs.* Weſemb. VINN. Eodem ſenſu Manaſſes *in politicis*: Ἄυγυστος, inquit, ὡς ηὐξάμενος. Contra in *Nov.* 17. ἀεὶ σεβαστὸς redditur *ſemper adorandus.* HEIN.

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

De uſu Armorum & Legum.

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

ARmis decoratam] Imperator utrumque Reipub. tempus ſine armorum ac legum praeſidio rectè adminiſtrare non poteſt: in quam ſententiam præclara quædam hic adſperſa ab *Hotom. & Grot. ex Ariſt. Plut. Liban.*

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

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

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

Calumniantium] Pars pro toto; improbitas, quæ in judiciis verſatur, de quo propriè verbum calumniandi intelligitur, pro omni, quæ in pacata civitate admittitur. Cicero 2. *de Repub. ut Carneadi reſpondeatis, qui ſapè optimas cauſas ingenii calumnia ludificari ſolet.*

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

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

De bellis & legibus Juſtiniani.

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

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

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

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

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

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

Ditioni Romanæ] Poſtquam ſedes imperii Conſtantinopolim, (quæ antea Byzantium, poſtea etiam nova Ro-

Roma,) tranſlata fuit, Imperium Romanum à Conſtantino & Gallieno in duas partes diviſum, orientalem & occidentalem, & utrique parti ſuæ provinciæ attributæ. VINN. Non a Gallieno, ſed a Galerio: nec in duas, ſed in tres partes. Galerius enim orientem, Conſtantinus tranſalpinas provincias, Maxentius Italiam accepit. Eutrop. *lib.* x. cap. 1. HEIN.

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

De Compoſitione Codicis & Pandectarum.

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

2. *In luculentam ereximus conſonantiam*] Intelligit Codicem priorem, quem altero imperii ſui anno componi juſſit 528. & anno inſequenti edidit. In hunc Principum Conſtitutiones vage per tres codices, Gregorianum, Hermogenianum, Theodoſianum, diſperſas collegit. *Conſt. de nov. Cod. fac. & de Juſt. Cod. confirm.* Sed eum non habemus. Poſt idem Codex iterum emendatus eſt, & multis locis recognitus, additis 50 deciſionibus, quo hodie utimur. VINN. Prior ille codex promulgatus VII. Id. Apr. anni Ɔxxix. dictus eſt Juſtinianeus. *Nov.* 66. *cap.* 1. §. 1. Paul. Diac. *lib.* 1. *cap.* 25. Poſterior, quo hodie utimur, dicitur codex repetitæ prælectionis. *Conſt. de codic. emend.* §. 3. publicatus XVI. Kal. Dec. anni Ɔxxxiv. HEIN.

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

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

Per medium profundum] Per medias difficultates. Liv. 31. *cap.* 1. *Provideo animo in vaſtiorem me altitudinem, ac velut profundum invehi.*

De tempore, Auctoritatibus, fine & utilitate compoſitionis Inſtitutionum.

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

Magiſtro] Scilicet officiorum, penes quem cura eſt totius pene aulae & palatii. Gallis *Prevoſt de l'Hoſtel.* Cujac. *in l.* 3. *C. de præpoſ. ſacr. cubic. lib.* 12. VINN. Immo non tam aulæ, quam conſiſtorio principis præerat, dictus ideo gubernare officia palatina. *l.* 2. *C. Theod. de judæis.* Hinc in comitatu principis erat, ad eumque referebat ex libellis magiſtratuum. vid. Gothofr. *Notit. Dign. ad C. Theod. p.* 326. *Tomo* VI. HEIN.

Exquæſtore] Quæſtor ætate Juſtiniani is erat, quem noſtra ætas Cancellarium vocat, ut *paſſ. in Cod.* hoc eſt, ad quem cura legum & juris pertinet, cuſtos legum & famæ publicæ appellatur in *Nov.* Valentiniani *de homic. caſ. fact.* & à Caſſiod. aliquot locis. Exquaeſtores & Exconſules à Juſtiniano dicuntur, qui à Latinis, Quæſtorii & Conſulares. VINN. Vid. omnino Caſſiod. *Var.* 1, 12. v, 14.

Anteceſſoribus] Juris Interpretibus, ac Doctoribus, ἐξηγεταῖς ut paſſ. in *præf. Pand.* τῶν νόμων διδασκάλοις, *l.* 6. §. 12. *D. de excuſ. tut.* Qui forum ſequebantur, Togati, qui ſcholas, Anteceſſores, & Profeſſores dicebantur.

Prima legum cunabula] Prima legum fundamenta, στοιχεῖα ſeu elementa primam legum audientiam appellat in *l. un. C. de nud. jur. Quirit. tollend.*

Antiquis fabulis] Jus antiquum & obſoletum intelligit, quo referti erant veterum Juriſconſult. libri.

Rerum obtineat argumentis] Huc pertinet illud Ariſtippi apud Laërtium, qui percontanti cuidam, quæ potiſſimum adoleſcentibus eſſent diſcenda, reſpondit, quæ viris uſui futura ſunt.

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

Digni tanto honore, tantaque reperti felicitate] Digni reperti tanto honore tantaque felicitate. Theoph. τοσαύτης ἀξιωθέντες τιμῆς, καὶ τοσαύτης ἀπολαύσαντες εὐτυχίας, *dignati & aſſecuti.*

Diviſio Inſtitutionum.

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

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

Collectum eſt] Libri veteres teſte Hotom. *collatum eſt.* Et ita Theoph. ἐν οἷς ἤθροισαι πᾶσα ἡ τῶν ἀρχαίων νομοθεσία.

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

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

Quid in Inſtitutionibus contineatur.

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

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

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

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

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

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

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

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

Conſtitutionum robur eis accommodavimus] His verbis indicatur Inſtitutionum confirmatio. Unde hæc præfatio Theophilo, Διάταξις βεβαιοῦσα τὰ ἰνστιτοῦτα.

Adhortatio ad ſtudium juris.

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

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

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

TITULUS I.

DE JUSTITIA ET JURE.

Concord. Lib. 1. *Tit.* 1. *Dig.*

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

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

Ἐν δὲ δικαιοσύνῃ συλλήβδην πᾶσ' ἀρετή ἐστι.

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. cap.* 15. definitur *obtemperatio scriptis legibus & institutis populorum:* ab Aristotele *lib.* 5. *Eth.* 1. *obedientia erga omnes leges.* In summa hæc justitia à virtute in genere non differt essentia, sed hactenus tantum, quod quando consideratur ut habitus animi, dicatur virtus simpliciter; quando ut civilis societatis conservatrix, justitia, auctore Michaële Ephesio ad *d. loc.* Arist. Vitium huic legali justitiæ oppositum dicitur ἀδικία. Particularis justitiæ duas species constituunt, quarum alterum ἀνεμετικὴν Aristoteles vocat, id est, *distributivam;* alterum συναλλακτικὴν, id est, *commutativam.* Distributiva respicit ἀξίαν, quod quisque meretur, quod cuique convenit, sive id præmium sit, sive pœna, sive honor, sive onus. Commutativa suum cujusque proprie sumptum spectat, & alio nomine melius διορθωτικὴ à Philosopho appellatur: nam ut possessor rei meæ eam mihi reddat, non est ἐκ συναλλάγματος, & tamen ad eandem hanc justitiam pertinet. Illud quoque perpetuum non est, quod plerique tradiderunt, à justitia commutativa respici proportionem simplicem, quam arithmeticam vocant, a distributiva comparatam, quam appellant geometricam, quæ mathematicis & revera sola proportio est; neque enim per se justitia commutativa à distributiva differt tali proportionum usu, sed objecto & materia, circa quam versatur. Nam & contractus societatis expletur proportione comparata; & si unus tantum aptus inveniatur ad munus publicum obeundum, non alia, quam simplici commensione attributio fit: & contra, si quis de suo legare velit, distributiva justitia uti solet, & merita considerare. *l.* 9. *ff. pro soc.* Sed & in delictis coërcendis pœnarumque irrogatione modo arithmetica, modo geometrica proportio servatur; quod tamen totum est justitiæ distributricis. D. Grot. 1. *de jur. bell. & pac. c.* 1. *n.* 8. Vitium particulari justitiæ oppositum πλεονεξία dicitur, cujus verbi vim Latini per vocem *injuria* fere exprimunt. Disciplina civilis non di- 3
rigit internas animi functiones, & potissime versatur circa justitiam particularem, in ejus juris obedientiam animos formans, cujus executio in judiciis urgetur. Negari tamen non potest, quin interim quoque spectet justitiam universalem, quæ omnium virtutum officia complectitur. Docet enim juste vivendum esse secundum omnes leges: ipsaque adeo juris præcepta omnem speciem virtutis & honestatis continent, certe quatenus eo spectant, ut juste vivatur, & civium inter se honesta sit societas, quod hic quærimus. Et vero si legibus & legum latoribus proposita est universa virtus, ut sane est, cum beatitudo civilis sit universarum legum summa, teste Platone 5. *de legib.* etiam legum scientiæ & consultis eadem proposita erit: neque enim minus late patet officium Juriscon-sulti in legibus interpretandis, quam legislatoris in sanciendis: totoque falluntur judicio, qui officium Juriscon-sulti cancellis forensium causarum circumscribunt. Utique illa; *hominem mortuum in urbe ne sepelito, neve urito: rogum ascia ne polito. Mulieres genas ne radunto, neve lessum funeris ergo habento*, & similia lege duodecim tabb. cauta, nullo modo ad justitiam particularem referri possunt. Quod si quid in hujusmodi quæstione valere debet auctoritas Principis, ipse Justinianus *Nov.* 69. *in pr.*

diſerte ait, *juſtitiam illam, quæ ſingulis virtutibus aſſiſtit, eaſque ad debitum finem perducit*, etiam finem eſſe
4 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, διορθωτικὸν πάσης ἀνισότητος, ἢ ἀδικίας; ſicut ex contrario nec duo injuſtitiæ genera ſunt, ſed unum tantum, ſive τὸ ἄνισον dicas ſive παράνομον, utrumque enim omnem comprehendere injuſtitiam etiam ipſum Ariſtotelem docere: neque παρανομίαν & πλεονεξίαν genera eſſe oppoſita, ſed hanc illius ſpeciem. Hoc item & Ariſtotelem fateri. Adhæc non ſimpliciter verum eſſe, quod reliqua injuſtitiæ genera non tantum pugnent cum juſtitia, verum etiam cum alia virtute: πλεονεξία autem cum ſola juſtitia, quo maxime argumento ad diſtinctionem ſuam probandam utitur Ariſtoteles. Poſſe quidem in una actione cum alio vitio injuſtitiam concurrere: 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, eum & injuſtum eſſe, quod alienum violat thorum, & intemperantem propter expletionem libidinis. Jam vero violare thorum alienum, quod eſt injuſtitiæ, non pugnare cum temperantia (Quid enim ſi quis quæſtus ſui cauſa id fecerit)? nec explere libidinem cum juſtitia, non magis, quam ſi quis libidinis explendæ cauſa cum ſcorto congreſſus ſit. Denique ex hoc etiam exemplo patere, poſſe & πλεονεξίαν eodem modo cum alia virtute committi: nam adulterum & πλεονέκτην eſſe ſive injurium, & intemperantem. Innumera vero afferri poſſe, quæ cum ſint ἄνομα, & in ſpeciem πλεονεξίας non cadant, cum nulla tamen alia virtute pugnent, quam cum juſtitia. Nam ſi quis è decem, quos habebat, ſex ſervos teſtamento manumiſerit; aut ſi minor viginti annis ſervum manumiſerit, non dicta apud Conſilium cauſa, utrumque injuſte facere, illum contra legem 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 fœmina interceſſerit, ſi filiofam. pecunia mutuo data ſit, ſi frater ſororem adoptivam uxorem duxerit; haſce actiones omnes, & ſimiles, injuſtas eſſe, & legibus aut ſenatuſconſultis improbari: nec tamen qui iſta faciunt, injurios dici poſſe, aut intemperantes, vel ignavos. Cæterum nihil in
5 præſentia definio. Juris vocabulum πολύσημον eſt: propria ſignificatio una, minus propriæ plures. Proprie jus dicitur naturæ aut populi, ejuſve, qui vicem populi ſuſtinet, juſſum. Arguit id etymon ipſius vocabuli, quod à jubendo dictum eſſe vel ex eo liquet, quod veteres, auctore Feſto, jura dixerunt *juſſa*. In hac autem ſignificatione paſſim uſurpatur; veluti cum dicimus, jure quid fieri, juris rationem non pati, contra jus eſſe: ſic dicitur jus naturale, civile, prætorium. 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, uſusfructus, 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 judicatis haberi*: in quo idem ferè tropus eſt, μετωνυμία adjuncti pro ſubjecto. *l. pen. eod.* Quod ſi nunc quæratur, qua in ſignificatione jus hoc loco accipi debebat, propriane, an figurata, conſtanter reſpondebimus, in propria. Arguit hoc ipſa materia, quæ & in hoc & in ſeq. titulo tractatur. Arguunt definitiones & diviſiones, quæ utroque titulo & in ff. eod. traduntur: ut mirum ſit inveniri, qui ſerio contendunt, jus hic pro juris arte accipiendum. Summa eorum, quæ hoc titulo tractantur, 6
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 conſtituente, inchoatur, tradunturque juris præcepta, juris civilis diviſio, & ſubdiviſio privati. Singula nunc videamus.

TEXTUS.

Definitio Juſtitiæ.

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

NOTÆ.

AUctor hujus definitionis eſt Ulpian. *l.* 10. *D. hoc titul.*

Voluntas] Metonym. pro habitu voluntatis ſive ἕξει, ἀφ' ἧς βουλόμεθα τὰ δίκαια. 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 pœna. Athanaſ. in ſyn. 8. ſer. ἀποδιδόναι ἑκάστῳ τὸ ἴδιον. Plato 1. *de Rep.* hunc finem exprimit his verbis, τὰ ὀφειλόμενα ἑκάστῳ ἀποδιδόναι.

Tribuendi] Alias *tribuens*, Theophil. νέμουσα Cic. 5. *de fin. cap.* 23. *Affectio animi ſuum cuique tribuens, quæ juſtitia dicitur*, & ita etiam alibi, *lib.* 1. *de off. cap.* 4. & 2. *ad Heren. c.* 52. *ſequ.*

COMMENTARIUS.

VOluntas] Scimus voluntatem eſſe potentiam naturalem, juſtitiam autem virtutem eſſe & habitum

tum animi προαιρετικὸν, ac proinde qualitatem adventitiam. Falsum igitur, dicat aliquis, genus. Si respondemus genus esse metonymicum, affectumque pro causa positum, voluntatem scilicet pro habitu, qui eam efficit, jam contra omnem philosophiam, omnemque rationem videbimur qualitatem adquisititiam causam statuere qualitatis & potentiæ naturalis. Verum observandum est non simpliciter pro genere voluntatem poni, sed ἐπιθέτως 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] σαθρὰ, καὶ διηνεκὴς, quæ verba justitiæ habitum ibi demum esse indicant, ubi perpetuo, & constanter quis agit, atque ut Aristoteles loquitur, βεβαίως καὶ ἀμεταπτώτως ἔχων. 2. *Eth.* 4. Ne quis autem putet vitiosum esse, quod justitia definiatur per ejusmodi habitum, cujus homo non sit capax: res definiri 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 hîc definitur, non ut ineft huic vel illi subjecto, sed prout inesse debet justitiam profitenti: in abstracto, inquam, non in concreto. VINN. Hæc definitio stoam redolet, quam pleraque jureconsultorum scripta. Omnis autem virtus, adeoque & justitia Stoïcis in constante & perpetua voluntate posita videbatur. Cic. *Parad.* III, 1. Sen. *Epist.* LXVI, & CXXI. HEIN.

Jus suum cuique tribuendi] ἕκαστῳ τὸ ἴδιον ἀπονέμοντα δικαιον. 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 pœna. Atque hunc finem simpliciter Plato expressit his verbis; τὰ ὀφειλόμενα ἑκάστῳ ἀποδιδόναι. 1. *de republ.* Auctor propositæ definitionis est Ulpian. *l. justitia.* 10. *hoc eod. tit.* plenior & planior hæc est: Justitia est habitus animi, per quem ita affecti sumus, ut suum cuique, quantum in nobis est, tribuere velimus.

TEXTUS.

Definitio Jurisprudentiæ.

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

NOTÆ.

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, *justi atque injusti.* 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.

Jurisprudentia] Disciplina nostra nunc scientia, nunc ars juris, nunc intelligentia, nunc civilis sapientia, hic prudentia appellatur: hisce enim nominibus promiscuè utuntur non jurisconsulti tantum, sed etiam cæteri auctores, qui populariter loquuntur. Ut 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 scientia: idem enim hæc duo significant. Differentia petitur à subjecto ejusque considerandi modo: unde & finis sponte sua intelligitur. Subjectum jurisprudentiæ sunt res divinæ & humanæ: modus considerandi, quatenus de jure earum quæritur; scilicet ut norimus, an in iis, aut ad eas, & quatenus jus aliquod habeamus. Nam in hunc finem res dividuntur in eas, quæ divini, quæque humani juris sunt; quæ in commerciis atque extra commercia: quæritur in rebus humanis, quæ publicæ, quæ privatæ; & in his earum acquisitio, conservatio, alienatio; & id genus alia, quorum omnium tractatio ad jurisconsultum pertinet. Hunc vero considerandi modum sequentia definitionis verba indicant, *justi atque injusti scientia:* nempe hactenus res divinas & humanas esse objectum hujus scientiæ, quatenus ea, cùm de jure harum rerum quærirur, quid justum aut injustum sit, doceat. Quod si cui hæc explicatio subtilior videtur, ecce aliam magis popularem. Certum est disciplinam civilem non tantum in privati, sed etiam in publici juris cognitione versari: publici autem juris cum pars sit divinum, *l.* 1. §. 2. *hoc tit.* merito ea rerum divinarum atque humanarum, hoc est, divini & humani juris notitia dicitur; justi atque injusti, id est, ejus, quod fas & jura sinunt, aut non sinunt, scientia. Sane veteres juris interpretes etiam sacris cæremoniisque Deorum præfuisse testis est historia. A Celso hæc disciplina ab officio eam profitentis elegantissimè & brevissimè describitur, *ars æqui & boni. d. l.* 1. *in pr.* siquidem officium jurisconsulti & prudentia illius tota in eo consistit, ut quid in re quaque æquum, quid iniquum sit, videre, tum discernere, & de eo respondere possit consilium sibi expetentibus. VINN. Hæc quoque definitio stoïca est. Stoïci enim ita describere solebant philosophiam. Sen. *Ep.* LXXXIX. Quum vero inter jureconsultos & philosophos ἀπροάτους magna esset æmulatio. Merill. *Obs.* 1, 1. & illi sibi veræ & non simulatæ philosophiæ studium tribuere solerent: *l.* 1. §. 1. *ff. h. t.* non dubitarunt definitionem philosophiæ jurisprudentiæ tribuere, addita tamen differentia specifica: *justi atque injusti scientia.* HEIN.

TEX-

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

NOTÆ.

Generaliter] Cursim, obiter, summatim, ὡν παρέργῳ.

Levi ac simplici via] Τυπωδῶς, crassa ac pingui Minerva. Præclare Aristot. Δεῖ γὰρ, inquit, ὑποτυπῶσαι πρῶτον, ἔνθ' ὕστερον ἀναγράφειν. *Prius lineamenta prima ducenda sunt, & opus informandum, post utendum veris coloribus.* Nec minus scitè Quintil. 1. *Inst. orat.* 2. *Ut Vascula*, inquit, *oris anguste superfusam humoris copiam respuunt; sensim autem influentibus complentur: sic animi puerorum.*

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

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

Cum diffidentia] Cic. *in orat. cap.* 1. *Vereor, ne tardem studia multorum, qui desperatione debilitati experiri id nolunt, quod assequi se posse diffidant.*

COMMENTARIUS.

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

Duorum alterum] Duplicem hujus rei rationem affert. Prima est, ne difficultate initio proposita deterreantur animi adolescentum, voluntatemque discendi una cum spe perdiscendi abjiciant. Altera, ut maturius ad cognitionem hujus scientiæ ab hoc aditu patefacto perveniant, ad quam aut serius, aut nunquam, pervenirent, (certe non sine magno labore aut diffidentia,) si eo tempore, quo præcipue alenda ingenia, ac indulgentia quadam enutrienda sunt, asperiorum tractatu rerum atterantur, ut disputat Fabius in *procem. lib.* 8. *Inst. orat.* Commentariorum, quod ad incipientes attinet, eadem ratio. Cæterum 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 uno promiscuo apparatu & frugaliter incipientes, & opipare provectos, nitide omnes excipere.

TEXTUS.

Juris præcepta.

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

NOTÆ.

Juris præcepta] Non regulæ artis juris, ut Hopper. & Cont. sed dictata juris naturæ αἱ κοιναὶ καὶ φυσικαὶ ἔννοιαι, insitæ & quasi consignatæ in animis nostris notiones, ex *l.* 10. §. 1. *D. eod.*

Honeste vivere] Hoc præcepto vetantur omnia, quæ pugnant cum bonis moribus & publica honestate, etiamsi non expresè prohibita. *Est aliquid*, inquit Cic. *pro Balbo, cap.* 3. *quod non oporteat, etiamsi licet.* fac. *l.* 144. *de reg. jur.*

Alterum non lædere: suum cuique tribuere] Horum alterum ad personam alterius referri videtur, alterum ad res externas. Cic. 1. *de offic. cap.* 5. *Justitiæ primum munus est, ut ne cui quis noceat: deinde ut communibus utatur pro communibus, privatis, ut suis.* Sen. 3. *de benef. c.* 14. *Æquissima vox est, & jus gentium præ se ferens, Redde, quod debes.*

COMMENTARIUS.

NOn assentior Hoppero *lib.* 1. *de art. jur.* nec Contio ad *hunc* §. qui præcepta hoc loco & apud *Ulp. l.* 10. §. 1. *eod.* pro regulis hujus artis posita putant: siquidem præcepta artium principia sunt cognoscendi, ut definitiones & divisiones: atque ita non tres regulæ, sed una tantum proponeretur præceptorum juris distributio. Rectius præcepta hic accipiemus generalia quædam dictata ac præscripta juris illius communis, quod semper æquum & bonum est, sive notiones quasdam à natura insitas & quasi consignatas in animis nostris κοινὰς καὶ φυσικὰς ἐννοίας. Et primo quidem, quo vitæ honestas præcipitur, intelligi oportet vetari facta omnia, quæ lædunt pietatem, verecundiam, existimationem nostram, & generaliter quæcunque pugnant cum legibus, bonis moribus, & publica honestate: in tantum, ut etiam ab iis nonnunquam abstinendum sit propter honestatem, quæ legibus civilibus permissa aut non expresse prohibita sunt, juxta tritum illud, *non omne, quod licet, ho-*

honeſtum eſt. De quo multa præclarè Pet. Faber ad *l. non omne.* 144. *de reg. jur.* Nimirum eſt aliquid, quod non oportet, etiamſi liceat, ut bene Cicero *pro Balbo, cap.* 3. neque vere ſimplex hæc admonitio eſt, ut quibuſdam videtur, ſed verum atque efficax juris naturalis præceptum: licet hic aliquando claudicet & conniveat lex civilis; errantque adeo, qui cum hoc præcepto committunt lupanaria, quæ paſſim tolerari conſtat. ἐπιείκεια eſt legis civilis, cujus latorem officii ſui admoneant, ne vel boni cauſa mala fieri permittat. Hoc enim prætextu hujuſmodi conniventia excuſari ſolet, *quod propter redundantem in humana natura perverſitatem, quædam etiam non decora ac ſalutaria, adeoque decreto Spiritus damnata toleranda ſint, ne majoris mali præbeatur occaſio.* Verba 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 evidenter continent. Sic enim craſſe ea accipio, ut ſecundum (*alterum non ladere,*) ad perſonam alterius referatur; ne alicujus vitam, incolumitatem, libertatem, exiſtimationem lædamus aut violemus: tertium (*ſuum cuique tribuere*) ad res externas; ut ab alieno manus abſtineamus, hoc eſt, res alterius non attrectemus aut minuamus, ut patiamur unumquemque rebus ſuis uti, ut reddamus quod alienum apud nos eſt. Cui explicationi conſentaneum eſt, quod ſcribit M. Tullius *lib.* 1. *offic. cap.* 5. *Juſtitia primum munus eſſe, ut ne cui quis noceat: deinde ut communibus utatur pro communibus; privatis, ut ſuis.* Plus juſto religioſi ſunt, qui nec plura eſſe juris præcepta contendunt, nec pauciora. Nam & uno ex his tribus generaliter univerſum juſtitiæ munus comprehendi poteſt, ut in definitione juſtitiæ tertio præcepto duo priora comprehenſa ſunt: poſſunt & quædam juſtitiæ munera aliis præceptis aut verbis ſpecialius aut evidentius exprimi; ut *Deum colere, parentes revereri, pacta ſervare*, &c. Nemo melius hæc explicavit, quam Claud. Cantiuncula in doctiſſima ſua paraphraſi. VINN. Sed & hæc juris præcepta ſtoïca ſunt. Honeſtum iis ex quatuor virtutibus cardinalibus exiſtere videbatur, *prudentia, temperantia, fortitudine & juſtitia. Honeſte* ergo *vivere* ad temperantiam pertinet; *neminem ladere* ad fortitudinem; *ſuum cuique tribuere* ad juſtitiam. Prudentiæ, tanquam virtutis intellectualis, rationem non habuerunt jureconſulti. Eſt hæc obſervatio viri eximii, Thomaſii *in Not. ad Inſt. h. t.* HEIN.

TEXTUS.

De jure publico & privato.

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

NOTÆ.

4. *Duæ poſitiones*] Id eſt, duo themata, partes, ſpecies, δύο εἴδη. Ex Ulp. *l.* 1. §. 2. *eod.* alii tres fecere ſpecies, ſacrum, publicum, privatum. Auſon. in *Idyll.* 15. ſed Ulp. *d. loc.* ſub publico etiam ſacrum comprehendit. Bud. VINN. Frequenter jureconſulti veteres eas ſpecies, quæ habent mixtam cauſſam, negligunt, quaſi confuſas cum ſimplicibus, atque inde ejuſdem rei modo tripartita, modo bipartita diſtributio eſt. Rem omnem confecit V. C. Ger. Noodt *Probab.* 1, 12. qui & hoc ipſum exemplum huc refert *Obſ.* 11, 21. HEIN.

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

Ad ſingulorum utilitatem] Quod privatim ad cujuſque civis rem pertinet familiarem. 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 cujuſque civitatis.

COMMENTARIUS.

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

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

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:

co: sed à forma aut causa efficiente, non quod utilitate publicum est: sed auctoritate. Ita accipitur in *l. 8. de tutel. l. ex sententia* 29. *de test. tut.* multisque aliis in locis. item apud Terent. *in Phorm.* II, II, 65. *Anne id quidem adipiscar ego, quod jus publicum est*, in *l. quod* 15. §. 1. *ad leg. Falc.* dicitur retentio Falcidiæ jure publico competere. *in l. damni* 18. §. 1. *de damn. inf.* usucapio 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. verbis legis* 120. *de verb. sign.* Atque hæc omnia ad differentiam ejus juris, quod cuique privatim acquiritur ex conventionibus: quippe quæ parem cum legibus auctoritatem non habent; quod Papinianus sic expressit, *l. ult. de suis & legit. Privatorum cautiones legum auctoritate non censentur.* Et quod passim legimus jus publicum privatorum pactis mutari aut infringi non posse. *l. jus publicum* 38. *de pact. l. Neratius* 20. *de relig. l.* 15. §. 1. *ad leg. Falc. l. neque pignus* 45. §. 1. *de reg. jur.* nihil aliud significat, quam ex eo jure aut forma ejus juris, quod quacunque de re publicè constitutum est, privatorum pactionibus 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. inter.* 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 Impp. *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 universim & 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. ne quis re sua malè utatur.* aliaque id genus.

Rei Romanæ] id est, reip. *Romanæ.* Virgilius 6. *Æneid. v.* 857. *Hic rem Romanam magno turbante tumultu Sistet eques.* de Marcello loquitur. Ennius; *Moribus antiquis res stat Romana virisque.* Si vocem *Romana* detrahas, definitio erit generalis: sed hic adjecta ad differentiam aliarum civitatum, quæ cum Romana collatæ privatorum loco erant, *l.* 15. *& seq. de verb. sign.* vel potius, quia Justiniano tantum propositum est, jus Romanæ 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 coërcenda, magistratusque creandos, per quos hæc expediantur.

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

Dicendum est de 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, 2 quod locus postulare videtur, apparet ex hac juris divisione, itemque ex definitione jurisprudentiæ, Antonium apud Ciceronem *lib.* 1. *de orat. cap.* 48. non Jurisconsultum, sed leguleium describere, *qui legum & consuetudinis ejus, quâ privati in civitate utuntur, & ad respondendum & ad agendum & ad cavendum peritus sit.* Præstantissimam scilicet hujus artis partem, juris publici scientiam, consulto præteriit homo Jurisconsultorum gloriæ subinvidens, & inique de hac scientia judicans. VINN. Immo *leguleius* non videtur, solius juris privati peritus, sed qui legum tantum gnarus, earum & rationem ignorat & adplicationem; quemadmodum, qui de sola adplicatione & praxi, quam vocant, sollicitus, nullam accurationem juris notitiam præmittit, *rabula* vocari solet. Ita Cicero hæc vocabula accipit *lib.* 1. *de Orat. cap.* XLVI. & LV. HEIN.

Tripertitum est] Divisio è causis efficientibus, id est, auctoribus juris, naturâ, naturali ratione, & civitate; quamquam hic non tam dividitur jus civile, quam principia ejus & origo indicatur atque secernitur, ut verba, *collectum est*, ostendunt, & notat D. Wesemb. 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 Philo- 3 sophus 5. *Eth.* 7. dividit jus πολιτικὸν *in* φυσικὸν καὶ νομικὸν. 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 partim communi omnium hominum jure uti, partim proprio:* quod Arist. *d. loc.* appellat νομικὸν, & speciem facit τῷ πολιτικῷ. Notat Justinianum Rod. A- 4 gricola *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 minimè 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 naturale, ut id in specie accipiunt Justinian. & Ulpian. pro jure cum brutis communi, causam esse juris publici; quod & Baro rectè observavit. Nec tamen assentiendum Mynsingero, qui cum Alciato 1. *pareg.* 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,

cæ-

cæremoniaſque ſuas, atque omnia ferè, quæ ad magiſtratus, aliaque jura publica pertinent, à pleriſque Italiæ populis ac præſertim Hetruriæ accepiſſe. De communi notitia de Deo locus eſt omni exceptione major apud Paulum ad *Rom. c.* 1. ſunt & apud Cic. 1. *Tuſc. cap.* 16. *&* 2. *de nat. Deor. cap.* 2. & 15.

5 *Ex naturalibus præceptis aut gentium, aut civilibus*] De numero generum juris diſſenſiſſe veteres videri poſſunt: nam Ulpianus in *l.* 1. §. 2. *hoc tit.* quem hic ſequitur Juſtinianus, tria genera ponit, naturale, gentium & civile. Cajus in *l. omnes populi* 9. *eod.* duo tantum, commune & proprium; neque Philoſophi plura genera agnoſcunt, quam naturale & poſitivum. Sed tantum in tractandi modo, non in re diſſenſio eſt: revera enim duo tantum ſunt ſumma juris genera, naturale & civile ſeu poſitivum: ſed in hac bimembri diviſione primum genus duas priores ſpecies tripertitæ illius complectitur, in quas etiam deinde ſubdividi poteſt. Ulpianus enim brevitatis cauſa ſpecies unius generis cum altero genere unica diviſione complexus eſt; quod ei familiare eſſe apparet ex *l.* 4. *hoc tit. l.* 5. *de pact.* Nomina quoque generis docendi cauſa, cum propria deficerent, ſpeciebus indidit, jus naturale vocans, quod ſimilitudine quadam homini cum cæteris animantibus commune eſt; gentium,
6 quod humani generis proprium. Obſervandum autem eſt, non omnes, qui jus dividunt in naturale & poſitivum, haſce ſpecies eodem ſenſu opponere. Nam ſunt, qui appellatione juris naturalis intelligunt quidem tum jus, quod hominibus cum brutis commune eſt, tum etiam jus gentium, quod primævum vulgo appellant; ſed jus gentium ſecundarium, ſpeciem faciunt juris poſitivi, ſicut & civilis; idque rationi magis conſentaneum putant Weſemb. *par. hoc tit. num.* 15. Greg. Lopez. *animad. c.* 3. D. Grot. 1. *manuduct. 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.* 11. *infrà de rer. div.* ſed ſæpius tamen & hi jus naturale ex adverſo juri gentium ſecundario opponunt, ut in §. 2. *tit. proximè ſequentis. inf. de libertin. in pr. l.* 4. *hoc tit.* In diviſione propoſita etiam primario opponitur: quæ tamen oppoſitio vix ullum uſum habet, ut demonſtrabitur *tit. ſeq.* Optima diviſio erit, 7 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.

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

TEXTUS.

De Jure naturali.

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

NOTÆ.

Omnia animalia docuit] *l.* 1. §. 3. *D. de juſt. & jur.* Dicuntur vero hæc κατα χρησικῶς, eo, quod quæ hujus juris ſunt, etiam bruta faciant, ſolo quidem impetu naturæ, cæterum cum ſimilitudine ſenſus ac deſiderii humani. Cic. *in Lal. cap.* 8. unde tales brutorum actus Ariſtot. 9. *de hiſt. anim. c.* 7. appellat μιμήματα τῆς ἀνθρωπίνης ζωῆς. Propriè autem juris capax non eſt, niſi natura utens præceptis generalibus. Grot. 1. *de jur. bell.* 1. Νόμῳ καὶ δίκαίῳ μόνον χρῆσθαι πεφύκαμεν. Plutarch. *Cat. maj.* In beſtiis tantum apparet juris aliqua imago. Salmaſ. *de uſur. c.* 9.

Maris atque fœmina conjunctio] Lactant. *lib.* 6. *c.* 23. *Cum excogitaſſet Deus duorum ſexuum rationem, attribuit ipſis, ut ſe invicem appeterent; & conjunctione gauderent, eaque ratione propagari & multiplicari genera poſſent.*

Educatio] Cic. 1. *de off. cap.* 3. *Quemadmodum communis eſt animantium conjunctionis appetitus, ita cura quoque eorum, quæ procreata ſunt.* Nam, ut idem *lib.* 3. *de fin. cap.* 19. *hæc inter ſe congruere non poſſent, ut procreari quidem natura vellet, diligi autem procreata non curaret.* Huc vel maximè pertinet ſtudium tuendi ſui adverſus vim illatam. Cic. 1. *de off. cap.* 7.

Peritia cenſeri] Id eſt, haberi pro peritis hujus juris, eorum numero adſcribi. Theoph. ἐν τοῖς τιμῶσι τοῦτον τὸν νόμον ἀναγεγραμμένα, id eſt, *his, qui hanc legem*

gem obſervant, adſcripta, quidam malunt, *perita*.

COMMENTARIUS.

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

1 ANimalia bruta tam certum eſt eſſe juris expertia, quam certum eſt eſſe ἄλογα ſive expertia rationis. Nam inter quos jus eſt, inter eos & ratio, & æquum & bonum, & juſtitia, & lex, & ſocietas ſit neceſſe eſt. Ariſt. 5. *Eth.* 10. *In equis, in leonibus juſtitiam non dicimus*, inquit Cicero *lib.* 1. *de offic.* Plutarchus *in Catone Majore* ait, νόμῳ, καὶ δικαίῳ πρὸς ἀνθρώπους μόνον χρῆσθαι πεφύκαμεν. & alias etiam beatitudo caderet in bruta. Bene igitur D. Grot. 1. *de jure bell. & pac. c.* 1. *num.* 11. *Proprie juris capax non eſt niſi natura præceptis utens generalibus.* Neque quiſquam philoſophorum, quod ſciam, aut juriſconſultorum jus aliquod in bruta cadere tradidit, præter unum Ulpianum, ex cujus Inſtitutionibus hæc deſcripſit Tribonianus, ut apparet ex *l.* 1. §. 3. *de juſt. & jur.* Quomodo ergo Ulpianum cum cæteris conciliamus? Simpliciſſima eorum ſententia eſt, qui per quandam auxeſin & figurate hæc à Juriſconſulto dici ſcribunt, propterea quod quæ hujus juris eſſe dicuntur, ea etiam bruta faciant, idque cum ſimilitudine quadam ſenſus ac deſiderii humani. Unde Ariſtoteles *lib.* 9. *de hiſt. animal. c.* 7. tales brutorum actus appellat μιμήματα τῆς ἀνθρωπίνης ζωῆς, *vitæ humanæ imitamenta.* Cicero 2. *de finib. virtutum ſimulacra.* Nam ut in brutis apparent ſimulacra quædam rationis, ita etiam juris, ut idem Cicero teſtatur, & pluribus oſtendit Plutarchus in libello, πότερα τὸν ζώων φρονιμώτερα. Platonis quoque doctrina eſt, naturam rem unamquamque perfectiſſimam facere voluiſſe; ac proinde in plantis ſenſus, in brutis rationis, in hominibus divinæ mentis veſtigia expreſſiſſe. Neque aliud ſenſiſſe videri debet Plutarchus in libello cui titulus eſt, τὰ ἄλογα λόγῳ χρῆσθαι. quod alioqui non careret contradictione. Eadem effectu eſt aliorum reſponſio, qui 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. *rel.* §. 1. *n.* 4. & Ant. Fab. *juriſpr. Papin. tit.* 2. *pr.* 1. jus naturale dici, quod circa ea verſatur, quæ bruta ſolo inſtinctu & impetu naturæ faciunt; homines vero etiam cum ratione. Nam cum homo hæc facit, rationem in conſilium adhibet, quam veluti ducem lucemque ſequitur, cum beſtiæ in iiſdem agendis ſola vi naturæ, & cæco impetu, ſine judicio ac ratione ducantur: ad quem etiam modum diſputat doctiſſimus Salmaſ. *lib. de uſur. c.* 9. eoque pertinet, quod ſcribit Seneca *lib.* 2. *de Ira, cap.* 16. animalibus pro ratione impetum, hominibus pro impetu rationem eſſe. VINN. Solum Ulpianum jus naturæ homini cum reliquis animalibus commune fingere putat Vinnius. Sed perperam. Fuit ea communis fere veterum Philoſophorum doctrina. Jus naturæ exigere dicebant, ut ſecundum naturam vivamus. Natura eſt vel communis, vel homini propria. Ex illa jus naturale, ex hac jus gentium derivabant. Præclare eam in rem ex mente Stoïcorum differit Cicero *de fin. lib.* v. *cap.* 9. Eleganter quoque Euripides: *Communis hæc lex ſtirpis eſt mortalium, trahens & ipſos in ſui aſſenſum Deos feraſque, amare, quidquid eſt ex ſe ſatum.* τὰ δὲ ἄλλα χωρὶς, χρώμεθ' ἀλλήλων νόμοις. *In rebus aliis jure non uno utimur.* HEIN.

Maris & fœminæ conjunctio] Huc pertinet, quod in Lælio ſcribit Tullius, *cap.* 21. *Hoc apparet*, inquit, *in beſtiis, volucribus, agreſtibus, natantibus, cicuribus, feris, primum ut ſe ipſæ diligant, (id enim pariter cum omni animante naſcitur,) deinde ut requirant atque appetant, ad quas ſe applicent, ejuſdem generis animantes: idque faciant cum deſiderio & cum quadam ſimilitudine amoris humani.*

Procreatio, educatio] *Quemadmodum communis eſt animantium conjunctionis appetitus, ita cura quoque eorum, quæ procreata ſunt*, ait idem Tullius 1. *de offic. cap.* 3. Juſtinianus in *l. un.* §. *taceat.* 5. *C. de rei ux. act. Ipſe*, inquit, *naturalis ſtimulus*, id eſt, στοργὴ, *parentes ad liberorum ſuorum educationem hortatur.* Et alibi; *filium vel filiam alere patri neceſſe eſt propter ipſam naturam. l. ult.* §. *ipſum* 5. *C. de bon. quæ lib.* Et vero *hæc inter ſe congruere non poſſent, ut procreari quidem natura vellet, diligi autem procreata non curaret*, ut ſcribit Cic. 3. *de finib. cap.* 19. Referunt huc quidam & alituram parentum: ſed malè. 2 Debentur quidem & parentibus alimenta, quod etiam proditum eſt vulgari proverbio ἀντιπελαργεῖν. ſed parentum alimonia non ex eo jure eſt, de quo hic agitur, quod natura cætera quoque animalia docuit, inter quæ genitum gignenti alimenta non præbet: verum ex alia naturæ lege, quæ humani generis propria eſt, & in propoſita partitione jus 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. nam & 15. de inoff. teſt. l.* 7. §. 1. *unde liberi.* ita cape locum Ciceronis in *orat. de reſp. aruſp. cap.* 27. ubi ait, parentibus nos primum naturam conciliare, quos non alere nefarium ſit. 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 quæſtione 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 alend. liber.* Chriſtin. *vol.* 3. *deciſ.* 143. add. D. Grot. 2. *de jur. Bell. & Pac. c.* 7. *n.* 4. *& ſeqq.* Pet. Fab. 2. *Sem.* 1. Nullius autem rei ſtudium altius inſi- 3 tum eſt à natura omnibus animalibus, quam ſtudium tuendi ſui adverſus vim illatam. *Hoc enim omni generi animantium à natura ante omnia tributum eſſe* ſcribit M. Tullius 1. *de Offic. cap* 4. *ut ſe, vitam, corpuſque tueatur, declinetque ea, quæ nocitura eſſe videantur.* Unde liquet fragmentum auctoris *l.* 3. *de juſt. & jur.* temere 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 & propulſationem injuriæ, quarum illam ad jus naturæ, hanc ad jus gentium.

tium referunt. Credo ego Florentinum jus omne finibus humani generis circumſcripſiſſe. Quatenus & quibus conditionibus vim perſonis vel rebus noſtris illatam propulſare permiſſum ſit, ex recepta DD. ſententia tradit Schneid. *hic n.* 12. *& ſeqq.* Gail. 2. *obſ.* 110. *num.* 13. *& ſeqq.* D. Tulden. *ad tit. C. ad leg. Corn. de ſicar. num.* 5. Summa huc redit, ut ne vim propulſanda 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. Grot. *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 injuſtitia aut peccato alterius, unde periculum eſt: & ideo ſi corpus vi impetatur cum præſente periculo vitæ non aliter evitabili licitum eſſe inferentem periculum interficere, etiamſi ille peccato careat, puta inſania aut inſomniis agitetur, ut eveniſſe quibuſdam legimus: neque enim eo tolli jus ſe tuendi, cum ſufficiat, quod ego non teneor id, quod ille intentat, pati, non magis quam ſi beſtia aliena periculum intentaret. Sed
4 hæc & ſimilia fortaſſis alibi latius. Illud repeto, quod ſuperius dixi, ſi quando brutis animantibus juſtitia tribuitur, id fieri impropriè ex quadam in ipſis umbra rationis atque veſtigio; ac propterea pleroſque diſputationem juris naturalis finibus humani generis circumſcribere. vid. Pet. Fab. 2. *Sem.* 1. Salmaſ. *de uſur. cap.* 2. Joan. Selden. *lib.* 1. *de jur. nat. & gent. juxt. diſcipl. Ebræor. cap.* 4. *&* 5. ubi etiam Ebræos laudat, qui & ipſi non ex jure aliquo, (quod totum verſari volunt circa licitum atque illicitum,) ſed è propenſione atque inclinatione tantum ajunt animantium cæterorum actus evenire. Sanè diſcrimen quod Ulpianus facit inter jus quod animantibus cæteris cum homine commune eſt, quod arctiori ſignificatu appellat naturale, & illud, quod hominum proprium eſt, quod ſæpè jus gentium nuncupatur, vix ullum uſum habet: quoniam utrum actus ipſe, de quo jus naturæ conſtituit, ſit nobis communis cum aliis animantibus, ut prolis educatio, an nobis proprius, ut cultus Dei, ad juris ipſam naturam nihil refert. §. *pen. inſ. eod.*

TEXTUS.

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

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

NOTÆ.

1. *Quiſque populus*] Ex *l.* 9. *de juſt. & jur.* populus ſcil. alieno imperio non ſubjectus, alias juris condendi poteſtatem non habet, niſi quatenus ille, cui paret, conceſſit, *l.* ἀξίωσις. 9. *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 πολιτικὸν in φυσικὸν & νομικὸν.

Naturalis ratio] Jus gentium non ex inſtitutis populorum æſtimandum eſt, ſed ex eo, quod juſtum eſſe ipſa naturalis dictat ratio, id eſt, inſita animis hominum notitia honeſti & turpis, juſti & injuſti V. G. Inceſta, adulteria, furta naturâ turpia & illicita ſunt; etiamſi gentes repertæ, in quibus hæc permiſſa aut non punita, Gell. 11. *noct. Attic.* 18. Alex. ab Alex. 1. *Gen. dier.* 24. Plato 1. *de legib.* Cic. 1. *de legib. cap.* 16.

Apud omnes populos] Aut certè moratiores: 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 primævum.

COMMENTARIUS.

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

QUOD *quiſque populus*] Suis ſcilicet legibus & moribus vivens: nam ſi quæ civitas alterius imperio ſubjecta eſt; ea non plus juris habet in jure conſtituendo, quam ille cujus imperio ſubjecta eſt, conceſſit, *l.* ἀξίωσις. 9. *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.* 9. *hoc tit.* 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 ſalvum ſemper manere jus ſuperioris, ut pro auctoritate ſua ea abrogare poſſit, *l.* 3. §. *Divus.* 5. *de ſepulc. viol.* Uſu quoque ſervari tradit Schneid. *in* §. *conſtat.* 3. *inſ. eod.* ut ſtatutorum confirmatio à ſuperiore petatur;

tur; quod & juri conſentaneum cum Hieronym. de Cævallos cenſet D. Chriſtin. *volum.* 2. *deciſ.* 55. *num.* 5. quamvis id neceſſarium non eſſe plerique tradiderint. Apud nos ſanè magiſtratus inferiores jus ſtatuta condendi non habent, niſi quatenus id à Principe, aut qui vicem ejus gerit, impetrarunt: alioqui neceſſaria eſt ſuperioris approbatio, D. Merul. *lib.* 1. *tit.* 4. *cap.* 5. D. 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 nihil habeant, præter approbationem, §. 1. *inf. de oblig.*. Hoc igitur jus dicitur civile à cauſa efficiente, quæ eſt voluntas alicujus civitatis, aut ejus, qui jus legis ferendæ in ea habet, non communis gentium aut naturalis ratio. Ab Ariſtotele legitimum dicitur: vulgo poſitivum.

2 Poteſt vero hoc jus amplioris doctrinæ gratia ſic diſtingui, ut aliud dicatur merum & ſimpliciter civile quo pertinent leges omnes, quæ ideo tantum juſtæ ſunt & obligant, quia à civili poteſtate ſancitæ; cujuſmodi ſunt jura adoptionum, uſucapionum, donationum inter conjuges, ſenatuſconſulta Macedonianum, Vellejanum, Trebellianum, leges Ælia Sentia, Junia Narbana, Fuſia Caninia, Voconia, Furia, Falcidia, & in multis capitibus lex duodecim tabularum: aliud κατά τι, 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 effici:* 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] Ait Imperator jus gentium eſſe, *quod naturalis ratio inter omnes homines conſtituit.* Unde ſequitur, jus hoc non ex legibus aut inſtitutis populorum æſtimandum eſſe; ſed ex eo quod juſtum eſſe dictat ipſa ratio naturalis, id eſt, inſita animis hominum notitia de honeſto & turpi, juſto & injuſto.

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

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

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

Omnes gentes] Aut certè moratiores, nam naturale rectè dicitur, interprete Michaële Epheſio ad Nicomachia, *quod apud pleroſque non corruptos aut pravos, ſed naturæ convenienter ſe habentes, obtinet.* Et Ariſtot. 1. *polit.* 5. quid naturale ſit, ſpectandum ait in his, *quæ bene ſecundum naturam ſe habent, non in depravatis.* Belle Salmaſ. *de uſur. pag.* 243. & *ſeq.* Videtur autem Imperator hic tantum definire voluiſſe ſpeciem juris gentium excellentiorem, nempe jus gentium primævum ut id DD. appellant. Neque enim hæc definitio æque accommodari poteſt Juri gentium ſecundario, quod in §. *ſeq. verſ. nam uſu.* ita deſcribitur, ut reſpectu juris primævi quodammodo poſitivum dici poſſit: quanquam cum etiam ſecundarium naturali ratione ἐξ ὑποθέσεως nitatur, neque id apertè conſtitutum, aut ſanctione aliqua introductum ſit, ſed tacita tantum, communi tamen conſenſione gentium receptum, naturale quodammodo eſt & à poſitivo ſecerni poteſt. Atque hoc etiam puto ſentire Ariſtote- 4
lem *d. lib.* 1. *c.* 4. ubi ait eſſe quoddam jus gentium καθ' ὁμολογίαν. Ut autem paucis explicem, qua ratione Doctorum illa juris gentium diſtinctio in primævum & ſecundarium nitatur, quod hic locus quodammodo flagitat: nata eſt ea diſtinctio ex duplici conſideratione rationis ſeu potius intellectus judicantis. Ut enim ratio, ſicut phyſici docent, vel ſimplex eſt & pura, quæ ſine diſcurſu judicat, & Græcis νῦς ſive νόησις dicitur: vel compoſita & comparata, quæ per diſcurſum munus ſuum exequitur, ex collatione diverſarum rerum aliquid colligens, Græcis διάνοια & λογισμὸς: ita & duplex eſt jus Gentium; unum quod à ſimplici illa ratione fluit ſeu intellectu νοητικῷ, cujus juris ſunt cultus Dei, reverentia parentum, neminem lædere, ſuum cuique tribuere, ab alieno manus abſtinere, aliaque ejuſcemodi principia practica, quibus ultro ſine argumentatione aut demonſtratione aſſentimur, & juſta eſſe ſine agitatione mentis intelligimus: alterum quod à compoſita ſeu intellectu διανοητικῷ; quod diſcurſum & ratiocinationem habet, atque ex cauſa demum aliqua aut hypotheſi & comparatione alterius rei juſtum eſſe intelligitur: cujus generis ſunt ea omnia, quæ ad vitæ communis commoda conjungendaſque inter ſe reſpublicas & gentes à viris ſapientibus excogitata in uſum omnium gentium aut plerarumque pervenerunt. Exempla habe-

bemus in §. *ſeq. verſ. nam uſu.* & elegans in *l.* 1. *ff. de contr. empt.* Quod jus à ſimplici illo intellectu eſt, primævum DD. appellarunt; quod à compoſito, ſecundarium; primum immutabile, ſecundum mutabile.

TEXTUS.

Ab appellatione & effectibus.

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

NOTÆ.

Uſu exigente] Hujus igitur ex parte cauſa eſt uſus & indigentia. Ariſtot. 1. *polit.* Unde Dio Chryſoſt. *orat.* 76. hoc jus appellat εὕρημα βίε καὶ χρόνε, *inventum uſus & temporis.* Exemplo poteſt eſſe inventio nummi, cui cauſam præbuit difficultas permutationum, *l.* 1. *D. de cont. empt.*

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

Omnes penè contractus] Τὸ *penè* additum eſt δι' εὐλάβειαν φιλοσόφων. Sunt enim quidam jure civili introducti. *l.* 5. *D. de juſt. & jur.* veluti ſtipulatio, obligatio literarum, donatio propter nuptias.

COMMENTARIUS.

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

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

Solonis vel Draconis] Prior Draco leges Athenienſibus dedit, in quibus Ariſtot. 2. *Pol.* 10. ſcribit nihil memorabile, præter pœnarum acerbitatem, fuiſſe. Pœna namque capitis fraudes propè omnes multabat. Unde Demadis illud laudatur; ὅτι δι' αἵματος, ἀλλὰ μέλανος τὰς νόμους ὁ Δράκων ἔγραψε. *Draconis leges non atramento, ſed ſanguine ſcriptas fuiſſe.* Plutarch. *in Solone.* Solon deinde magna earum parte abrogata alias deſcripſit, quibus Athenienſes feliciſſime ſunt uſi. vid. Aul. Gell. *lib.* 11. *c.* 18. VINN. Ante Draconem Athenienſibus leges ſcripſit Triptolemus, de quibus Porphyr. 4. *de abſtin. ab animal. p.* 431. Poſtea circa Olympiad. 39. Draco, & Olymp. 46. anno 3. Solon leges tulerunt, de quibus Pardulph. Pratejus, Jo. Meurſius, Deſ. Heraldus. HEIN.

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

Noſtrum jus] Κατ' ἐξοχήν. De Romani juris excellentia diſſerit M. Tullius in perſona Craſſi *lib.* 1. *de orat. cap.* 43. *ſeq.* Hodie jus civile Romanorum quaſi gentium quoddam jus commune apud totam ferè Europam obſervatur, utique in quibus cauſis propriæ leges aut conſuetudines deficiunt. 1

Sed & ad hujus juris normam dirigitur interpretatio quarumcunque conſtitutionum ac conſuetudinum, quæ illi manifeſtè non repugnant: ac tametſi repugnent, tamen in ambigua facti ſpecie ejuſdem æquitate mitigantur, & ita coërcentur, 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: quanquam vitio non caret, quod Tribonianus non apertius diſtinctionem proponit. Primarium enim non ab hominibus excogitatum aut introductum eſt; ſed nobis ingenitum: quemadmodum & notitiæ illæ ſimplices, unde illud promanat, mentibus noſtris divinitus inſitæ & in cordibus noſtris inſculptæ ſunt; etiam Apoſtolo teſte *cap.* 2. *ad Roman.* Secundarium autem (quod Grotio 1. *de Jur. Bell. cap.* 2. *num.* 4. eſt volun- 2

luntarium) 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 Chrysostomus *orat.* 76. hoc jus ait esse εὕρεμα βίου καὶ χρόνου, *inventum temporis & usus:* & hinc Dioni Prusæensi ἀναγκαῖα νόμισις 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 accommodatum non tam naturæ integræ bonitati, quam corruptæ necessitatibus: conjungitque respub. & gentes inter se, quarum tacito quasi fœdere & conspiratione censetur. VINN. Rectius omnia cohærent, si dicas, jus naturæ *esse jus divinum, per rectam rationem promulgatum.* Ab eo tunc non differt *jus gentium*, nisi adplicatione. Eadem enim rectæ rationis dictamina, prout vel negotiis hominum, vel integrarum gentium adplicantur, modo *jus naturæ*, modo *jus gentium* adpellantur. Quemadmodum vero jus naturæ vel *absolutum* est, vel *hypotheticum:* ita & gentium negotiis adplicatum absolutum a Doctoribus *primarium*; hypotheticum *secundarium* dicitur. HEIN.

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

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

Juri naturali contrariæ] Bella, & hinc secutæ captivitates & servitutes, si per se spectentur, à ratione naturali prorsus aliena sunt: neque enim quod utilitas omnium gentium exigit, societatem humanam bella tuentur, sed oppugnant atque evertunt. Ex hypo-
4 thesi tamen & hæc rationem naturalem habent. Etenim si vim & injuriam nobis aut sociis nostris illatam vi & armis defendamus, aut etiam vindicemus, captos hostes etiam in servitutem nostram redigamus, ut metu talis pœnæ improbi ab injuria in posterum abstineant, nemo, opinor, est, qui negabit hoc summa cum ratione fieri; de quo iterum & latius *tit. seq.*

Omnes pene contractus] Τὸ *penè* additum δι' εὐλάβειαν φιλοσόφων, & est temperamentum Jurisconsultis familiare, qui passim hujusmodi particularum adjectione sibi cavere solent, quando quid generaliter enuntiant aut definiunt; propterea quod in jure generalis definitio plerumque periculosa est; *l. omnis definitio.* 202. *de reg. jur.* quod & Justinianus hic facit, respiciens haud 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: & sponsalitiam largitatem: sed quam rectè, suis locis videbimus. Illud interim hic affirmare ausim, nullam obligationem dici posse simpliciter & absolutè esse juris civilis; sed κατά τι duntaxat, quatenus 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. cap.* 5. & posita hæc sunt extra potestatem legislatoris.

TEXTUS.

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

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

NOTÆ.

3. *Quo utimur*] Abest à *l.* 6. §. 1. *D. de just. & jur.* unde hæc sumpta, nec Cujac. Hotom. Wesemb. 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 κατὰ τὰ γράμματα, & κατὰ τὸ ἦθη.

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.*

JUs scriptum in divisione proposita non opponitur omni juri non scripto: nam & jus naturale ac gentium est ἀγραφόν τι, sed tantùm ei juri, quod moribus & longâ 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. & jure.*

Scripto aut sine scripto] Distributio juris civilis ex ac- 1
ci-

cidenti & cauſa inſtrumentali. Nam formalis differentia legis ſive ejus juris, quod opponitur juri non ſcripto aut conſuetudini, non eſt ſcriptura; ſed expreſſa voluntas & ſanctio civilis poteſtatis: ſicut è contrario conſuetudo aut jus non ſcriptum formam & eſſentiam ſuam habet à tacita voluntate & conſenſu utentis populi, §. *ſine ſcripto* 9. *inf. eod. l. de quibus.* 32. *de legib.* Hujus rei evidentiſſimum argumentum eſt, quod nec conſuetudo in ſcripturam redacta lex ſit, nec lex non ſcripta conſuetudo. Lacedæmonii ſcriptis legibus uſi non ſunt, legibus tamen uſi ſunt, atque una τῶν καλλμένων ῥητρῶν hæc erat, μὴ χρῆσθαι νόμοις ἐγγράφοις *ſcriptis legibus non uti.* Plutarch. *in Lycurg. p.* 47. Atque ut è Romana republica exemplum petamus; nunquid lex erat, cum rogante Magiſtratu, *velitis, jubeatis Quirites, &c.* populus in tabellis reſpondiſſet, *uti rogas?* Quod autem rei jam in eſſe ſuo conſtitutæ ex accidenti ſupervenit, id de illius rei eſſentia non eſt. At enim, inquies, ſine quo lex non obligat, id utique eſt ei eſſentiale: ſine ſcriptura autem non obligat, cum ſine ea in notitiam populi pervenire non poſſit. *arg. l. leges ſacratiſſimæ.* 9. *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? & proinde, certum eſt in *l. humanum.* 8. *C. de legib.* faciliorem tantùm promulgandi rationem proponi. Cur igitur legem appellamus jus ſcriptum? Quia nimirum poſtquam lata eſſet, ſcribi ſolebat & ſcripto promulgari, aut in tabulis inciſa publicè proponi, quo & cognoſceretur facilius & minore negotio probaretur. Moris quoque erat apud Romanos, ut qui legem ferre vellet, eam trinundino promulgaret, id eſt, de ſua lege ad populum diceret, eamque ſcriptam publicè propoſitam haberet, quo poteſtas fieret populo cognoſcendi otioſè, & ut inde liceret librariis deſcribere, ſi qui vellent legem apud ſe habere, ut liquet ex 2. Agraria. Planè ſi non alio modo promulgandi civitas utatur, quam per ſcripturam, poteſt dici ſcripturam ad vim legis neceſſariam eſſe: neque enim ante lex vi ſua conſtat, civeſque ad obſervationem vel pœnam obligat, quàm populo innoteſcere potuerit, quod ſine promulgatione ſive publicatione aliqua fieri non poteſt, *l.* 7. *cum* 2. *ſeqq. C. de legib.* Perez. *ad*
2 *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 ſit interdum, *Nov.* 57. *in fin. Nov.* 116. *cap.* 1. Extat ſanè conſtitutio quædam ἐκ τῶν νεαρῶν, 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 ignorantiæ, atque hæc interim præſumatur, non quin lex promulgata citius obſtringat eum, in cujus notitiam ante pervenit. Quod ſi quis poſt lapſum iſtius temporis ignorantiam alleget, eſſe quidem adhuc audiendum, ſed hac conditione, ut cauſam ignorantiæ, quam allegat, probet, per *l. ult. de decret. ab ord. fac.* Gudelin. 5. *de jur. nov. c.* 2. add. Chriſtin. *vol.* 2. *deciſ.* 52. *num.* 2. *& ſeqq.* VINN. *Scriptum jus* revera idem eſt, ac promulgatum: *non ſcriptum* ac non promulgatum. Loquutio a Græcis deſumta, quibus γράφειν νόμους non eſt *leges ſcribere* ſed *publicare.* Hinc & Lycurgum γεγράφθαι νόμους ait Liban. *p.* 476. *Tom. I.* quum tamen Lycurgi leges ſcriptura vulgatas non eſſe, ſatis conſtet. Plut. *in Lycurg. p.* 47. Hinc & jus civile a prudentibus invectum ſine ſcripto venire & conſiſtere dicitur, *l.* 2. §. 5. *& 12. ff. de O. J.* non, quod litteris conſignatum non fuerit, ſed quod non ſolemniter publicatum. Eodem modo Plato, apud Laërt. *lib.* 3. νόμον dividit in γεγραμμένον καὶ ἄγραφον, & hunc eſſe ait τὸν καθ' ἕθη γενόμενον, *qui in more vel conſuetudine poſitus* eſt. HEIN.

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

TEXTUS.

De lege & plebiſcito.

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

NOTÆ.

4. *Lex eſt*] Legis nomen hic ſtrictiſſimè accipitur, aliàs jus omne ſcriptum ſignificat, opponiturque conſuetudini, ut paſſim in libris noſtris, & apud Cic. 1. *de legib. cap.* 6. 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 cenſore. Addit Hotomannus & interregem; ſed perperam. Nam interregibus comitia habere ferendis legibus non licuit, ut patet ex 3. *in Rullum.* vid. Nic. Gruch. 1. *de comit. Rom.* 3.

Plebiſcitum] Ἀπὸ τοῦ ſciſcere ἢ ψηφίζεσθαι, quod eſt decernere & conſtituere, non ἀπὸ τοῦ ſcire. Fabrot.

Veluti tribuno] Alium magistratum plebejum rogationem ad plebem tulisse, nemo prodidit.

Quo species à genere] Rectius dixisset, *quo pars à toto*. Populus enim est σύνολόν τι, 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. VINN. Immo tres ordine leges eam in rem latæ sunt. *Horatia* anno U. C. 306. Liv. III, 55. *Publilia* anno U. C. 416. Liv. VIII, 12. Et denique *Hortensia* anno U. C. 466. Epit. Liv. *lib.* XI. Gell. VX, 27. HEIN.

COMMENTARIUS.

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

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

1 *Lex est*] Legem à *legendo* dictam, scribit Cicero *lib.* 1. *de legib. cap.* 6. quoniam in lege inest vis delectus: jubet enim quæ honesta sunt, prohibetque contraria. Unde vocabulum legis non minus latè patet, quàm juris: tam enim dicimus, lege naturæ quid concessum aut vetitum esse, quàm jure, ut apud Ciceronem passim: frequentissimè autem legem appellamus, quæ scripto sancit, quod vult; eaque popularis est hujus vocis significatio, teste eodem Cicerone *d. lib.* 1. *de legib. cap.* 6. Neque tamen omnis scripta sanctio arcto significatu lex est, sed ea tantum, qua universus populus obstringitur: nec alia de causa plebiscita initio leges dictæ non sunt, quam quod partem tantùm civium obligabant. At post legem Hortensiam plebiscita non minus propriè leges appellata, quam quæ populus centuriatim 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 censore, interrege, aut ædilibus curulibus. Interreges quidem magistratibus creandis centuriata comitia habere poterant: sed legibus ferendis habere iis non licuit, ut apparet ex 3. *in Rullum*, nimirum, quia in interregno nihil prius cum populo agi licebat, quàm subrogati essent ordinarii magistratus. Sed neque censores, centuriatis comitiis legem tulisse usquam legimus: cumque leges censorias apud auctores reperimus, pro censorum subscriptionibus, ut Cicero *pro Cluentio* appellat, aut locationibus censoribus factis, ut 7. *in Verrem*, accipi debent. Populi tamen vocandi jus habuisse ex iis, quæ de lustri condendi ratione Livius commemorat, ostendi potest. Postremo nec ædiles curules ulla comitia habuisse usquam invenias, qui nec alias jus agendi cum populo habuerunt, præterquam in mulctæ certatione; de quo vide Nic. Gruch. *lib.* 1. *de comitiis Rom. c.* 3. & *lib.* 2. *c.* 3. VINN. Præter Consules, Dictatores & Prætores leges etiam tulerunt magistratus majores extraordinarii reliqui, veluti *tribuni militum consulari potestate*, & *decemviri*. De censoribus subsisto, ob legem Cæciliam de fullonibus, a censore quippe latam, si credendum Plin. *Hist. N.* XXXV, 17. HEIN.

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

Veluti Tribuno] Tribuni & ædiles 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.* VINN. Sæpe tamen & leges tributim latas esse exempla docent quam plurima. Nam & majores magistratus senatorii tribus in suffragia mittebant. Exemplum est in lege Quintia apud Frontin. *de aquaduct.* & Reines. *Inscr. class.* 7. §. 10. HEIN.

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

Sine patriciis & senatoribus] Hæc ad rationem priorum temporum proponi videntur, quibus honores & dignitates omnes soli patricii sibi vindicabant. Nam ex quo etiam plebi aditus ad magistratus populi & in senatum esse cœpit; senatores plebejis opponi desierunt. Sanè patricii gente sive genere à plebejis sem- 3
per distincti fuerunt. Dico genere: nam quod ad ordinum pro censu cujusque distinctionem attinet, certum est multos è patriciis familiis, puta qui equestrem aut senatorium censum non habebant, in ordine 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 *proœm. 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, tenerenturne patres plebiscitis, legem centuriatis comitiis tulerunt, ut quod tributim plebs jussisset populum teneret. Id factum anno ab urbe condita 304. secessione secunda in Aventinum. Liv. *lib.* 3. Idem postea confirmatum lege Hortensia lata à Q. Hortensio dictatore secessione tertia in Janiculum, anno ab U. C. 367. Et iterum à Dictatore Q. Publilio, anno ab U. C. 413. vid. Liv. *lib.* 8. Flor. *in epit.* 11. Gell. *lib.* 15. *c.* 27. VINN. Ordo temporum hic plane perturbatus. Diximus supra ad Notas *h.* §. HEIN.

Non

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

TEXTUS.

De Senatuſconſulto.

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

NOTÆ.

5. *Auctus eſſet populus*] Ita & in *l.* 2. §. *deinde.* 9. *D. de orig. jur.* An autem hæc cauſa fuerit, an potius ambitio & aſtutia Cæſarum, melius ex Tacit. 1. *annal. cap.* 15. & Sueton. *in Tiber. cap.* 30. diſces. Quibus modis ſenatuſconſultum fieret, vide Varronem apud Gellium *lib.* 14. *c.* 7. In notis S. C. D. *Senatuſconſultum decrevit.* 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, permiſſum erat de iis rebus, quæ ad conſtituendam rempub. pertinebant, cognoſcere atque decernere; ſed ita, ut quæ majoris momenti viderentur, non aliter rata eſſent, quam ſi ea aut populus, aut plebs confirmaſſet. Polyb. *lib. 6. cap.* 12. *ſeq.* Dionyſ. Halic. *lib.* 4. & 7. nec ullo ſenatuſconſulto aut jus novum introductum aut vetus ſublatum legimus: ac ne Julio quidem & Auguſto imperantibus ulla hujuſmodi ſenatuſconſultorum mentio, ſed legum tantum aut plebiſcitorum. Ac proinde veriſſimum eſt, quod Bodinus *lib.* 1. *de republ. c.* 10. ſcribit, ſenatui Romano ab exactis urbe regibus uſque ad Tiberii Cæſaris dominatum leges jubere non licuiſſe, ſed decreta tantum annua, quæ tamen nec populum nec plebem tenerent; & 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 popu-
1 lum 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. cap.* 15. Quippe Cæſar dictator, auctore Suetonio *in Jul. c.* 41. jus comitiorum non in totum populo ademerat, ſed cum eo partitus erat. Atque idem jus bellis civilibus diu intermiſſum reduxerat Auguſtus: ſic enim accipio, quod idem Suetonius *c.* 40. *in Aug.* ſcribit; *Auguſtum jus priſtinum comitiorum reduxiſſe:* eumque Suetonii ſenſum ex Dione adſtruit Juſt. Lipſius; ego etiam ex verbis Taciti, quæ mox ſubjicit: *Nam ad eam diem*, inquit, *etſi potiſſima arbitrio principis, quædam tamen ſtudiis tribuum fiebant.* Ex eo 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 ſolitæ, in quas ſenatuſconſulta fiebant. Tandem tranſlato in Orientem imperio, mutataque penitus reipub. forma, hæc poteſtas ſenatus exolevit, atque à Leone Philoſopho etiam nominatim ſenatui adempta eſt. *Nov. Leon.* 78.

Nam cum auctus] Αἰτιολογία: at τὸ ἀναίτιον ὡς αἴτιον. Nam ex Livio *lib.* 1. *cap.* 17. Dionyſ. Halicarn. *lib.* 2. & 6. *p.* 392. diſcimus, ſenatuſconſultorum primordia vetuſtiſſima eſſe: legemque jam inde ab urbe condita fuiſſe, quæ omnia in ſenatus poteſtate ponebat, præter magiſtratuum creationem, legum lationem, & belli inferendi deponendique arbitrium. Sed fortaſſis hoc dicere Juſtinianus voluit; quod & Pompon. in *l.* 2. §. *deinde.* 9. *de orig. jur.* aucto populo in eum modum, ut difficulter jam omnes convenire poſſent, neceſſitatem 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 tranſlatam aſtutia Cæſarum, qui ut Tranquillus *in Tiberio* ſcribit *c.* 29. & *ſeqq. ſenatûs potentiam augendo, ſua ſerviebant.*

TEXTUS.

De Conſtitutione.

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

NOTÆ.

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

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

Decrevit] Decretum Principis dicitur, cum ipſe de cauſa cognoſcit, & partibus auditis pronuntiat, ut in *l.* 3. *D. de his quæ in teſt. del.* ἀπόφασις βασιλικὴ in Gloſſ. Baſilic.

Edicto præcepit] Edictum eſt, cum Princeps motu proprio, ἐξ οἰκείας φύσεως κινηθεὶς aliquid conſtituit ad honeſtatem & utilitatem ſubditorum. Theophil. *& l.* 3. *C. de legib.* & fere ad præfectos prætorio hujuſmodi conſtitutiones diriguntur, ut in *l.* 6. *C. de ſecund. nupt.* & ſimilib. VINN. Immo & ad præſides dirigebantur edicta, uti *l. un. C. Theod. de ſtrator. lib.* VI. *tit.* 31. quin & ad provinciales, veluti *l.* 17. *C. Th. de tiron. lib.* VII. *tit.* 13. HEIN.

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

Pœnam irrogavit] Nempe graviorem 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 omne populi privativè in Principem tranſlatum.*
2. *Genera conſtitutionum expoſita.*
3. *Quid & quotuplices ſint, tum quam vim habeant conſtitutiones perſonales & privilegia, & n.* 5.
4. *Privilegiorum rariorem uſum eſſe in ſtatu democratico, quam in monarchico.*
6. *De reſcriptis contra jus elicitis & de precibus ſub & obreptitiis, nec non de moratoria præſcriptione.*

LEGE Regia] Hæc eadem habet Ulp. *l.* 1. *de conſt. princ.* Latam autem fuiſſe legem, idque ſub Auguſto, eamque ſecutum in eandem ſententiam ſenatuſconſultum, qua lege populi omnis poteſtas Principibus conceſſa, ipſique legibus ſoluti ſunt, probatur teſtimonio Dionis, qui *lib.* 53. de principibus loquens, λέλυνται, inquit, τοῖς νόμοις ὡς αὐτὰ τὰ λατῖνα ῥήματα 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 arguitum. Probabile eſt, populum his verbis in formula legis uſum ad oſtendendam enixam ſuam voluntatem omne imperium ſuum παντελῶς transferendi. Fabrot. VINN. Alia exempla ubi *omnia & in omnibus* ſimili pleonaſmo junguntur, collegit Ger. Noodt *Obſ.* 1, 3. qui recte docet *ei* & *in eum* unum valere, probante hanc obſervationem V. C. Car. Andr. Dukero *de Latin. jurec. vet. p.* 324. HEIN.

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 Politices principia impingit, & manifeſtior eſt, quam ut refutari debeat. Non equidem nego jura majeſtatis ita dividi poſſe, ut non omnia in unum, quem Principem conſtituit populus, transferantur, ſed quædam apud optimates aut populum remaneant, atque ita temperatum ac mixtum fiat imperium: ſed eadem jura majeſtatis & transferri & retineri nullo modo poſſunt. Nihil ad rem facit quod Principes ab inviſis populo nominibus, Regis aut Domini abſtinuerint, cum alio ſub nomine regiam poteſtatem exercerent, auctore Dione *d. lib.* 53. quod non ſatis examinavit D. Gudelinus *lib.* 5. *de jur. noviſſ. 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. *v.* 77. 1

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

Quodcunque ergo Imperator] Conſtitutiones Principum non ſunt unius generis. Diſtinctio à cauſa finali, hoc eſt, à ſcopo & intentione Principis ſumenda. Etenim vel hoc apertè & directè Princeps agit, ut legem condat & jus præſcribat, quod fit non tantum, cum generaliter & motu proprio quid conſtituit ad uſum ſubditorum, quæ ſpecies conſtitutionis edictum dicitur & lex edictalis, *l.* 6. *C. de ſec. nupt. cum ſimil.* ſed etiam cum reſpondet magiſtratibus de jure dubio conſulentibus: quanquam 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 componat; & 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 judicibus res judicatæ aliis non noceant, *tit. C. res int. al. act. vel jud. al. non noc.* ac ne ſententiæ quidem latæ in conſiſtorio Principis, aut 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 ἀπόφασις βασιλικὴ cum ipſe de cauſa cognoſcit & partibus auditis ſententiam pronunciat; quem veterum Principum morem fuiſſe teſtantur hiſtoriæ AA. ſcriptores, elegans exemplum habemus in *l.* 3. *de his quæ in teſt. del.* VINN. Alia exempla exſtant in *l.* 13. *ff. quod met. cauſ. l.* 41. *ff. de inſt. her.* Conf. Jac. Gothofr. *ad l. ult. C. Th. de of-* 2

fic.

fic. jud. omn. ubi pleniſſime de modo, quem principes in decernendo obſervabant. HEIN.

3 *Quædam ſunt perſonales*] Cum dixiſſet non ea tantum, quæ Princeps edicto præcepit, ſed etiam quæ per epiſtolam conſtituit, aut cognoſcens decrevit, vim etiam in aliis cauſis & perſonis habere, id nunc ex Ulpiano in *d. l.* 1. §. 2. *de conſt. Princ.* ſic temperat, niſi aliam eſſe voluntatem & ſententiam Principis appareat: eſſe enim conſtitutiones quaſdam perſonales; quibus jus ſingulare in certæ alicujus perſonæ gratiam conſtituitur: Hæ ſunt quæ *privilegia* Latinis dicuntur, eo quod veteres *priva dixerunt quæ nos ſingula dicimus* autore A. Gellio *lib.* 10. *c.* 20. & Feſto in voce *privus*, ubi Joſ. Scal. *in annot. Offendit me*, inquit, *quod apud Ciceronem pro hac voce privatum ſubſtituerint*, ut in ea pro dom. *cap.* 17. *Vetant leges ſacratæ, vetant* 12. *Tabb. leges privis hominibus irrogari.* At hodie legunt *privatis:* Item 3. de leg. *cap.* 19. *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, aut ad alios transferatur. Apparet vero ex ipſis verbis, non agi hoc loco de privilegiis cauſæ aut rei, ſed perſonæ, quibus ſola perſonæ conditio locum facit: qualia ſunt privilegia militum, doctorum, ſtudioſorum, &c. Item immunitas certæ perſonæ tributa, *l.* 1. §. 1. *de jur. immun.* jus tacitæ hypothecæ, quod in exigenda dote mulieri indultum eſt in bonis mariti, & nominatim à Juſtiniano cum hoc privilegio, ut aliis creditoribus hypothecariis etiam tempore prioribus præferatur, *l. aſſiduis.* 12. *C. qui pot. in pig.* Tale item beneficium eſt, quod parenti, patrono, marito, donatori &c. conceſſum, ut in id tantum, quod facere poſſunt, condemnentur, *l. ſunt qui.* 16. *& ſeqq. de re. jud. l.* 12. *& ſeqq. ſol. matr.* Hæc & ſimilia perſonarum privilegia deficiente perſona, cui data ſunt, ſtatim ſimul deficiunt, aut extinguuntur, neque ad ſucceſſores tranſeunt, *dd. ll. l. in omnibus.* 68. *l. privilegia.* 196. *de reg. jur.* niſi id quoque nominatim privilegio cautum ſit *l.* 4. *de jur. immun.* At quæ privilegia magis cauſæ, quam perſonæ præſtantur, ea hæredibus quoque & cæteris ſucceſſoribus tribuuntur, *d. l. in omnibus.* 68. *& d. l. privilegia.* 196. *de reg. jur.* Cujus generis beneficia ſunt immunitates generaliter locis aut civitatibus aut familiis datæ, *l.* 4. §. 3. *de cenſib.* induciæ temporis quæ judicatis indulgentur, *l. tempus.* 29. *de re jud.* jus ante omne creditum deducendi impenſas funeris, *l. pen. junct. l. filiuſf.* 31. §. *ult. de rel. & ſumpt. fun. &c.* de quo adi D. Pet. Fab. *ad d. l. in omnibus.* 68. *& d. l. privilegia.* 196. *de reg. jur.* Chriſtin. *vol.* 5. *deciſ.* 47. *n.* 430. *& 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 nonniſi centuriatis comitiis, Cic. 3. *de legib. cap.* 19. Quale illud apud Romanos fuit, ut quis ante magiſtratum capere poſſet, quam per leges licebat. Sic Athenienſes cum injurati nullius teſtimonium admitteretur, ſoli Xenocrati remiſerunt jusjurandum. Diog. Laërt. *in Xenocr.*

Ob meritum indulſit] Tres perſonalium conſtitutionum ſpecies hoc loco proponuntur; ſi quid princeps alicui ob meritum indulſit, puta immunitatem ab oneribus publicis; ſi quam pœnam irrogavit, puta graviorem ordinaria propter exemplum; ſi cui ſine exemplo ſubvenit, puta gratiam delicti fecit. Ubi obiter notandum privilegia non ſolum pro aliquo, verum etiam in aliquem ferri poſſe, ut in Milonem à Pompejo, in Ciceronem à Clodio lata ſunt, Cic. *pro dom. ſua, cap.* 17. Illud hic prætereundum non eſt, non ut quiſque Privilegium à Principe impetravit, ita & continuo id valere. Nam primo reſcripta Principum contra jus vel utilitatem publicam elicita à judicibus improbari etiam ipſorum Imperatorum conſtitutionibus jubentur, extra quam ſi profint petenti & alium non lædant, vel crimen ſupplicantibus 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 prec. Imp. offer.* id eſt, exceptio dilatoria, exceptio non qua perimatur actio, ſed petitio & exactio in tempus certum differatur, ſpatio ad ſolvendum debitori dato **Bzieven van Reſpijt.** Quo tamen caſu placet non aliter reſcriptum valere, quam ſi fidejuſſio idonea ſuper debiti ſolutione praebeatur, *l.* 4. *C. d. tit.* quod & cautum Caroli V. *edicto* 19. *Maji.* 1544. *art.* 32. Secundo ſi Principi obreptum ſit, celata ſcilicet veritate; vel ſubreptum expreſſo mendacio, reſcripti fructu privare 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. 1. *obſ.* 14. Tuld. & Perez. *poſt. DD. comm. ad d. tit. C. ſi cont. jus vel. ut. pub.* Ant. Fab. *C. ſuo ibid. defin.* 1. Chriſtin. *vol.* 2. *deciſ.* 74. & 76. exemplum in *l.* 1. *ff. de natal. reſtit.* Hinc eſt, quod à Curiis reſcripta ejuſmodi aut rejici aut admitti, ſive ut nunc loquuntur, interinari ſolent.

TEXTUS.

De Jure honorario.

7. *Prætorum quoque edicta non modicam obtinent juris auctoritatem. Hoc etiam jus honorarium ſolemus appellare: quod qui honores gerunt, id eſt, magiſtratus, auctoritatem*

huic juri dederunt. Proponebant & ædiles curules edictum de quibusdam cauſis; quod & ipſum juris honorarii portio eſt.

NOTÆ.

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. paſſ.* §. 3. *infr. de exh. lib.* §. 9. *infr. de har. quæ 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 cuſtos & interpres conditi, *d. l.* 7. §. 1. *& l. ſeq. D. de juſt. & jur. l.* 2. §. 10. *D. 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 ſartas tectas eſſe, aquas mundas, integros aquæductus, vias expeditas. Cic. 5. *in Verr. cap.* 14. add. Liv. *lib.* 6. *in fin. & 7. in pr.* Varr. 4. *de ling.*

Juris honorarii portio] Jus honorarium genus eſt, cujus ſpecies prætorium & ædilitium. VINN. Immo & proconſulare. Nam & edictum provinciale magiſtratus in ſuis quoſque provinciis propoſuiſſe nemo ignorat. HEIN.

COMMENTARIUS.

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

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

1 Unde autem prætori juris condendi poteſtas? Neque enim prætor aliud, quam magiſtratus fuit, juri dicundo non condendo, quod majeſtatis eſt, præpoſitus; cuſtos juris civilis, non arbiter, neque ulla lege talem poteſtatem prætori datam uſpiam legimus. Sic exiſtimo; Prætores ab initio jure magiſtratus edicta tantum propoſuiſſe, de quibus rebus, & quomodo jus dicturi eſſent, *l.* 2. §. *eodem tempore.* 10. *de orig. jur.* Progreſſu autem temporis, non obtinente 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 judicibus privatis, argumento ſunt tot exceptiones & actiones, tot bonorum poſſeſſiones præter manifeſtam rationem juris civilis à prætore introductæ, in quibus ante jus à prætoribus conſtitutum nihil ſibi ſumere quiſquam privatus potuit: atque hinc eſt, quod edictum prætoris nonnunquam lex appellatur, uti ab Ulpiano *l.* 1. §. 2. *unde cog.* & Cic. 3. *Verrin.* VINN. Vera hæc omnia, ſi de jure quæras. Neque enim quiſquam dixerit, jus fuiſſe prætoribus, jura conſtituta abrogare. Sed ipſo facto tamen abrogarunt, & fictionibus, novis inventis vocabulis, reſtitutionibus in integrum jus antiquum mutarunt, uti docuimus in *Antiquit. Rom.* §. 24. *h. t.* Agnoſcit hoc Dio Caſſ. *lib.* 36. *p.* 21. referens, quod prætores ὅτε τὰ γεγραφέντα ἐτήρουν, ἀλλὰ πολλάκις αὐτὰ μετέγραφον. *ne quidem jura ſcripta ſervarint, ſed ea mutaverint ſæpenumero.* HEIN.

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. Propoſuerunt quidem & alii magiſtratus cenſores, conſules, tribuni, edicta, ut ex Cic. Gell. & aliis notum eſt: nec dubium, quin ſecundum ea jus dictum fuerit: attamen quia ſoli prætores juris dicundi cauſa creati ſunt, totaque ferè juriſdictio penes prætores erat, hinc factum arbitror, ut jus omne quod à juriſdictione venerat, non minus prætorium, quam honorarium appellaretur, atque appellatione prætorii etiam aliæ partes juris honorarii continerentur.

Ædiles Curules] Curules, ad diſtinctionem ædilium 2
plebis: nam ædilitatem curulem patricium magiſtratum fuiſſe conſtat ex Liv. *init. lib.* 7. *dec.* 1. Ædiles autem dicti à potiſſima parte procurationis eorum, quod ædes ſacras & privatas ſartas tectas eſſe curarent. Auctores Feſtus & Varro *lib.* 4. *de ling. Lat.* nam & alia ad munus eorum pertinebant, quæ recenſet Cic. *lib.* 5. *in Verr. cap.* 14. & Gruch. *lib.* 1. *de comit. Rom.* De veriverbio vocis Curules non magnoperè 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 manci- 3
piis & jumentis venalibus, item de animalibus feris continendis, qua vulgo iter fit, edictum ſatis celebre & explicatum, *lib.* 21. *ff. 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 ſcribentis. Et hoc eſt, quod Pomponius ſcribit in *d. l.* 5. prætorias ſtipulationes ſic exaudiri oportere ut in his etiam contineantur ædilitiæ; *nam & hæ*, inquit, *à juriſdictione veniunt.* innuens id, quod de prætoriis, tanquam principali earum ſpecie, dictum eſt, etiam dictum intelligi de reliquis, quarum interponendarum eadem ſit cauſa & origo, juriſdictio nimirum magiſtratus.

TEX-

TEXTUS.

De Reſponſis Prudentum.

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

NOTÆ.

8. *De jure reſpondere*] Cujac. Hotom. Weſ. ex libris veteribus, *jura condere*. Theoph. νομοθετεῖν. ſed ut rectè idem, κατὰ πεῦσιν καὶ 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. *de orig. jur.*

A Cæſare] 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.

POſtrema juris ſcripti pars ſunt reſponſa prudentum. Cujus juris originem operæ eſt à capite accerſere. Latis legibus 12. tabb. quæ perbreves erant & obſcuræ, cœpit (ut naturaliter evenire ſolet) ut interpretatio deſideraret prudentum auctoritatem, neceſſariaque eſſet diſputatio fori. Hæc diſputatio atque hoc 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 accommodatiſſimum 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 judicando potuiſſe recedere; utpote quæ partem conſtituerent juris civilis, eoque nomine in ſpecie etiam appellarentur. Atque ut obiter ſciamus, ante tempora Auguſti, quicunque 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 νομοθετεῖν, non malè: nam & conſulti quodammodo jus condebant; nempe, ut rectè Theophilus, κατὰ πεῦσιν καὶ ἀπόκρισιν, *per conſultationem & reſponſionem* quo ſenſu etiam juris conditores nonnunquam appellantur, *l. nulla* 23. *C. de proc. l. ſi furioſi.* 25. *C. de nupt.* Cæterum, ut dixi, quod ita reſpondentes interpretando condebant; non ex propria eorum auctoritate ſtatim valuit aut vim legis habuit; ſed tum demum habere cœpit, cum uſu forenſi receptum eſſet: errantque adeo toto judicio, qui tantam Juriſconſultis auctoritatem tributam fuiſſe exiſtimant, ut novum etiam jus condere potuerint per *l. ult. C. de legib.* ubi tamen nihil eis conceditur, quod antea non habuerint; ſed tantum relinquitur priſtina legum interpretandarum facultas, add. D. Gudelin. 5. *de jur. nov.* 2.

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

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

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

TEXTUS.

De jure 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 conſuetudinis, ut dicatur, diuturna, longa, inveterata, quanto autem tempore introducatur, jure 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 comprobatæ ſunt, quam quæ ſcripto conſtant, teſtatur Ariſtot. 3. *Polit. cap. ult.*

COMMENTARIUS.

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

1 SINE *ſcripto*] De quibus cauſis ſcriptis legibus non utimur, id cuſtodiri oportet, quod moribus & conſuetudine inductum eſt, *l. de 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 æquum eſſe & utile, quod is probavit, ſæpius facto periculo.* Cui ſimile eſt, quod Ariſtot. 3. *Polit. ult.* ſcribit, *plus valere & in rebus majoris momenti verſari leges, quæ moribus comprobatæ ſunt, quam quæ ſcripto conſtant.* Dicitur autem hoc jus non ſcriptum, non quod ſcribi non poſſit, ſed quod ſcribi neceſſe non ſit, *d. l.* 36. Utique tamen utile eſt ſcripto id comprehendi ad lites & ſumptus probationum minuendos; & videmus multarum regionum conſuetudines non modo ſcriptas, ſed etiam commentariis illuſtratas circumferri. Neque tamen idcirco conſuetudo fit jus ſcriptum, quod legem appellamus: quia non ex ſcriptura, ſed ex uſu æſtimatur; & facilioris tantum probationis cauſa ſcripta intelligitur. VINN. Non fit jus ſcriptum per ſcripturam, quia non per modum legis publicatur. Γράφειν νόμους autem eſt *leges publicare.* vid. ſupra *ad* §. 3. *h. t.* HEIN.

Conſenſu utentium] Nimirum tacito. Nam quemadmodum expreſſa ſanctio legem facit, ita tacita populi voluntas conſuetudinem; unde quoad vim & effe-
2 ctum inter hæc duo nihil intereſt. Quid enim refert, ait Julianus in *d. l. de quibus* 32. *ſuffragio populus voluntatem ſuam declaret, an rebus ipſis & factis?* Populum autem etiam hic intelligere debemus nullius imperio ſubjectum: nam quæ civitates alterius imperio parent, non magis tacito conſenſu conſuetudinem introducere poſſunt, quam expreſſo legem. Hinc, quia ejuſdem eſt legem tollere, cujus eſt condere, rectè reſcriptum eſt in *l.* 2. *C. quæ ſit long. conſ.* legi à Principe latæ contraria conſuetudine derogari non poſſe. Quamobrem etiam exiſtimandum eſt Julianum in *d. l. de quibus* 32. reſpexiſſe ad anteriora tempora, quibus populo adhuc jus ſuffragii erat, aut ad ea jura, quæ nondum ſublato jure ſuffragii moribus introducta ſunt: quale eſt pupillaris ſubſtitutio, *l.* 2. *de vulg. & pup. ſubſt.* item querela inofficioſi teſtamenti. *l.* 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. Proin-
3 de in ſtatu populari jus conſuetudinis introducendæ, quæ inſtar legis ſit, ſolus populus habere poteſt; in monarchico aut optimatum non item: ſed in ea introducenda probabilis Principis aut ſuperioris ſcientia & patientia requireretur, ut rectè D. Weſemb. *par. de legib. n.* 9. & D. Gudelin. *lib.* 5. *de jur. noviſſ. c.* 2. *per d. l. de quib.* 32. *& d. l.* 2. *C. quæ ſit long. conſ.* etſi, quod non requiratur ſcientia ſuperioris, communior opinio eſt, quam poſt Schneid. *hic n.* 2. probat D. Tulden. *ad d. tit. C. n.* 1. & in judicando ſecuta eſt ſuprema Curia Mechlin. teſte D. Chriſtin. *vol.* 2. *deciſ.* 55. *n.* 5. *&* 6. neque D. And. Gail. 2. *obſer.* 31. aut Mynſ. 6. *obſ.* 41. *& ſeq.* hoc inter requiſita conſuetudinis numerant. Planè quatenus civitates ſtatuta condere poſſunt, nec conſuetudines ſtatutis ſimiles introducere prohibentur, aut ante ſtatuta tacitè abrogare.

Diuturni mores] Propria hæc epitheta ſunt conſuetudinis, ut dicatur diuturna, longa, inveterata. Nam cum ſenſim tacito conſenſu populi indicatur, neceſſe eſt is conſenſus ex factis & tractu temporis arguatur. Et quia hoc reſpectu conſuetudo facti eſt, probari quoque debet, atque ad eam probandam multum confert, ſi ea judicio contradictorio aliquando firmata ſit, *l. cum de conſuetudine.* 34. *de legib.* Quantum 4
autem tempus & quot actus ad introducendam conſuetudinem requirantur, inter interpretes non ſatis convenit, D. Connanus. 1. *comm.* 10. & Hotom. *hic*, tantum tempus requirunt, quantum ſuperſtitum hominum nec ætas nec memoria comprehendit per *l.* 1. §. *ult. junct. l.* 2. §. *idem Labeo.* 7. *de aq. pluv. arc.* Vulgo, teſtibus, D. Gail. 2. *obſ.* 31. Mynſ. 6. *obſ.* 41. Schneid. *hic n.* 5. Weſemb. *par. de legib. num.* 9. arbitrantur conſuetudinem induci decennio aut tanto tempore, quanto jus aliquod præſcribi poteſt. Verum, ut rectè D. Ant. Fab. 1. *juriſpr.* 2. *pr.* 11. 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, & in tantum, in quantum præſcribens poſſedit vel quaſi. Conſuetudo vero acqui-

quirit jus in universum omnibus & contra omnes in suo casu: quia cum sit lex quædam tacita, legem imitatur, *l. ult. C. quæ 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 adsit 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. quæ 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. *dd. loc.* sed hoc etiam arbitrio judicis relinquendum, ut cætera, quæ certo jure definita non sunt, *arg. l.* 1. *§. ult. de jur. delib. l.* 9. *C. de bon. auct. jud. poss.* Cujac. Menoch. Fab. *ubi sup.* D. Diod. 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 adprobatum? *l. imo magnæ.* 36. *de legib.* Consilii igitur est, non necessitatis, quod scribit Ulpianus in *l.* 34. *d. tit.* cum de consuetudine quæritur, primum explorandum esse, an etiam contradictorio aliquando judicio confirmata sit. Consilium dat, ut id fiat, quia illa exploratio utilis est probaturo consuetudinem, scilicet ut paratas habeat easdem illas probationes, quibus consuetudo tum probata est. Et secundum hanc opinionem in Camera judicatum testatur Gail. 2. *obs.* 31. *num.* 8. add. Mynſ. 6. *obs.* 41. *num.* 15. Schneid. *hic num.* 6. Christ. *vol.* 4. *decis.* 187. *num.* 7. *& seqq.* ubi plures citat, qui hanc sententiam defendunt, & communem afferunt. 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 dubiæ alicujus legis quæratur, monemur in primis inspiciendum esse, *quo jure civitas retro in hujusmodi casibus usa sit*: optimam enim legum interpretem esse consuetudinem, *l. si de interpretatione.* 37. *& l. seq. de legib.* minimeque mutanda, quæ interpretationem certam semper habuerunt, *l. minimè.* 23. *eod.* 6 Nos item in his regionibus aut scriptis legibus utimur, aut non scriptis. Leges scriptæ aut generales sunt, quæ ad omnes pertinent, & ubique locorum in hac provincia vim 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 legitimè delata est. Sed & sine hac delatione, Præfecto Provinciæ una cum Præside aliisque Curiæ 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 legitimè congregatorum in sua quisque civitate leges locales quas *Keuren* appellamus condere possunt: item Baillivi cum potissimis agros colentium, (*Welgeboren mannen*) prætores pagani cum Scabinis in agris & pagis de rebus ad jurisdictionem suam pertinentibus; quatenus nimirum jus condendorum statutorum ab iis, qui summæ rei præsunt, 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 hactenus quidem explicatæ sunt partes juris civilis à Justiniano propositæ. 7 Sed an non plures poni debuerint, dubitari potest. Video enim, à nonnullis inter partes juris non scripti præter consuetudinem, quæ sola à Justiniano posita est, numerari etiam res judicatas sive præjudicia, & æquitatem. Sed utrumque perperam. Nam etsi rerum, præsertim sæpius judicatarum, non vilis est auctoritas: vim tamen legis minimè habent, nec jus inducunt, quod inter alios, simili aut ejusdem generis controversia mota, sequi necesse sit, *tit. C. res int. al. act. aut jud. al. non noc.* eoque pertinet, quod Imp. in *l. nemo.* 13. *C. de sent. & interl.* rescribit, & vulgo dici solet; *Non exemplis, sed legibus judicandum esse.* Christin. *vol.* 2. *decis.* 51. *num.* 5. *& seq.* Sed nec æquitas propriè dicta hujus juris pars est. Est quidem ἄγραφόν τι, quia scripta non est: sed non eo sensu ita appellari potest, quo jus illud constituit speciem juris civilis. Quod ut 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 jure 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. c.* 2. jus civile definit *æquitatem conſtitutam iis, qui ſunt ejuſdem civitatis.* In ſpecie autem & propriè accepta æquitas juri opponi-ſur, non ſcripto, ut malè nonnulli, ſed ſtricto. Hæc Græcis ἐπιείκεια dicitur, noſtris etiam æquum & bonum, humanitas, benignitas: & ab Ariſtotele 5. *Eth.* 10. definitur ἐπανόρθωμα τῷ νομίμῳ δικαίῳ, *juris legitimi correctio.* Cujus uſus elucet cum in verbis legis ex ſententia extendendis & ad caſus ſimiles producendis, ubi lex minus ſcripſit, plus voluit; tum in verbis reſtringendis, ubi ex ſententia conſtat plus ſcripſiſſe legiſlatorem, minus voluiſſe; maximè vero in benigna legum interpretatione, earumque ad ſingulas facti ſpecies accommodatione; tali tamen, quæ ab expreſſa & manifeſta legiſlatoris voluntate non recedat. Huc pertinet *l.* 10. *& ſeqq. de leg.* item *l.* 17. *& multa ſeqq. eod.* Atque hinc etiam peti poteſt conciliatio. *l. placuit* 8. *C. de judic.* cum *l.* 1. *C. de leg. & l. proſpexit* 12. §. 1. *qui & à quib. man.* Gudelin. 5. *de jur. Nov. c.* 2. Chriſtin. *vol.* 2. *deciſ.* 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 Lesbiæ. quippe cum indefinitarum rerum & norma indefinita eſſe debeat, æquo & bono ita utendum eſſe ait, ut fabri cæmentarii & ſtructores utuntur norma Lesbia, quæ cum plumbea ſit & flexibilis, eam ſtructuræ, cum uſus eſt, accommodant, nec ſemper ad normam exigunt ſtructuram: quod Guil. Budæus initio *annot. prior.* opulentius explicat. Ea quæ de auctoritate communium opinionum hic diſputari ſolent, in medio relinquo. Unum dico, etſi non vile eſſe debet, quod plures ſentiunt, & id judicium integrius haberi, quod plurium ſententiis comprobatur: Clement. 1. *verſ. quod etiam de ſent. excom. l.* 1. *in pr. de off. quæſt.* non tamen uſque adeo valere debere, ut in manifeſto errore jus faciat, *arg. l.* 2. *C. quæ ſit long. conſ.* vid. Menoch. 2. *præſumpt.* 71. *n* 24. *& ibi citatos* D. Diod. Tulden. *hic c.* 7. latè Oſw. Hill. *notat. in Don. lib.* 26. *c.* 2.

TEXTUS.

Ratio ſuperioris diviſionis.

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

NOTÆ.

10. *Non ineleganter*] Nec admodum tamen eleganter, ut apparet ex iis, quæ Hotom. & Bachov. *Lacedæmonii*] Lacedæmonii ſcriptis legibus uſi non ſunt, atque una τῶν καλυμένων ῥητρῶν hæc erat, μὴ χρῆσθαι νόμοις ἐγγράφοις, *ſcriptis legibus non uti.* Plutarch. *in Lycurg. p.* 47.

COMMENTARIUS.

1. *Error Triboniani notatus.*

EXactis regibus cœpit populus Rom. incerto magis jure & conſuetudine uti, quam lege lata: donec placeret publica auctoritate decem conſtitui viros, per quos peterentur leges à Græcis civitatibus. Itaque legati Athenas miſſi, qui inclytas Solonis leges deſcriberent, & aliarum civitatum Græcarum inſtituta, mores, juraque cognoſcerent, Pomp. *l.* 2. §. *exactis.* 2. *de orig. jur.* Liv. *lib.* 3. *cap.* 31. *ſeq.* Hæ leges in 12. tabulis poſtea deſcriptæ leges decemvirales & 12. tabb. ſunt appellatæ; fons omnis publici privatique juris, auctore eod. Livio. Ex quibus perſpicuum eſt, jus ſcriptum ſive leges Romanorum originem ſuam habere partim ex legibus, partim ex moribus Græcarum civitatum, & inſigniter errare Tribonianum, qui jus ſcriptum Romanorum ab Athenienſibus, non ſcriptum à Lacedæmoniis arceſſit. Nam primum malè confert leges non ſcriptas Lacedæmoniorum cum jure non ſcripto Romanorum. Neque enim Lacedæmoniorum leges fuere jus aliquod moribus introductum, quo ſenſu jus non ſcriptum hic accipi conſtat, & ſcripto, hoc eſt, legibus latis opponi: ſed leges 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 perlata, partem juris ſcripti Romanorum conſtituerunt. VINN. Sed vereor, ne perperam dica ſcribatur Triboniano, ac ſi Romanos jus non ſcriptum a Lacedæmoniis; ſcriptum ab Athenienſibus accepiſſe ſtatuat. Diſtinctionis potius νόμων in ἐγγεγράφους & ἀγεγράφους originem ab his civitatibus derivat. Et ſane Lacedæmonii jure non ſcripto uſi ſunt, teſte Plutarcho in *Lyc. p.* 47. quamvis alio ſenſu, ac Romani. *Ejus* ergo in hoc §. uſurpatur pro *ejus rei*, nec ad τὸ jus civile referendum. HEIN.

TEXTUS.

Diviſio juris in immutabile & mutabile.

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

No-

NOTÆ.

11. *Divina providentia*] Quorum Deus inventor, disceptator, lator, ut loquitur Cicero. 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.* 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 sæpe veteres leges abrogatæ 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 contrariâ abrogari posse.*
4. *Expediatne leges aliquando mutari.*

EXposito jure tum naturali, tum civili, observataque utriusque differentia in causis efficientibus, non incommodè 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 promanant. Jus quod nobiscum natum est, non ab hominibus excogitatum; cujus Deus est inventor, disceptator, lator, ut loquitur M. Tullius *lib.* 3. *de repub.* Apud Xenophontem *lib.* 4. *memorab.* hujusmodi jura θεῖ νόμοι dicuntur.

1 De jure igitur gentium primario, id est, eo, quod simpliciter naturale est, hæc accipienda sunt, non de secundario, quod usu exigente inventum. Nam diligenter distinguenda naturalia præcepta ab his, quæ pro certo statu duntaxat naturalia sunt; jura multis populis seorsim communia ab his, quæ societatis humanæ vinculum continent. Sic vetera gentium jura circa bella & res bello captas, circa incrementa fluminum, &c. multum mutata hodie videmus. Sed & multa, quæ jus naturæ non jubet, sed permittit tantum, communi consensu prohiberi possunt, uti factum circa omnia ferè ἀδέσποτα, de quo suo loco differemus 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 Grot. 1. *manud.* 2. & convenienter ei, quod scribit Jurisconsult. in *l.* 6. *de just. & jur.* jus civile *in totum à jure naturæ recedere non debere.* Nec est contrarium, quod Jurisconsult. addit, jus civile *non per omnia juri naturali servire, sed plerumque ei addere aliquid aut detrahere.* Nam illa additio 2 aut detractio nihil aliud est, quam generalium juris naturæ præceptorum ad usum moresque 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 τὸ αὐτοδίκαιον, quod per se atque ex sui natura justum est, vimque suam perpetuo retinent in obligandis conscientiis anticipatæ in animis nostris communes illæ, quas diximus, notiones, in quibus hæc constantia atque immutabilitas præcipuè elucet. Covarr. *de matr. p.* 2. *c.* 6. §. 9. *n.* 7. belle Michaël. Ephes. *ad.* 5. *Ethic.* Albert. Bolong. *c.* 16. *de lege, jure & aquit.* §. 16. Exemplis res fiet illustrior. Lex naturæ ita præscribit; *Deum colito, Liberi potestati patris subjecti sunto; Pacta conventa servato.* Hæc sunt æternæ legis perpetua decreta, & quæ nullo jure civili abrogari possunt. Tantum in modo applicandi, de quo lex naturæ nihil definit, varietas aliqua apparet propter varietatem constitutionum civilium: ut scilicet hoc vel illo ritu externo adhibito, Deus colatur: ut patribus in liberos vel eadem, quæ dominis in servos, potestas fit, & quodcunque per filium acquiritur, 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 occurrens temerariæ hominum liberalitati, cujus eos mox pœnitere posset, modum huic rei in donatione præscripsit, eamque donationem, quæ quingentos solidos excederet, non aliter ratam esse voluit, quam si actis sit insinuata, §. 2. *inf. de donat.* Hoc, inquam, facto non mutatur jus naturale, sed adjuvatur, dum propter utilitatem civium (quo legislatores omnes spectant, tametsi non idem semper constituant) aliquid ei adjicitur, aut si mavis, detrahitur, respectu scilicet præcepti generalis. Atque hoc est, quod DD. nostri ajunt, jus naturale *modificari, declarari, & provisionibus adjuvari posse:* sic enim loqui amant Jo. Fab. Augustin. & 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 practicorum & præceptorum naturæ, ac nonnumquam usu venire, ut inter se hæc concurrant & invicem obstent. verbi causa; Lex naturalis est: *Non occides.* Est & altera ejusdem generis, sed momentosior, quæ sui defendendi causa permittit aggressorem occidere. In

hoc conſenſu lex inferior ſuperiori cedat neceſſe eſt. Weſemb. *par. de juſt. & jur. n.* 15.

3 *Tacito conſenſu*] Quamobrem non tantum jus novum longo uſu introduci poteſt, ſed etiam id, quod 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. quæ ſit long. conſ.* aut de conſuetudine alicujus municipii, *fac. l.* 3. §. *Divus.* 5. *ff. de ſepulch. viol.*

4 *Alia lege lata*] Expediatne leges mutare aut quando expediat, politicæ diſquiſitionis eſt: cujus tamen quæſtionis deciſionem ſuggerit Ulp. in *l.* 2. *de conſt. princ. In rebus*, inquit, *novis conſtituendis evidens eſſe utilitas debet, ut recedatur ab eo jure, quod diu æquum viſum eſt.* Eaque conſentiens eſt politicorum omnium ſententia. Plato *lib.* 7. *de legib.* 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 perſonæ, quarum cauſa conſtitutum eſt, ignorentur.*

NOTÆ.

12. *Vel 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.

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

Vel ad perſonas, &c.] Diſtributio ex objectis ut apparet, ad finem juris obtinendum accommodata. Finis juris, quod jam ſæpe diximus, eſt ſuum cuique tribuere. Ut autem hunc finem conſequamur, neceſſe eſt primum ſcire, quid ſit ſuum cujuſque; deinde qua ratione, ſi id ultrò non præſtetur ab invito obtineamus. Cognitio ejus quod cujuſque eſt, vel ex perſona ſumitur, vel ex rebus; ſed ex jure, quod quiſque vel conditione & ſtatu perſonæ ſuæ habet, vel ratione rerum externarum. Conditione perſonæ multum inter ſe homines differunt; alii enim liberi ſunt, alii ſervi; liberorum alii ingenui, alii libertini; alii patresfam. alii filiif. patrumf. alii in tutela, alii incuratione, alii in neutro eorum. Ac pro diverſis hujuſmodi qualitatibus diverſo quoque jure in civitate cenſentur; quod quia ſtatum ac conditionem perſonæ ſequitur, jus perſonarum appellatur: deque eo deinceps hoc primo libro diſputabitur. In rebus externis quod cujuſque eſt, id aut eſt jus reale, nempe dominium aliudve in rem aliquam jus; aut perſonale duntaxat, uno nomine obligatio ſive creditum. Illud D. Grotio eſt Beheerung / hoc Inſchuldt. 1. *manuduct. c.* 1. *&* 2. *c.* 1. *circa fin.* Nimirum ergo huc pertinent non tantum modi acquirendi dominii aut juris alicujus in rem dominio proximi, modi acquirendi res ſingulas aut per univerſitatem: ſed etiam modi contrahendarum & acquirendarum obligationum, & 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 perſecutionibus, ſive id fiat in judicio, ſive extra judicium auctoritate magiſtratus: quod argumentum ultimo tractatur loco.

TITULUS TERTIUS.

DE JURE PERSONARUM.

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

Continuatio. Quid hic perſona? quid ſtatus, & jus perſonæ?

IN calce præcedentis tit. propoſita fuit ſeries & diſpoſitio ſummarum partium, quæ deinceps hoc libro & ſequentibus ſingulatim tractantur. Initium fit à perſonis, quarum cauſa cætera conſtituta ſunt. In 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* 3. *pr. ne quis eum qui in jus voc. l. poteſtatis* 215. *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. VINN.

Jure

Jure veteri discrimen erat inter hominem & personam. *Homo* dicitur, cuicunque contigit in corpore humano mens humana. Et sic sola monstra negantur esse homines *l.* 14. *ff. de statu hom.* Ast *persona* est homo, statu quodam veluti indutus. *Status* vel *naturalis* est, vel *civilis.* Quod ad naturalem, servus persona dicebatur: (uti in legibus ab auctore allegatis, & *princ. h. t.*) non quod ad civilem. Quia enim nec libertatis, nec civitatis, nec familiæ particeps erat servus, hinc *res mancipi*, Ulp. *Fragm. tit.* 19. §. 1. ἀνθρώπου Harmenop. *lib.* VII. *tit.* 6. immo *nullus l.* 32. *ff. de R. J. sine capite* §. 4. *Inst. de cap. dem.* denique *mortuus l.* 209. *ff. de R. J.* habebatur. HEIN.

TEXTUS.

Prima divisio personarum.

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

NOTÆ.

Jure personarum] In π. *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, πρώτη καὶ ἀκροτάτη. 46. *Basil. tit.* 1.

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

COMMENTARIUS.

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

Summa] Id est, prima & principalis, vel etiam generalissima; nam reliquæ sunt secundariæ aut spe-
1 ciales. De agricolis & adscriptitiis quæri solet, quibus comparandi. Et quod in re non dissimili respondet Ulp. *in l.* 10. *hoc tit.* etiam his responderi potest, ejus conditionis æstimandos esse, quæ in eis prævalet. Non enim una agricolarum colonïis 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 proprii *titt. lib.* 11. *C.* Adscriptitii tributarii erant, id est, capitis censum sive capitationem præstabant: coloni non erant tributarii, reditus tamen certos pro solo domino terræ solvebant. Consule Cujac. *ad tit. C. de agric. & cens.* Greg. Tholos. 14. *synt.* 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 objectum referri, videlicet ad personas.
2 Atqui servi non minus in dominio nostro & in commercio sunt, quam reliqua, quæ in bonis habemus, adeoque quadrupedibus eos exæquat Cajus in *l.* . . . 2. *ad leg Aquil.* Unde effici videtur, ut servi non ad personas, sed ad res referri debeant, non ad primum, sed ad secundum juris objectum. Sed nimirum duplex est servi consideratio, qua res, quæ in commercio est, ut & reliquæ res nostræ; & qua persona quatenus puta cognatus dicitur, *l.* 14. §. 2 *& seq. de rit. nupt.* quatenus liber fieri, hæres institui, &c. contrahere & dominium de peculio obligare, ipse iterum naturaliter obligari & alios sibi obligare potest, *l.* 14. *ff. de oblig. & act.* Prout igitur consideratur, ita vel ad primum vel ad secundum objectum pertinet. VINN. Recte. Prout servo, tanquam homini, status vel naturalis tribuitur vel civilis: & potest, & non potest persona vocari, & vel ad primum, vel secundum juris objectum referri. Vide supra *Not. ad rubr. h. t.* & conf. *l.* 32. *ff. de Reg. jur.* HEIN.

In hisce & plerisque aliis Christiani orbis provinciis 3
quamvis nulli amplius servi sint; reperiuntur tamen adhuc homines conditionis adscriptitiæ, sive rusticani glebæ addicti & quasi proprii illius loci, cui adscripti sunt; ut in Hannonia, teste D. Gudelino 1. *de jur. nov.* 5. in Burgundia & multis partibus Galliæ. Hi enim sunt, quos vocant *Gens de main morte, homines manus mortuæ.* 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. Viglius ad §. *sed cum aliquis.* 7. *inf. de test. ord.* Christin. Latinis colonis eos comparat. *d. decis.* 86. *n.* 18. Sed vide Zas. *lib.* 1. *sing. resp. c.* 3. *n.* 75. *& seqq. & lib.* 2. *c.* 7. *n.* 8. Gail. *de pignorat. cap.* 8. VINN. Immo homines proprii Germanorum sunt vere servi, quamvis non conditionis Romanæ, sed Germanicæ, id est tales, quales jam olim in Germania deprehendit Tacitus *de Mor. Germ. cap.* 25. Glebæ vel prædio adscripti cum posteris, debent censum, operas, maritagium, mortuarium vel præcipuum ex hereditate. Coërceri possunt à Dominis, sed non occidi. Nec omnia Dominis adquirunt, sed ea, quæ diximus. Cetera liberi, & jure connubii, & commerciorum & ipsius testamenti factionis gaudent. Vid. Potgieff. *de statu & condit. serv. in Germ.* Cel. Thomas. & Hert. *de hominibus propr.* HEIN.

TEXTUS.

Definitio libertatis.

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

NOTÆ.

1. *Facere libet*] Effectus libertatis est, facere quodlibet, est enim potestas vivendi, ut velis. Cic. *in Paradox.* Aristot. 1. *polit.* 9. Z. no apud Laërt. breviter, ἐξουσία ἀυτοπραγίας, *potestas pro jure suo agendi.*

Nisi si quid vi] Finge nos vinciri, usu rerum nostrarum prohiberi, &c. hæc facultatem quidem fa-

ciendi impediunt, libertatem autem non minuunt.

Jure] Οὐ γὰρ ἐστι δικαία τὸ ζῆν πρὸς τὴν πολιτείαν. Arist. 1. *pol.* 9. *Legum idcirco omnes servi sumus, ut liberi esse possimus.* Cic. *pro Cluent. cap.* 53. Indicat hanc exceptionem illud Persianum: *Sat.* 5. *Excepto si quid Masuri 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 affectu sumpta. Effectus libertatis est, facere quod libet: est enim *potestas vivendi, ut velis*, teste Cicerone in *Paradox.* 5. *cap.* 1. & 1. *off. cap.* 21. *n.* 3. à Zenone apud Laërt. breviter definitur ἐξουσία αὐτοπραγίας, potestas pro jure suo agendi. Cæterum quia hæc potestas partim vi impediri potest, partim legibus circumscripta est, additur exceptio, *nisi quid vi aut jure*, &c. qua exceptione significatur, duabus rebus, quo minus faciamus, quod lubet, nos impediri, vi & jure; neque tamen eo minus liberos esse. Finge igitur nos usu rerum nostrarum vi prohiberi, finge vinciri; facultatem faciendi hæc impediunt, libertatem non imminuunt. Sed neque eo minus sua cuique constat libertas, quod quædam facere legibus prohibemur: nam quæ cum legibus & bonis moribus pugnant, ea ne facere quidem nos posse credendum est, ut præclare noster Papinian. *l. filius.* 15. *de cond. inst.* Et divinè M. Tullius *in Cluentiana cap.* 53. *Legum*, inquit, *idcirco omnes servi sumus, ut liberi esse possimus.* cui simile illud Arist. 1. *pol.* 9. Οὐ γὰρ ἐστι δικαία τὸ ζῆν πρὸς τὴν πολιτείαν. Nimirum legis imperium non est δεσποτικὸν, sed πολιτικὸν. Quapropter obedientia, quæ legibus ultro præstanda, ut omnibus libertas sit incolumis, non pugnat cum libertate, sed eam tuetur; quamvis coërceat atque in gyrum rationis actiones cohibeat, ne licentius evagentur, ut bene D. Wesemb. *hic* & D. Tulden. *c.* 2. VINN. Est & hæc definitio vere stoica. Vid. Pers. *sat.* 5. *v.* 88. & quæ ibi notavit Casaubonus. Arrian. *Diss. Epictet. lib.* 11. *cap.* 1. Ita vero explicata, non est cur à quibusdam, Accursium sequutis, reprehendatur. Vetus enim & proba est, uti ostendit Maran. in *Paratitl. ad tit. ff. de statu hom.* HEIN.

TEXTUS.

Definitio servitutis.

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

NOTÆ.

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

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

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.* φύσει γὰρ οὐδεὶς δοῦλος ἐγενήθη ποτέ. Philostr. 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 iis, qui ingenio valent, ministerio scilicet œconomico. D. Heins. *in 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 pecuniæ, *l. nunquam.* 31. §. 1. *de acq. rer. dom.* pro pecunia depositа apud Laërtium à Zenone definitur servitus, στέρησις αὐτοπραγίας.

Contra naturam] Hoc est, contra communem illam omnium hominum conditionem, quam ab initio habuerunt à natura. Nam servi natura, id est circa factum humanum, aut primævo naturæ statu nulli sunt, *l.* 4. *de just. & jur. d. l. quod attinet.* 32. *de reg. jur.* quanquam justitiæ naturali non repugnat, ex pactione aut delicto servum fieri. Quod verò Aristoteles *lib.* 1. *pol. c.* 3. & 4. scribit, servos quosdam nasci & natura esse, eo nihil aliud significat, quàm quosdam, nempe ingenio tardos ac stupidos, corpore autem robustos, in hunc finem à natura productos videri, ut aliis, qui ingenio & ratione valent, serviant, subjectione scilicet œconomica, ad ministeria domestica explicanda; qua de re copiosè & acutè differit Clariss. Heinsius *in epist. ad Georg. Richterum.*

TEXTUS.

Servi & mancipii Etymologia.

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

COMMENTARIUS.

1. *Captos jure belli quovis tempore occidi posse: non tamen salvâ internâ justitiâ.*
2. *Sigonius & Bachovius notati.*
3. *Jura de captivis à gentibus introducta, ut captores libentius abstinerent à summo jure, quo captos interficere poterant.*
4. *Captivitatis jura in bello cum Mahumetanis adhuc servari: inter Christianos autem morem esse, ut captos liceat redimere.*
5. *In his regionibus servos adeò nullos agnosci, ut etiam illi, qui aliunde huc cum dominis veniunt, liberi fiant.*

Ex eo appellati] Eadem ratio nominis redditur à Florent. *l.* 4. §. 2. *hoc tit.* Pompon. *l. pupillus.* 239. §. 1. *de verb. sign.* Augustin. 19. *de civ. Dei.* 15. Notat hinc Alciat. *in d. l.* 239. *de verb. sign.* eumque secuti Mynsi. & Schneid. *hic.* non licere hostem, postquam captus est, seque dedidit, occidere, sed tantum arma adhuc tenentem, neque se volentem dedere. In dedititium autem sævire nefas esse, neque id bonos Imperatores unquam permisisse; quamvis plerique statuunt, etiam postquam captus est, seseque dedidit, hostem jure occidi posse, donec intra præsidia nostra deductus sit: quia alioqui multa adhuc accidere possunt, ut iterum evadat, *arg. l. in laqueum.* 55. *de acq.* 1 *rer. dom.* Accuratius autem hac de re disputat D. Grot. *lib.* 3. *de jur. bell. c.* 4. ubi multis adductis auctoritatibus ostendit, jure belli licere captos occidere, & quovis tempore; licere & eos, qui se dedere volunt, nec recipiuntur; imò & deditos sine ulla conditione. Cum autem scriptores dicunt, id belli jure licitum esse, non intelligit tale jus, quod actum omni culpa liberet, sed facti impunitatem, ut si fortè qui supplicem aut se ultrò dedentem interfecerit, in alio territorio deprehendatur, tanquam homicida puniri non possit, nec bellum ipsi ab alio talis facti nomine inferri. Cæterum etsi impunè id fiat, laudabile tamen natura non esse, actumque hujusmodi carere interna justitia, quoniam excedit modum lædendi naturaliter concessum: ideoque nec in foro animæ excusatum esse. Hinc Augustinum meritò laudare Gothos, quod supplicibus & in templa perfugientibus pepercissent, *illicitum sibi esse judicantes, quod belli jure fieri licuisset lib.* 1. *de civ. Dei cap.* 2. De illo inter omnes convenit eos, qui vitam salvam pacti, sive in fidem recipiuntur nec exteriori jure trucidari licere. Porrò de temperamento circa jus interficiendi in bello captos, adi eund. Grot. *d. lib.* 3. *cap.* 11. & 14. nonnulla etiam habet D. Tulden. *comm. ad Inst. tit. de his, qui sui, vel. al. jur. c.* 3.

2 *Imperatores*] Non intelligit Principes Romanos, sed στρατηγὸς, belli duces, ἢ πολέμων ἐγεμόνας, 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 magistratui seorsum lege Curiata dari solitum, falsum est. Nam lex Curiata omnibus omnium annorum patriciis magistratibus necessaria erat, non ad aliquod adventitium rei militaris imperium obtinendum, sed ad confirmationem sui magistratus, ut religio auspiciorum, quæ propriè & præcipuè in Curiarum suffragiis inerat, retineretur; quod vel ex una *orat.* 2. *in Rull.* intelligi potest, vid. Gruch. *lib.* 3. *de comit. & in refut post. disp.* Car. Sigon. ubi multis testimoniis ex antiquitate petitis ostendit, consules & prætores potestatem administrandæ rei militaris jure sui magistratus habuisse. VINN. Ita Vinnius noster Grucchium sequitur, secundum quem contra Sigonium à frequente eruditorum senatu datum est. Legi de hac Sigonii & Grucchii lite meretur V. C. Græv. *præfat. Thesauri Antiqu. Rom Tom.* 1. HEIN.

3 *Vendere ac per hoc servare solent*] Non quod hoc facere quasi ex pactione captores cogerentur, sed quia hoc suadebant commoda, quæ captivos servantem gentium item jure sequebantur: nempe ἀφ' ἑλπίδα τῆς πράσεως ut est in *Basilic.* quo pertinet illud Horatii; *lib.* 1. *Ep.* 16.

Vendere cum possis captivum, occidere noli.

Cæterum, ut ait Seneca in *Troad. v.* 333.

Lex nulla capto parcit, aut pœnam impedit.

Et centurio Cæsarianus Scipionem alloquens apud Hirtium *de bell. Afric. cap.* 45. *Tibi*, inquit, *gratias ago, quod mihi vitam incolumitatemque belli jure capto polliceris.* Similiter Cæsar Hæduis significat, suo beneficio servatos quos *jure belli* interficere potuisset, *lib.* 7. *comm. cap.* 41. Plura ejusmodi reperies apud D. Grot. *d. lib.* 3. *cap.* 4. vid. tamen eundem *d. lib.* 3. *c.* 11. & 14. ubi docet, quid hic victori liceat secundum justitiam internam. Non frustra autem jura ista in captivos servatos à gentibus introducta exemplo bellorum civilium intelligi potest, in quibus plerumque videmus captos interfectos, quia in servitutem redigi non poterant, *l. si quis.* 21. §. 1. *de capt. & postlim.* quod & Plutarchus notavit *in vita Othon.* & Tacitus *lib.* 2. *hist. cap.* 44.

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

In Lusitania aliisque Hispaniæ partibus, & non- 4
nullis aliis regionibus, quæ Turcis aut Scythis vicinæ sunt, vetera captivitatis & belli jura adversus Mahumetistas adhuc exercentur; qui eadem acerbitate & Christianos tractant, quos bello capiunt. Ac mos est captos servos permanere, etiamsi religionem Mahumetis ejuraverint, eo quod servum esse non adversetur legi Divinæ, 1. *ad Corinth.* 7. 21. *Deuteronom. c.* 15. *Exod. c.* 21. *Levit. cap.* 25. ubi de formis servitutis apud Hebræos, add. Bodin. 1. *de repub. c.* 5. Connan. 2. *com.* 1. *circa fin.* Inter Christianos autem jus istud gentium de captivis non observatur, apud quos licet res aliæ ex hostibus captæ capientibus acquiruntur, homines tamen capti servi capientium non fiunt, nec vendi possunt, aut ad operas urgeri, aliave patienda, quæ servorum sunt. Quippe Christianos lex charitatis rectius instituere debuit: quam ut à miseris hominibus interficiendis abduci nequirent, nisi minoris sævitiæ concessione. Atque hoc à majoribus ad posteros pridem transisse scripsit Gregoras, nec eorum fuisse proprium, qui sub Romano imperio viverent, sed commune cum Thessalis, Illyriis, Triballis, & Bulgaris. Et quod hac in parte Christiani, item & Mahumetistæ inter se servant. Mansit tamen etiam inter Christianos mos captos custodiendi, donec pretio redimantur, cujus æstimatio in arbitrio victoris est, nisi certi aliquid convenerit: nam pactum semel pro redemptione pretium victor augere non potest. Guid.

Pap.

Pap. *quaeſt.* 113. Humanitas etiam docet, non ultra intendi debere, quam deducto, ne egeat captus rebus neceſſariis: quandoque pactis hoc definitur, ut nunc inter milites menſtruo ſtipendio. Jus autem captos ſervandi ſolet concedi ſingulis, qui cœperunt, extra perſonas eximiæ dignitatis: in has enim reipub. aut ejus capiti jus dant plerarumque gentium mores, teſtib. Bart. & Bald. *in l. nam & Servius* 21. *de neg. geſt.* Boër. *deciſ.* 178. Grot. *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, liberoſque fieri, ſive libertatem iis, quamdiu hic ſunt, jurisdictione defendi. In Gallia quoque ſervos, licet peregrinorum, ut primum regni fines penetraverint, eodem momento liberos fieri, exempla rerum judicatarum oſtendunt. vid. Bodin. 1. *de rep.* 5. Louïs Charond. *és Pandect. du droict. Franc. lib.* 2. *cap.* 2. Gudelin. 1. *de jur. nov.* 4. Franciſc. Zypæum *lib.* 3. *c.* 2. *n.* 11. *& ſeq.* Chriſtin. *vol.* 4. *deciſ.* 80. *num.* 2. *& ſeqq.* Groenew. *de ll. abr. ad h. t.* VINN. Itaque in Belgio & Gallia & ſervi ipſo jure liberi fiunt, eo adventantes. Aſt in Germania non ſolum Dominis conceditur, ut poſſint homines proprios vindicare, etſi eo profugerint, ubi illa ſervitus non ſit recepta: (vid. Dan. Mevii *Conſil. jurid. de ſtatu & vindicatione hominum propr.*) verum etiam quibuſdam locis ipſo jure fiunt ſervi, quicumque peregrini eo adveniunt, commorandi & habitandi cauſſa, veluti in Algonia, ubi ideo ſæpe auditur paræmia: *Die Lufft macht eigen*, id eſt *ipſe aër homines proprios facit.* Hert. *de homin. propr. ſect.* 3. §. 3. Tale & olim fuit jus Wildfangiatus in Palatinatu electorali, & provinciis vicinis, de quo Londorp. *Act. Publ. continuat. lib.* 10. *p.* 126. HEIN.

TEXTUS.

Quibus modis ſervi conſtituuntur.

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

NOTÆ.

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

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

COMMENTARIUS.

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

Ex ancillis noſtris] Non ipſi tantum, qui capiuntur, ſervi fiunt; ſed & poſteri in perpetuum: nempe qui ex matre ſerva naſcuntur. Et hoc eſt, quod Martianus dicit jure gentium ſervos noſtros fieri, qui ex ancillis noſtris naſcuntur, *l.* 5. §. 1. *hoc tit.* Placuit autem ad natos dominium ideo porrigi, quia alioqui ſi ſummo jure captores uterentur, illi ipſi naſcituri non erant. Cui conſequens eſt, ut nati ante calamitatem, niſi & ipſi capiantur, ſervi non fiant. Ideo autem natos maternæ eſſe conditionis gentibus placuit, quia ſerviles concubitus nec lege, nec certa cuſtodia erant conſtricti, ita ut nulla ſufficiens præſumptio patrem indicaret. Atque ita capiendum Ulpiani illud; *Lex naturæ hæc eſt, ut qui naſcitur ſine legitimo matrimonio matrem ſequatur, l. lex naturæ* 24. *hoc tit.* id eſt, lex conſuetudinis generalis ab aliqua ratione naturali ducta: quomodo juris naturalis vox abuſione quadam interdum ſumitur. VINN. Sed propius ſervitutem vernarum deduxeris è jure acceſſionis. Servi ex perſonis fiebant res mancipi. vid. ſupra *ad rubr.* Cujus eſt res, ejus & acceſſio. Et quidem partus ſequebatur ventum uti in fœtura animalium. HEIN. 1

Jure civili] Etſi ſervitus eſt ex jure gentium: ſunt tamen nonnulli modi ſervitutis conſtituendæ ex jure civili. Unus hic exprimitur: ſed plures fuiſſe conſtat: Huc enim pertinent, qui ſervi pœnæ efficiebantur atrocitate ſententiæ, quorum crebra in libris noſtris mentio. Item qui liberti ob ingratitudinem damnati patrono in ſervitutem traduntur, §. 1. *inf. de cap. demin.* haud ſecus ac ingrati liberi revocantur in poteſtatem parentum, *l. un. C. de ingrat. lib.* Erat & ex SCto 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 veniiſſet, quod explicat Cicero *pro Cæcin.* in extremo orationis, Dionyſ. Halic. *lib.* 4. Sigon. *lib.* 1. *de antiq. jur. civ. Rom. c.* 14. Denique etiam in nexos magna fuit creditorum poteſtas, nec herili admodum abſimilis, adi Liv. *lib.* 2. *&* 8. Gell. *lib.* 20. *c.* 1. Mercer. 1. *opin.* 9. D. Salmaſ. *lib. de mod. uſ. c.* 18. *& ſeq.* Cur igitur ſervi jure civili dicuntur incogniti? Nimirum quia in iis, quæ ſunt juris civilis, pro nullis habentur, nullam eorum communionem habent. 2

Liber homo] Ingenuus ſcilicet & ſui juris, ut rectè monet Cujacius; neque enim patroni aut patris jus hoc pacto libertus aut filius intervertere poſſunt, quod & Aug. & 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 ignoranti conditionem venditi, *l.* 7. §. 2. *de lib. cauſ.* vid. *Gloſſ.* & Accurſ.

Venundari paſſus ſit] Venditorem ſubornabant hominem improbum & has partes fabulæ lucri alicujus 3

gratia

gratia peragentem simulabat is se suum servum vendere. Apud nonnullos usitata fuit voluntaria in servitutem datio; ut apud Germanos, qui noviſſimo aleæ jactu de ſervitute contendebant, *victus voluntariam ſervitutem adibat*, ait Tacitus *de Morib. Germ. cap.* 24. Poſidonius autem Stoicus in hiſtoriis narrat, multos olim fuiſſe, qui ſuæ imbecillitatis conſcii ſponte ſe aliis in ſervitutem darent, ut domini quidem ipſis provideren do neceſſariis, ipſi vero operam viciſſim, quam poſſunt, præſtarent. Quæ ſi res ita accipiatur in terminis naturalibus, nihil habet in ſe eximiæ acerbitatis, quoniam perpetua iſta obligatio compenſatur perpetua alimentorum certitudine, quam ſæpe non habent, qui diuturnas operas locant: unde ſæpè accidit quod dixit Eubulus:

Ἐθέλῳ δ' ἄνδ μισθῷ παρ' αὐτοῖς καθῆσθαι
Ἐπιστίοις.

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

TEXTUS.

De liberorum & ſervorum diviſione.

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

NOTÆ.

5. *Nulla differentia*] Servorum varia quidem miniſteria una tamen conditio eſt, *l.* 5. *D. eod.* id eſt, omnes æquè ſervi ſunt, πάντες τῷ αὐτῷ δοῦλοι δοῦλοί εἰσιν, nihilque intereſt natus quis, an factus ſervus ſit etſi alius alio præſtat, juxta vetus proverbium, δοῦλος ὡς δοῦλος, δεσπότης ὡς δεσπότης, 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.* οἱ δοῦλοι ἓν εἶδός εἰσιν. Mich. Attaliata, id eſt, omnes æquè ſervi ſunt, nihilque intereſt, utrum quis natus, an factus ſit ſervus. Planè officiis & miniſteriis etiam ſervi inter ſe differunt: aliis enim honeſtior, ut atrienſibus, diſpenſatoribus, amanuenſibus; aliis minus honeſta provincia mandatur, ut mediaſtinis, focariis, fornicatoribus, *l.* 15. §. *itaque prætor.* 44. *de injur. l.* 1. §. *caupones.* 5. *naut. caup. ſtab.* ſed hoc cum totum ſit arbitrii herilis, conditionem eorum non mutat. De variis ſervorum miniſteriis & officiis ſcripſit Pet. Fabr. *ſemeſtr. p.* 155. VINN. Et ex inſtituto Laur. Pignorius *de ſervis eorumque apud veteres miniſteriis*, & Tit. Popma *de operis ſervorum.* HEIN.

In liberis multæ] Nam primum intereſt, utrum quis natus, an factus ſit liber, hoc eſt, utrum quis ingenuus ſit, an libertinus: deinde utrum qui liber factus eſt, civis Romanus ſit, an Latinus Junianus, aut dedititius: & porro qui civis Romanus, ſuine juris ſit, an alieno juri ſubjectus: denique qui ſui juris eſt, ſitne in tutela vel curatione, an neutro eorum teneatur: quæ ſumma eſt eorum, quæ deinceps hoc primo libro tractantur. Prima autem & ſecunda diſtinctio vix ullum amplius uſum habent. Nam cum libertinorum differentia à Juſtiniano ſublata ſit, & noviſſimo jure liberti etiam ingenuis per omnia, (ſalvo licet jure patronatus,) exæquati; *Nov.* 78. *c.* 1. & 2. nullum hodie ſupereſſe videtur ne inter liberos quidem diſcrimen; utique reſpectu conditionis liberæ: nam quoad civitatis & familiæ jura adhuc differunt, & ſic 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 plebeji, Ex nobili patre nati & matre ignobili patrem ſequuntur, convenienter *l. cum legitima.* 19. *hoc tit.* Chriſtin. *vol.* 5. *deciſ.* 88. *n.* 12. Sed & Comitum ac Baronum liberi ex concubinis ſuſcepti pro nobilibus habentur. Diſtinctio autem inter eccleſiaſticos & 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. Gudelin. *lib.* 1. *de jur. noviſſ. c.* 6. *in fin.* De variis hominum generibus adi Franc. Zypæum *in Jud. lib.* 3. *c.* 2. VINN. Sed uti in Germania homines proprii ejuſdem conditionis ſunt, ac ſervi olim, quorum meminit Tacit. *de Mor. Germ. cap.* XXV. ita & hodienum in manumiſſis obſervatur, quod idem Tacitus de libertis veterum Germanorum ait: *Liberti non multum ſupra ſervos ſunt.* Eadem enim fere præſtant, ac homines proprii, & in eo tantum melioris conditionis habentur, quod non amplius ſunt glebæ adſcripti. Vid. Potgieſſ. *de ſtatu & condit. ſerv. in Germ. lib.* III. HEIN.

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 verò 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 prægnans manumiſſa ſit, deinde ancilla poſtea facta pepererit, liberum an ſervum pariat? Et Martianus probat liberum naſci: ſufficit enim ei, qui in utero eſt, liberam matrem vel medio tempore habuiſſe, ut liber naſcatur, quod & verum eſt.

NOTÆ.

Ingenuus] Antiqui ingenuos ſpuriis opponebant, & patricios initio appellabant, eo quod patrem ciere poſſent. Liv. *lib.* 10. *cap.* 8. Cincius apud Feſt. in voce *patricios.* Cæterum etiam jam olim, qui liberi nati erant ingenuos dictos fuiſſe ex Plauto *in Milit. act.* 4. *ſcen.* 1. *v.* 15. & *Pœnul. act.* 5. *ſc.* 6. *v.* 8. conſtat, & alias quoque Latini ingenuum vocant, quod nativum eſt: quomodo Lucretius *ingenuos fontes*, Juvenalis *ingenuum tophum* appellat. VINN. At neque ex Livii, neque ex Feſti loco adparet, ingenuos olim oppoſitos fuiſſe ſpuriis. Cincius apud Feſtum tantum obſervat, patricios olim dictos etiam *ingenuos*, fortaſſis, quia genus ſuum ab urbis primordiis recenſere poterant. Apud Livium autem Decius ait, *patricium eſſe qui patrem ciere poſſit*, id vero & plebejos ingenuos poſſe, adeoque & patricios nihil eſſe niſi ingenuos, nec jure obniti plebejis, ſacerdotia ambientibus. HEIN.

Statim ut natus] Ingenuus propriè eſt, qui nativam habet libertatem: eum tamen etiam qui ingenuus pronuntiatus 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. τοῦτέστιν ὁ ἀπὸ πορνείας τεχθείς.

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

COMMENTARIUS.

INgenuus eſt is] Prima ſemper quæſtio eſſe debet de verbis, licet de rebus potior ſit, auctore Platone *in Cratylo*, & Quintilianus *in proœm. lib.* 8. curam verborum, rerum vult eſſe ſolicitudinem. Antiqui ingenuos ſpuriis opponebant, & patricios initio appellabant: eo quod patrem ciere poſſent, ut conſtat ex oratione P. Decii Muris apud Liv. *lib.* 10. *cap.* 8. & 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. Act.* 4. *ſc.* 1. *v.* 15.

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

Et quod reſpondet Paleſtrio:

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

Eodemque ſenſu in *Pœnulo act.* 5. *ſc.* 6. *v.* 8. Adelphaſium non ſemel *ingenua* dicitur. Atque hic hujus vocis apud Latinos uſus eſt, etiam in aliis rebus, quæ à natura ſunt, & factitiis opponuntur. Sic enim Lucret. *ingenuos fontes*, Juvenalis *ingenuum tophum* appellat. Verba Juvenalis *ſatyr.* 3. *v.* 18. ſunt;

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

Quo loco tophum nativum diſertè *ingenuum* vocat; nec ulla eſt tranſlatio, contra quam exiſtimat Britannicus. Ingenuus igitur proprie eſt, qui nativam habet libertatem. Cæterum quia res judicata pro veritate habetur, etiam ingenuum accipere debemus eum, qui ingenuus pronuntiatus eſt, *l. antepen. de ſtat. hom.* Sed & jura ingenuitatis habent, ſalvo jure patronatus, qui

jus

jus aureorum annulorum à Principe impetraverunt, *tit. de jur. aur. annul.* & pleniſſimam ingenuitatem, qui à Principe natalibus reſtituti ſunt, *tit. de nat. reſt.* Hodie omnes liberi ex conſtitutione Juſtiniani *Nov.* 78. ingenui ſunt, ut hæc quæſtio, quæ olim propter prærogativas ingenuorum magni momenti erat, hodie nullius uſus ſit.

Matre libera] Partus extra nuptias conceptus matris conditionem ſequitur, *l. lex naturæ. 24. de ſtat. hom. l. 3. C. ſol. 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 adſcriptitio? Placet adſcriptitium naſci, *l. nec diutius. 21. C. de agric. & cenſ. lib. 11.* In comitatu tamen Burgundiæ hoc non obſervatur, ſed natus ex manumortua & patre libero, aut manumortuo & matre ingenua, patris conditionem, non ventris, ſequitur, 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 juſti matrimonii, puta patriam poteſtatem, familiam, jura ſacrorum, §. *ſi adverſus 12. inf. de nup.* VINN. Immo ex concubina nati patrem, ſed naturalem; ſpurii ne naturalem quidem habere intelliguntur, quia vulgo concepti. Unde S P in vetuſtis monimentis Plutarchus ſignificare putat *ſine patre filium. Quæſt. Rom. p.* 316. HEIN.

Liberum naſci] *l. 5. §. 2. de ſtat. hom.* Is itaque liber naſcitur, qui ex matre aut conceptionis, aut partus, aut medio tempore libera naſcitur: quod partim ex ratione juris, partim propter favorem libertatis receptum eſt, Paul. *lib. 2. ſent. 24.* Poteſt & in univerſum hæc ratio dari, quod 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.

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

NOTÆ.

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

Natalibus] Theophil. τῇ εὐγενείᾳ, ingenuitati, veritati & origini ingenuitatis. Paul. *lib. 5. ſent. 1.*

Non officere] Non inurere notam libertinæ conditionis.

COMMENTARIUS.

IN ſervitute] Aliud eſt in ſervitute eſſe, aliud ſervum eſſe: illud facti, hoc juris eſt. Sic aliud eſt in libertate eſſe, aliud liberum eſſe; aliud in poſſeſſione eſſe, aliud poſſidere, *l. 10. §. 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 τῇ εὐγενείᾳ ingenuitati ſive nativæ conditioni, quam non vitiavit falſa ſervitutis opinio. Plures extant hac de re conſtitutiones *ſub tit. C. de ingen. manum.* Atque huc pertinet, quod Ulp. *in l. ſi quis. 21. §. 1. de capt. & poſtl.* ſcribit, bello civili captos & venundatos, poſteaque manumiſſos, ſupervacue à Principe repetere ingenuitatem, utpote quam captivitate illa non amiſerunt. VINN. Quæ ratio etiam valuit in filiis venundatis vel noxæ datis, & poſtea manumiſſis. Cic. *pro Cæcin. cap.* 33. *lib. 1. de orat. cap.* 40. Paul. *Rec. ſent. 1. 1.* nec non in obæratis, addictis creditori, qui libertatem recuperaverant. Quinctil. *Inſt. lib. 8. c. 3. & Decl.* 311. Nam & hi non libertini cenſebantur, ſed ingenui. HEIN.

TITULUS QUINTUS.

DE LIBERTINIS.

Summa tituli.

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

TEXTUS.

Definitio & origo libertinorum & manumiſſionis.

Libertini ſunt, qui ex juſta ſervitute manumiſſi ſunt. Manumiſſio autem eſt, de manu datio: nam quamdiu aliquis in ſervitute eſt, manui & poteſtati ſuppoſitus eſt: & manumiſſus liberatur à domini poteſtate. Quæ res à jure gentium originem ſumpſit: utpote cum jure naturali omnes liberi naſcerentur, nec eſſet nota manumiſſio, cum ſervitus eſſet incognita. Sed poſtquam jure gentium ſervitus ingenuitatem invaſit, ſecutum eſt beneficium manumiſ-

tionis: & 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.

NOTÆ.

Libertini] Ex *l.* 6. *D. de stat. hom.* Appii Cœci temporibus & deinceps aliquandiu libertini dicti non ipsi, qui manumittebantur, sed ingenui ex his procreati, ut scribit Sueton. *in Claud. cap.* 24. postea ipsi manumissi libertini dici cœperunt, & ex his procreati, ingenui. Liberti & libertini nomina sic differunt. Liberti nomen ad jus patronatus respicit, libertini ad personæ conditionem, *l.* 1. *& ult. D. si ingen. esse dic.* Libertus & patronus relata sunt: libertinus & ingenuus contraria. Hotom.

Justa servitute] Id est, quæ revera servitus sit, non opinione & errore tantum, addit Theoph. ἢ ἐννόμως, *& 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 natura liberi essent, ut nomen rei conveniat.

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

COMMENTARIUS.

Libertini sunt] ex Cajo in *l.* 6. *de stat. hom.* Antiquitus libertinos dictos scribit esse Tranquillus *in Claud. cap.* 24. non ipsos, qui manumitterentur, *sed ingenuos ex his procreatos.* Ex quo loco duo præterea colligas, nempe postea eos ipsos, qui manumitterentur, libertinos dici cœpisse, & qui ex his procreati essent, ingenuos. Notant hic plerique ex Laur. Valla *lib.* 4. *c.* 1. differentiam esse inter *Libertinus* & *Libertus*; illud esse relativum ingenui, hoc patroni: id est, voce *Libertinus* designari conditionem hominis ingenuitati ex adverso oppositam; per *Libertus* autem significari privatum quendam respectum ad patronum, cujus libertus, non libertinus dicitur, qui manumissus est. Illud leviusculum est quod ibidem Valla notat, *Libertinus* esse adjectivum: *Libertus* substantivum. VINN. Nec tamen id discrimen semper observarunt veteres, veluti in *l.* 4. *de just. & jure*, *l.* 20. §. 4. *de bon. libert. l.* 28. *eod.* si recte se habet textus. Vid. Duker. *de Latin. Jct. vet. p.* 378. *seqq.* HEIN.

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 *tit. ff. qui sin. man. ad lib. perv. & tit. C. pro quib. ca. serv. pro. præm. lib. ac.* Generalius itaque definiri potuisset, libertinos esse, qui desierunt esse servi, ut in calce hujus text. ex Ulp. *l.* 4. *de just. & jur.* unde reliqua hujus loci descripta sunt.

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

In manibus vestris, quantus sit Cæsar, habetis.

Ingenuitatem] Vox hæc delenda est, censeo 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.*

TEXTUS.

Quibus modis manumittatur.

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

NOTÆ.

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

Vindicta] Virgulam esse scribit Boët. *in Topic. Cic.* quam lictor jussu magistratus manumittendi capiti imponebat. *Festuca* Plauto dicitur in *Mil. Glor. act.* 4. *sc.* 1. *v.* 15. κάρφος Plutarcho *de sera num. vind.* Nomen ductum à Vindicio creditur, Vitelliorum servo, qui cum nobilium adolescentium conjurationem de Tarquiniis reducendis detexisset, primus hoc modo manumissus traditur, Liv. *lib.* 2. *c.* 5.

COMMENTARIUS.

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

In sacrosanctis Ecclesiis] A Constantino constitutum est, ut in Ecclesiis, hoc est in cœtu Christianorum, vel

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 lictor jussu magistratus manumittendi capiti imponebat: atque ab hac virgula hunc manumittendi modum appellatum. *Festuca* Plauto dicitur *in mil. glorios. act.* 4. *sc.* 1. *v.* 15. Alii hunc modum sic dictum malunt à Vindicio Vitelliorum servo, qui primus dicitur vindicta liberatus, eo quod conjurationem nobilium adolescentium de Tarquiniis reducendis detexisset, auctore Livio *lib.* 2. *cap.* 5. Tenebat dominus modo caput, modo aliud membrum servi, dicebatque, hunc hominem liberum esse volo. Fest. in verb. *manumitti*, & cum dicto eum circumagebat, significans, se ei potestatem facere abeundi, quo vellet. Eo pertinent hæc Persii *satyr.* 5. *v.* 75.

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

Et paulo post: *v.* 78.

Verterit hunc dominus, momento turbinis exit
Marcus Dama.

Pluribus hæc explicant Marcil. *ad d. satyram.* Brissonius *lib.* 5. *antiq. c.* 11. Sigonius *lib.* 1. *de antiq. jur. civ. Rom. cap.* 6. fac. 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. toll.*

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. toll.* Addant curiosiores *tit. C. pro quib. ca. serv. pro præm. lib. acc. ff. qui sine man. ad lib. perv. C. si manc. ita ven. ne profit. & si manc. ita su. alien. l. nemini.* 24. *C. de episc. aud.*

TEXTUS.

Ubi & quando manumitti potest.

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

NOTÆ.

2. *Semper*] Id est, omni die sive festo, sive profesto, sive fasto, sive nefasto, ἐν ὧ ἐν ἀπρεκτῳ ἡμέρᾳ. Fabrot. in not. ad Theophil. *l.* 2. *l.* 8. *C. de feriis.*

COMMENTARIUS.

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

TEXTUS.

De libertinorum divisione sublata.

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

NOTÆ.

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

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

Lege Junia Norbana] Qua cautum, ut ii servi, qui per epistolam aut inter amicos aut convivii adhibitione

ne 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. *d. tit.* 3. VINN. Quædam hic non ſatis accurate traduntur. Nam primo non ante bellum tantum ſociale erant coloni Latini, ſed & poſtea, quum jam civitas Romana cum Italis eſſet communicata. Spanh. *Orb. Rom.* 1, 9. Deinde omnino Latinis erat jus commercii & mancipationis cum civibus. Ulp. *tit.* 19. §. 4. Unde & familiæ emtores, & teſtes, & libripendes, eſſe poterant. Id. *tit.* 20. §. 8. Denique teſtari quidem non poterant, nec ex teſtamento capere, Ulp. *tit.* 17. §. 1. licebat tamen eis fideicommiſſum capere. Id. *tit.* 25. §. 6. HEIN.

Dedititii] Hi quoque Latini liberti fuere, ſed conditione Latinorum dedititiorum, quos ſcilicet populus Romanus poſt defectionem victos in deditionem acceperat. Scribit Suetonius Auguſtum caviſſe, ne vinctus unquam tortuſve ullo libertatis genere civitatem adipiſceretur. *cap.* 40. Add. Ulp. & Caj. *ubi ſup.* VINN. Dedititios etiam Latinos libertos fuiſſe, legere me non memini. Ejuſdem potius erant conditionis ac omnes populi dedititii, cujuſcumque nationis. Vid. Caj. *lib.* 1. *Inſt. tit.* 1. §. 4. Jam id moneo, non ex lege demum Junia Norbana primum libertinos quoſdam Latinæ conditionis fuiſſe, ſed ex lege etiam Ælia Sentia, eos nimirum, qui minores xxx. annis teſtamento fuerant manumiſſi. Ulp. *tit.* 3. §. 3. HEIN.

Peſſima conditio] Non multum diſtans à 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. cap.* 24. Dionyſ. Halic. *lib.* 4. *p.* 126. ubi Servium Tullium 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, noviſſimè & libertinorum conditionem ſuſtulit, data manumiſſis ingenuitate. *Nov.* 78. *c.* 5.

COMMENTARIUS.

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

ANtea *fuerat*] 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 cavit. Hinc nata lex Ælia Sentia, hinc Fuſia Caninia, de quibus poſtea. Hinc Junia Norbana Silano & L. Norbano. Coſſ.

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

Latini ex lege Norbana] Qua cautum fuit, ut ii ſervi, qui per epiſtolam, aut inter amicos, aut convivii adhibitione manumitterentur, non cives Romani, ſed eodem jure eſſent, quo ante bellum ſociale Latini coloni; quod ſignificare voluit Juſtinianus *l. un. in pr. C. de Lat. lib. toll.* cum ait, *Latinos libertos ad ſimilitudinem antiquæ Latinitatis, quæ in colonias deducta eſt, introductos eſſe.* Diſcimus autem ex Cicerone *pro Cæcinn. cap.* 34. *& pro domo ſua, cap.* 30. eos, qui in Latinam Coloniam nomina dediſſent, aut deducti inque eam civitatem recepti eſſent, Romanam civitatem amiſiſſe: & hoc quoque eſt, quod Boët. *in Top. Cic. cap.* 2. ſcribit, *iſta in Latinas Colonias profectione mediam capitis deminutionem contingere.* Quæ cum ita ſint, appareret eos neque connubii, neque teſtamenti, neque mancipii aut nexus, neque patriæ poteſtatis, neque tutelæ recipiendæ jure habuiſſe, ac proin eadem quoque conditio Latinorum libertinorum fuit: quod etiam diſertè 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. Theodoſ. de petit. hared.* Quemadmodum autem Latini coloni multis rationibus ad civitatem Rom. pervenire poterant, quas ex Liv. Appian. Cic. *pro Cæc. 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 *Aug. cap.* 40. Auguſtum caviſſe, *ne vinctus 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 deditionem 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 deditionis deſcripſit Livius in deditione Collatinorum & Campanorum, *lib.* 1. *cap.* 38. *& 7. cap.* 31. VINN. Sed vide, quæ ſupra ad notas diximus. HEIN.

In meliorem ſtatum reduxit] Non deeſt, quod contradici poſſet. 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 Liviæ 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.

Primis cunabulis] Hoc non ita dictum accipiemus, quaſi

quasi jam inde ab urbe condita manumissi jus civium habuerint: sed ex quo manumissis jus civitatis communicatum est (quod factum est infante adhuc populo sub rege Servio Tullio) id diu postea observatum fuisse, mansisseque usque ad tempora Augusti, arg. eorum, quæ tradit Dionys. Halic. *lib. 4. p. 126.* Et ergo ex illo tempore, quamdiu respub. stetit, una libertinorum 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 testamento manumissus non civis fieret, sed Latinus esset; vindicta manumissus non aliter civis fieret, quam si causa apud consilium probata fuisset, teste Ulpiano *in fragm. tit. 1. §. 12.* De censu quid hic dicam non habeo: necesse tamen est, aut hunc actum nullum fuisse, aut eum, qui inter cives census esset, civem factum. Itaque dubito, an verum sit, quod generaliter definit Theophilus, servum minorem 30 annis, quoquo modo manumissum, Latinum fieri. VINN. De censu nihil Ulpianus, quia ejus tempore census lustralis ab usu recesserat. Nec dubium tamen, quin & censu manumissus, minor XXX. annis Latinus manserit. Eum enim non nisi triginta annorum civitate Romana potitum esse, docet *Fragmentum regularum ex vetere JCto*, quod Pariatori legum Mos. & Rom. subjici solet §. XVII. Conf. V. C. Schulting. *ad* Ulp. *tit. 1. §. XII.* HEIN.

Domini manumittentis] Augustinus 3. *emend.* legendum censet *dominii*; ut hoc non ad ætatem domini referatur, sed ad qualitatem dominii, quod & Grot. h. *in flor. sparf.* probat, & Theophilum ita legisse arguunt verba paraphrasis, περὶ τῶν δεσποτείαν ἢ ἐλευθερίαν. Dominorum enim alius in bonis, alius ex jure Quiritium habebat: ille 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. 17. de stat. hom.* Sed illa constitutio non pertinet ad eos qui conditione personæ, sed natali loco, & patria impediebantur, quominus essent cives Romani. Quæ res ut planissimè 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 comit. Rom.* Hoc autem beneficium intra terminos Italiæ continebatur, ut docet Cic. *pro. Balb. cap. 21.* Progressu temporis quibusdam etiam provincialibus civitas data: & ad extremum omnibus, qui sub imperio Romano essent, constitutione Antonini. Antoninus ergo civitate data exæquavit omnes ingenuos, Justinianus sublata differentia manumissionis omnes libertinos: qui novissimè & libertinos exæquavit ingenuis, salvo jure patronatus. *Nov. 78.* quod positum est in obsequiis, operis, dono, munere & successione libertorum, *tit. ff. de jure patron. & aliquot seqq. lib. seq.* Sunt & tacitæ quædam manumissionis species; veluti si dominus servum suum tutorem vel hæredem scripserit, aut adoptaverit, §. 2. *inf. tit. prox. §. 1. inf. qui test. tut. dar. §. ult. inf. de adopt.* aliæque complures, quas operæ pretium non est aut recensere aut explicare, congessit eas Gudelin. *lib. 1. de jur. noviss. cap. 4.* VINN. Addo (1.) initio omnibus promiscue civitatem datam, qui Romam migrabant, etiam devictis gentibus. Liv. *lib. 1. cap. 8.* Cic. *pro Balbo cap. 12.* Dionys. Hal. *lib. 4. p. 226.* (2.) Deinde & civitatibus quibusdam jus civitatis datum, easque vocatas esse municipia. Ez. Spanh. *Orb. Rom. Ex. 1. 8.* (3.) Legem Juliam non sub initium, sed sub finem belli socialis latam anno U. C. 664. eaque non omnibus Italis civitatem datam, sed iis, qui flagrante bello sociali in fide manserant. Appian. *de B. C. lib. 1. p. 379.* Cicero *pro Balbo cap. 21.* Vellej. Pat. *lib. 2. c. 16.* Reliqui enim paullo post lege Plautia jura civitatis accepere Cic. *pro Archia cap. 4.* Præter Lucanos & Samnites, qui anno 670. civitate donati. Epit. Liv. *lib. 84.* (4.) Reliqua omnia accurate exsequutum esse Spanh. *in orbe Rom.* HEIN.

TITULUS SEXTUS.

QUI ET EX QUIBUS CAUSIS MANUMITTERE NON POSSUNT.

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

Argumentum tituli.

AGitur quod *ex superiore tit.* intelligi potuit, cum varii sint manumittendi modi, eadem tamen omnium vis atque effectus est, ut omnes manumissi liberi fiant & cives Romani. At enim hac manumissorum omnium exæquatione nihil derogatum est legi Æliæ Sentiæ, quæ quibusdam ex causis libertatem impediebat; sed quibus ex causis illa eam impediebat ante hanc exæquatio-

tionem, 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 fortè servum unicum hæredis habendi gratia:* altero, *ne minoribus 20. annis aliter jus sit manumittere, quam justa causa apud consilium approbata.* Et totidem ergo erunt superioris regulæ exceptiones.

TEXTUS.

Prius caput Legis Æliæ Sentiæ, de manumittente in fraudem Creditorum.

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

NOTÆ.

Nihil agit] Igitur ita manumissi liberi non fiunt: & additur ratio, quia lex Ælia Sentia impedit libertatem, id est, liberos fieri prohibet; sicut in universum, quod lege prohibente fit, ipso jure nullum est, *l. 5. C. de legib.* quod sicubi legas libertatem revocari aut rescindi, id minus propriè dictum accipe: vid. respectu actus manumissionis, qui in suspenso est, donec constet de fraude, & an creditores suo jure uti velint. Legem hanc latam esse Augusti temporibus indicat Dio *lib. 55. p. 557.* Consule *Indic. Leg. Rom.* Hotom. Conn. *lib. 2. comm. c. 5.* VINN. Bonæ frugis pleniora sunt, quæ de historia hujus legis scripsit Henr. Noris. *ad Cenotaph. Pis. Diss. III. cap. IX.* Observandum, æque hac lege impeditam esse manumissionem in fraudem patronorum Caj. *Inst. lib. 1. tit. 1. §. 6.* Ulpian. *tit. 1. §. XV.* Quod perperam è legibus XII. tab. derivat Oiselius. HEIN.

COMMENTARIUS.

Nihil agit] Nempe ergo ita manumissi liberi non fiunt: & ratio additur, quia lex Ælia Sentia impedit libertatem, hoc est, liberos fieri prohibet, *l. in fraudem. 27. qui & à quib. man.* sicut in universum quicquid lege prohibente fit, ipso jure nullum est, *l. non dubium 5. C. de legib.* Quamobrem cum legimus libertates per legem Æliam Sentiam rescindi aut revocari, ut in *l. 5. §. 2. d. tit. l. 1. C. qui man. non poss.* hoc minus 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 retrò liberi facti intelliguntur: si fraudati sint & jure suo utantur, perinde habetur atque si nulla manumissio interveniisset. Quamdiu autem hæc incerta sunt, scribit Paulus manumissos vi ipsa statuliberos esse, *l. 1. de statulib.* Ipse autem manumissor & hæredes ejus nullo colore libertatem revocare possunt, *l. 5. C. de serv. pig. dat. man. fac. l. 3. qui & à quib. man.* His addi potest & peculiaris ratio, quod libertas, quæ semel competiit, non revocatur, *§. semel, 6. 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 retractari. Alia longè ratio est edicti, *Quæ in fraud. cred.*

TEXTUS.

De servo instituto cum libertate.

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

NOTÆ.

1. *Hæresque ei solus*] Non tamen necesse est, solum hæredem scriptum esse, sed neminem alium hæredem existere, ne ex substitutione quidem, *l. 57. D. de hær. instit.*

Injuria] Positum pro *ignominia*, nam ignominiosum bona cujusquam propter æs alienum divendi: cujus rei testis locuples Cicer. *pro Quint. c. 15.* Igitur ratio exceptionis hæc est, ut actionis ignominia, qua alioqui defunctus oneraretur, potius derivetur in hæredem servum.

COMMENTARIUS.

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

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

mortuo is qui ſupereſt, liber & hæres erit, *l.* 42. *& ſeq. eod.*

Neceſſarius] Ita dicitur, non quia hæreditatem adire cogitur: ſed quia ſive velit, ſive nolit, omnino poſt mortem teſtatoris protinus liber & hæres fit, §. 1. *inſ. de hær. qual. & diff.* ac proinde ipſo jure, ſicut ſui & neceſſarii hæredes, *arg. l. furioſus.* 63. *de acq. hær.* Hoc tantum intereſt, quod prætor ſuis hæredibus poteſtatem facit abſtinendi ab hæreditate; neceſſariis non item. *l. neceſſariis.* 57. *de acq. hæred.*

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

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

TEXTUS.

De ſervo inſtituto ſine libertate.

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

NOTÆ.

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

Noſtra conſtitutio] *L. pen. C. de neceſſ. ſerv. hær. inſt.* junct. *pr. infr. de hær. inſtit.*

Nova humanitatis ratione] Quia etſi ex veteribus quoque juris auctoribus quidam hoc ipſum probaverant, nunquam tamen obtinuerant, ut *d. pr. inſ. de hær. inſtit.* Cujac.

COMMENTARIUS.

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

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 & Atilicinus, quibus jam ante hæc ſententia placuit, uſi ſunt. Verum hæc ratio aliis non ſatis idonea viſa fuit, fortaſſis ideo quia cum libertas ſit aliquid majus & pretioſius ipſa hæreditate, abſurdum videatur per conſequentiam hæreditatis, datæ libertatem ſervo defendere, rem longè majoris momenti. Rationem enim juris non pati, ut id, quod dignius eſt & magis principale, à re minus digna minuſque principali vires capiat, per *l. quod per manus* 10. *ff. de jure Codicill.* Conſtitutio Juſtiniani ad adſcriptitios, ſicubi ſunt, trahi poteſt: & ſic etiam ſi quis homini proprio, ut vocant, feudum dederit, eo ipſo & libertatem ei dediſſe cenſet D. Tulden. *in com. hic c.* 3. VINN. Fuere etiam, qui & libertatem datam præſumi oportere ajunt, ſi quis Turcam vel paganum baptizari jubeat. Sed docte hanc ſententiam ſingulari diſſertatione *de manumiſſione per baptiſmum* refellit Celeb. Thomaſius. HEIN.

TEXTUS.

Quid ſit in fraudem Creditorum manumittere.

3. *In fraudem autem creditorum manumittere videtur, qui vel jam eo tempore, quo manumittit, ſolvendo non eſt; vel qui datis libertatibus deſiturus eſt ſolvendo eſſe. Prævaluiſſe tamen videtur, niſi animum quoque fraudandi manumiſſor habuerit, non impediri libertatem, quamvis bona ejus creditoribus non ſufficiant: ſæpè 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.*

NOTÆ.

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

Deſiturus eſt ſolvendo eſſe] Species hæc ſit: Sempronius, qui mille in bonis habebat ac totidem debebat, ſervum in fraudem creditoris manumiſit: quo facto

50. de bonis 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 tamen libertate solus rei eventus spectatur, *l.* 4. §. 19. *in fin. D. de fideic. lib. l. ult. C. eod.*

COMMENTARIUS.

Desiturus est solvendo esse] Descriptus hic locus est ex *l. in fraudem.* 10. *qui & à quib. man.* Nimirum quia lex Ælia Sentia simpliciter loquitur de debitore, qui solvendo non est, quæsitum est, an lex etiam ad eum pertineat, qui datis demum libertatibus desiturus est solvendo esse, & placuit pertinere, *d. l.* 10. Ratio in promptu est quia solvendo esse nemo intelligitur, qui solidum, quod debet, solvere non potest, *l. solvendo* 114. *ff. de verb. sign.* non potest autem, qui posse desiit.

Prævaluisse] Nisi hæc duo concurrant, ut & fraudandi consilium manumissor habuerit, & creditores eventu atque re ipsa fraudentur, libertas non revocatur, *d. l.* 10. *l.* 1. *C. qui man. non poss.* quod & ipsum 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 pertinente, de quo dicemus ad §. *item si 6. inf. de act.* Creditoribus igitur agentibus incumbet probare se & eventu fraudatos esse, & manumissorem animum fraudandi habuisse. Atque hic locus erit præsumptionibus, quibus fraus aut arguitur, aut abfuisse docetur: qua de re consulantur DD. hic & in *d.* §. 6. Cæterum hæc quæ diximus locum habent in libertate directo testamento data: in fideicommissaria autem solus rei eventus spectatur, *l.* 4. §. *si in fraudem.* 19. *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? VINN. Probant plerique hanc rationem. Vid. B. Hub. *Disp. jur. fundam.* IX. §. 10. HEIN.

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

TEXTUS.

Alterum caput Legis Æliæ Sentiæ de minore viginti annis.

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

NOTÆ.

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. Theophil. *hic.* In notis D. C. S. *de consilii sententia.* Grot. *in sparsa. 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.* VINN. Consilium ergo Romæ constituerunt Decemviri stlitibus judicandis. V. C. Ger. Noodt. *de Jurisd. lib.* 1. *cap.* 12. In provinciis frequens mentio & συμβελίε, cujus & in sacris mentio fit *Act.* XXV. 12. HEIN.

COMMENTARIUS.

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

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

TEXTUS.

Quæ sunt justæ causæ manumissionis.

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

NOTÆ.

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 manu-

manumittendi cauſam habet, & ita porro.

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

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

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

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

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

COMMENTARIUS.

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

Procuratoris] Arbitror in genere hanc manumiſſionis cauſam juſtam fuiſſe, etiamſi minori 20 annis ſpeciatim opus non eſſet procuratore ad judicium; ſcilicet ut liber factus ſervus tanto commodius officium procuratoris exercere tam in judicio, quam extra judicium, poſſet. Itaque neque Cujacio aſſentior, qui *lib.* 22. *obſ.* 16. locum hunc accipit de procuratore ad judicium tantum, (neque enim ſatis juſta cauſa videtur, ut quis ob unam 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.* VINN. Sed quum ad id, ut quis alterius negotia extra judicium procuret, nec libertate nec XVII. annorum ætate opus ſit, arg. *l.* 7. §. 1. 2. *& l.* 8. *ff. inſtit. act.* magis eſt, ut de judiciali tantum procuratore loqui Imperatorem, cum Cl. Voetio exiſtimemus. HEIN.

Matrimonii habendi] Verbum *habendi* delendum eſſe, nemo, qui modo Latinè 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 approbata, ſive vera ſit, ſive falſa, non retractatur.*

COMMENTARIUS.

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

TEXTUS.

Abrogatio poſterioris capitis Legis Æliæ Sentiæ.

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 præſtare? Sed quum libertas inæſtimabilis res ſit, & propter hoc ante vigeſimum ætatis annum antiquitas libertatem ſervo dare prohibebat: ideò nos mediam quodammodo viam eligentes, non aliter minori viginti annis libertatem in teſtamento dare ſervo ſuo concedimus, niſi ſeptemdecimum annum impleverit, & octodecimum attigerit. Quum enim antiquitas hujuſmodi ætati & pro aliis poſtulare conceſſerit: cur non etiam ſui judicii ſtabilitas ita eos adjuvare credatur, ut ad libertatem dandam ſervis ſuis poſſint pervenire?*

NOTÆ.

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

Mediam viam] Hinc inferunt poſſe quandoque judicem in ambiguitate juris vel facti rem dividere. utique hoc facere ſolent prudentes, ubicumque eſt τάραξις, id eſt perplexa quæſtio, *l.* 9. *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.

NAm *cui totorum*] Argumentatur à majori ad minus καταπαθαστικῶς, cui quod plus eſt, ei

non debet, quod minus est, non licere, *l.* 21. *de reg. jur.*

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

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

Nisi 17. *annum*] Jure novissimo permittitur non minus libertates, quam res alias testamento relinquere ea ætate, qua testamentum facere permissum est, masculis nimirum anno ætatis quartodecimo, fœminis 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 responsitasse, *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. add. Car. Sigon. *lib.* 3. *de judic. c.* 18. Hotom. *hic.* VINN. Immo anno ætatis xv. expleto, togam virilem sumsisse adolescentes, eleganter & cum adparatu demonstravit Henr. Noris. *Cenotaph. Pisan. Diss.* 2. *c.* 4. HEIN.

TITULUS SEPTIMUS.

DE LEGE FUSIA CANINIA TOLLENDA.

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

TEXTUS.

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

NOTÆ.

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

Certus modus] Certus numerus, quem in manumittendo excedere non liceret. Ulp. *tit.* 1. Caj. *lib.* 1. *tit.* 2. Paul. 4. *sent.* 14. Apud Vopiscum *Tacit. cap.* 10. legimus, Tacitum Imperatorem in testamento suo intra Caniniam mansisse. VINN. Nihil de testamento Vopiscus. Videtur potius Tacitus servos urbanos inter vivos manumisisse, & quum ultra centum non liberasset, existimasse Vopiscus, eum lege Fusia Caninia impeditum fuisse, quasi ea lex ad manumissos inter vivos pertineret. Qua in re tamen magis forsan erravit Vopiscus quam Tacitus Imp. HEIN.

COMMENTARIUS.



Certus modus] Id est, certus numerus definitus erat, quem in manumittendo excedere non licebat, vid. Ulp. *tit.* 1. Cajum *lib.* 2. *tit.* 1. Paul. 4. *sent.* 14. Ratio legis hæc fuit, ut ex Suetonio in *Aug. c.* 40. intelligimus, ne concessa libera testamento manumittendi potestate, libertis & sordidis hominibus civitas Rom. contaminaretur. VINN. Conferendus locus Dionysii Halic. *lib.* 4. *p.* 228. de libertis pileatis patroni defuncti lecticam comitantibus. Ubi vera causa legis ea de re latæ. HEIN.

Testa-

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, libetalitatis laudem tum maximè venantes. Pertinet huc inſignis locus apud Dionyſ. Halicarn. *lib.* 4. *p.* 228. ubi ſcribit, *Multos ſe vidiſſe, qui profuſa honoris ambitione omnes ſervos ſuos teſtamento vel flagitioſiſſimos manumitterent, ut pileati funus ſequerentur.* Atque hic ferè mos eſt legiſlatorum ut ea ſola prohibeant, quæ facilè 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, πάντας τοὺς οἰκέτας, *omnes ſervos.* Servos enim unius domini familiam veteres frequenter appellant, ut in *tit. ſi fam. furt. fec. l.* 9. *de juriſd. l. illud.* 32. *in pr. ad leg. Aq. l. optio.* 13. *de opt. leg. l. pronuntiatio.* 195. §. *ſervitutum* 3. *de verb. ſign.* atque in urbanam & ruſticam dividunt, *l. urbana.* 166. *eod.* Alias pleraſque hujus vocis ſignificationes habes in *d. l. pronuntiatio.*

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

Morientibus adimere] Argumentatio ab actu inter vivos ad ultimam voluntatem, eaque καθ' ὁμοιότητα. Quatenus hæc argumentatio procedat, & contra, bene docet D. Præſes Everhard. Claud. Cant. *in top.* & Mynſ. *hic.* Certe non procedit, ſi legis Fuſiæ ſpectemus rationem. Quæ hæc eſt, quod facilius in teſtamento manumittimus, quam inter vivos. *l.* 4. *in fin. ad Senat. Vell.*

TITULUS OCTAVUS.

DE HIS, QUI SUI VEL ALIENI JURIS SUNT.

Conc. D. Lib. 1. *Tit.* 6.

TEXTUS.

Altera diviſio perſonarum.

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

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, ἀκρον ἐξουσίαν, ut definit Theophilus.

COMMENTARIUS.

PRoponitur 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 ſubdiviſiſſent in eos, qui ſui, & qui alieni juris ſunt, aut potius in patresfam. & filiosfam. ut Ulpian. *l.* 4. *h. tit.* Excuſantur tamen, quod cum de vi & effectu dominicæ poteſtatis adhuc cognoſcendum erat, ſecretas ſuperiore diviſione perſonas in unum iterum coëgerint.

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 ſpecies oppoſitas pertinere. Nam illud tantum in univerſum verum eſt, unum oppoſitum alterius cognitionem juvare in eo, quatenus oppoſitum eſt, quo pertinet illud Ariſt. 2. *Rhet. c.* 12. τὰ ἐναντία παραλλήλα μάλιστα φαίνεται.

TEXTUS.

De jure Gentium in ſervos.

1. *In poteſtate itaque dominorum ſunt ſervi, quæ quidem poteſtas juris gentium eſt, nam apud omnes peræque gentes animadvertere poſſumus, dominis in ſervos vitæ neciſque poteſtatem*

ſtatem fuiſſe: & quodcunque per ſervum acquiritur, id domino acquiri.

COMMENTARIUS.

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

1 EX quo jure ſervitus eſt, ex eodem & dominorum in ſervos poteſtatem eſſe, nemo eſt qui ambigat. 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. cap.* 25. Athenæus *lib.* 6. Bodin. 1. *de repub.* 5. Grot. 3. *de jure bell. & pac.* 14. Et agnoſcunt 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*, ait, *cogitandum, non quantum illud impunè pati poſſit, ſed quantum tibi permittat æqui bonique natura, quæ parcere etiam captivis & pretio paratis jubet.* Et vero ſi natura inter omnes homines cognationem quandam conſtituit; *l.* 3. *de juſt. & jur.* conſequens eſt, hominem in hominem ſævire, nefas eſſe: ac proinde alienum ab omni humanitate, quamvis ſervum, hominem tamen occidere aut crudeliter tractare. Apoſtoli dictum eſt; *Domini jus & quod æquum eſt, ſervis præſtate, gnari, vobis quoque dominum eſſe in cœlo. ad Coloſſ.* 4. *verſ.* 1. VINN. Hæc quidem omnino recte ſe habent. Sed numquam tamen veteres Dominis permiſiſſe puto promiſcuam ſervos occidendi licentiam. Ea Dominis ob jus vitæ & necis non magis competebat, quam ſummo imperanti, cui jus vitæ & necis eſt, non tamen occidendi vel ſæviendi licentia. Nec plus periculi erat, ne Dominus ſervos ſuos ſine ratione occidere vellet, quam ne quis equos occidat. Servi enim erant nobiliſſima pars patrimonii. HEIN.

Quodcunque per ſervum acquiritur] Hoc ut rationi juris gentium convenit, (nam qui in aliena non tantum poteſtate, ſed etiam dominio eſt, nihil proprium habere poteſt, de quo plenius in §. *item vobis* 3. *inſ. per quas perſ. cuiq. acq.*) ita nihil admodum iniquitatis habet; quoniam dominus viciſſim ad alimenta ſervo præſtanda obligatus eſt.

TEXTUS.

De Jure Civium Romanorum in ſervos.

2. *Sed hoc tempore nullis hominibus, qui ſub imperio noſtro ſunt, licet ſine cauſa legibus cognita in ſervos ſuos ſuprà modum ſævire. Nam ex conſtitutione Divi Antonini, qui ſine cauſa ſervum ſuum occiderit, non minus puniri jubetur, quàm ſi alienum ſervum occiderit. Sed & major aſperitas dominorum ejuſdem Principis conſtitutione coërcetur. Nam Antoninus conſultus à quibuſdam Præſidibus Provinciarum de his ſervis, qui ad ædem ſacram, vel ſtatuam Principum confugiunt, præcepit, ut, ſi intolerabilis videatur ſævitia dominorum, cogantur ſervos ſuos bonis conditionibus vendere, ut pretium dominis daretur, & rectè: expedit enim reipublicæ, ne ſuâ re quis malè utatur. Cujus reſcripti ad Ælium Martianum miſſi verba ſunt hæc:* Dominorum quidem poteſtatem in ſervos illibatam eſſe oportet, nec cuiquam hominum jus ſuum detrahi. Sed & dominorum intereſt, ne auxilium contra ſævitiam, vel famem, vel intolerabilem injuriam denegetur iis, qui juſtè deprecantur. Ideoque cognoſce de querelis eorum, qui ex familia Julii Sabini ad ſacram ſtatuam confugerunt, &, ſi vel durius habitos, quam æquum eſt, vel infami injuria affectos eſſe cognoveris, 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, ὐκ ἐπιτάξεις δὲλῳ σϑ, ἡ παιδίσκη, ἐν πικείᾳ ψυχῆς. Grotius, *ubi ſup.*

Ædem ſacram] Fana ethnicis pro aſylis erant. Apud Plaut. *Rudent. Act.* 2. *ſc.* 7. Virgines duæ Veneris fano ſeſe adverſus lenonis vim tuentur. Tac. 3. *annal. cap.* 60. *Complebantur templa peſſimis ſervitiorum, &c.* Sublato Paganiſmo idem jus ἀσυλίας templis Chriſtianorum tributum: *tit. C. de his qui ad eccleſ. confug. Nov.* 17. Hæc verba, *ad ædem ſacram*, non ſunt apud Ulp. Rufini *tit.* 3. nec in *d. l.* 2. *hoc tit.* nec Theophilus habet. VINN. Rufini Ulpianus, quod ſemel monendum, Vinnio eſt fragmentum Ulpiani apud pariatorem legum Moſ. & Rom. *tit.* 3. §. 3. Sed Licinnium Rufi-

Rufinum hujus collationis auctorem esse, nondum constat. HEIN.

Statuam principum] Statuæ quoque principum his, qui ad eas confugissent, asyla fuerunt, *l. un. C. de his qui ad stat. princ.* Judæorum populo sex civitates constitutæ erant quo tuto confugerent, qui ἀκουσίως sanguinem effudissent. *Num.* 35. *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 conditiones adjiciat, veluti ut ne manumittantur, ut tanquam fugitivi in vinculis habeantur. Th. & *l.* 25. *de statulib.*

Expedit reip.] Hæc sententia est apud Sosipatrum. Potest quis etiam abuti re sua, *l.* 25. §. 11. *D. de her. pet.* sed tamen providendum, ne privati fortunis suis abutendo noceant publico.

Dominorum interest] Alia ratio decidendi: ne, si servi nullum sibi contra dominorum sævitiam auxilium paratum esse sciant, aut manus sibi inferant, aut in perniciem domini aliquid moliantur.

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

COMMENTARIUS.

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

REfert hic Justinianus ex Cajo & Ulpiano *l.* 1. *& l.* 2. *h. tit.* Antoninum Pium modum posuisse potestati dominicæ, qua 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. VINN. Veluti si Dominus servum sibi insidiantem, vel in adulterio deprehenderit. *L.* 53. §. 3. *ff. de leg.* 1. *l.* 96 *ff. de V. S.* juncto §. 2. *Inst. de lege Aquil. & l.* 24. *ff. ad L. Jul. de adulteriis.* HEIN.

Non minus puniri jubetur] Hoc est, publico judicio legis Corneliæ de sicariis non minus obnoxius est & reus homicidii, quam si alienum servum occidisset: nam lex Cornelia non distinguit, quis homo occisus sit, *l.* 1. §. 2. *ad leg. Corn. de 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, legimus, οὐκ ἐπιτάξεις δούλῳ σου, ἢ παιδίσκῃ, ἐν πικρίᾳ ψυχῆς. *Non opprimes servum, non dominaberis ei durè*, ait lex divina de servo Hebræo *Deut.* 15. quod nunc prolata vi proximitatis ad omnes servos debet extendi. Et Apostolus *ad Ephes.* 6. dominis imperat, *ne cum servis minaciter agant*, eo argumento, *quod & ipsi Dominum in cœlis habeant, qui ad talia qualitatum discrimina non attendat.* Sed & operæ cum modo exigendæ sunt, & valetudinis servorum humanè habenda ratio: quod ipsum præter alia spectat lex divina in Sabbati institutione, nimirum, ut laboribus aliquod daretur spiramentum. C. Plin. *lib.* 5. *epist.* 19. sic ad Paulin. scribit, *Video quam molliter tuos habeas, quo simplicius confitebor tibi, qua indulgentia meos tractem. Est mihi semper in animo Homericum illud:* παῖδε δ' ὡς ἤπιος ἦεν. *& hoc nostrum paterfamilias,* In qua voce & Seneca veterum humanitatem observat; *Ne illud quidem videtis*, inquit, *quam omnem invidiam majores nostri dominis, omnem contumeliam servis detraxerint. Dominum patremfamilia appellaverunt; servos, familiares. epist.* 47. Plura hujusmodi habet Grot. *lib.* 3. *de jur. bell. & pacis c.* 14.

Ad eadem sacram] Ad fana seu templa Deorum quo confugientes aras & signa Deorum amplecti solebant. Plaut. *Mostell. act.* 5. *scen.* 1. & *Rudent. act.* 2. *scen.* 7. Virg. 2. *Æneid.* eodemque & obærati adversus creditores, suspectique criminum capitalium receptabantur. Tacit. 3. *annal cap.* 60. & quia ab his locis neminem eripere fas erat, ideo ἄσυλα dicta sunt. Sublato Paganismo, Impp. Christiani idem jus etiam templis Christianorum tribuerunt, *tit. C. de his qui ad eccl. conf.* sed 2 levioris tantum delicti suspectos recipi voluerunt, non sicarios, adulteros, raptores, aut similium criminum reos; neque τοῖς ἀδικοῦσιν, ἀλλὰ τοῖς ἀδικουμένοις, jus asyli dari. *Nov.* 17. *c.* 7. *Nov.* 37. convenienter legi Divinæ, quæ jubet homicidam ab altari abstrahi, atque iis solum asyliam dari, qui ἀκουσίως 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, τῶν ἀκουσίων ἁμαρτημάτων καὶ φυγὴν εἶναι τὰς βωμούς. Jure autem canonico, remotis solis nocturnis populatoribus agrorum & publicis latronibus, cæteri cujuscunque facinoris rei, immunitate ecclesiarum gaudent, *c. inter alia*, 6. *& c. fin. de immun. eccles.* Quam Pontificum sanctionem non immerito jam olim improbavit Ferrarien. *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 spelunçam latronum, &c.* In Colonien. editione anno 1590. hæc & similia Cyni, quæ eodem loco citat Ferrarien. consulto expunxit censor.

Ad statuam Principum] Statuæ etiam Principum his qui ad eas confugissent, asyla fuere, *l.* 1. §. 1. *de offic. præf. urb. l. un. C. de his qui ad stat. princ. conf.* quæ statuarum veneratio sanè antiqua est. Meminit Livius *lib.* 23. *cap.* 10. statuæ Ptolomæi regis apud Cyrenas, ad quam cum quidam Decius Magius Campanus, qui à Pœnis vinctus Carthaginem ducebatur, confugisset, manus hostium evaserit. Plura de statuis & imaginibus Principum vide apud Briss. 4. *antiq.* 11.

Cogantur servos suos] Apud Græcos quoque servis durius habitis licebat πρᾶσιν αἰτεῖν, ad venditionem proclamare, teste Plutarch. καὶ δεσιδαιμ. 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

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

Vendere] Nemo rem ſuam vendere cogitur, *l. invitum* 11. *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.* 11. *de off. præf. urb. l. annonam.* 6. *de extraord. crim.* In ſervis hic eſt juſta deprecatio auxilii contra ſævitiam dominorum. Eſt & favor libertatis, §. *ult. inſ. de donat.* Sed & favore religionis idem receptum, ut in ſpecie *l.* 12. *in fin. de religioſ.*

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.* 21. *C. mand.* in tantum ut ea etiam abuti poſſit, *l. ſed etſi.* 25. §. *conſuluit.* 11. *de har. 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, & 3 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.* 3. *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. Hotom. *illuſtr. quæſt. c.* 1.

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

TITULUS NONUS.

DE PATRIA POTESTATE.

Lib. 8. *Cod. Tit.* 47.

Continuatio & argumentum tituli.

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

TEXTUS.

Summa tituli.

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

NOTÆ.

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 in jus voc.* In notis I. N. Q. *juſtis nuptiis quæſitus.* Grot.

COMMENTARIUS.

EX *juſtis nuptiis*] Nam ut nuper diximus, liberi ex injuſto matrimonio nati in poteſtate patris non ſunt, *l.* 1. *de ſtat. hom.* adeoque nec patrem jure civili habere intelliguntur, ſicut nec vulgo concepti, §. *pen. ſeq. tit.* Lege quidem naturæ matris conditionem ſequuntur, ut ſcribit Juriſconſultus *in l. lex naturæ.* 24. *d. tit.* ſed cum fœminæ liberos in poteſtate non habeant, §. *fœminæ* 10. *inſ. de adopt.* ſequitur eos nec in poteſtate avi materni eſſe.

TEXTUS.

Definitio nuptiarum.

1. *Nuptiæ autem, ſive matrimonium, eſt viri*

viri & mulieris conjunctio, individuam vitæ consuetudinem continens.

NOTÆ.

Nuptiæ] Sic dictæ à nubendo, quod olim novæ nuptæ 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.*

Individuam, &c.] Modestin. *l.* 1. *D. de rit. nupt. consortium omnis vitæ*, quo significatur non tantum domestica societas, sed etiam indivisus & promiscuus rerum omnium inter conjuges usus, rerum & corporum communicatio. Duar. *c.* 1. *de nupt.* Vera tamen inter conjuges non est bonorum societas.

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

COMMENTARIUS.

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

Nuptiæ sive matrimonium] Promiscuè ferè hæc vocabula (*nuptiæ & matrimonium*) usurpantur. Sæpè tamen nuptias cum dicimus, intelligimus festivitatem & celebritatem nuptialis diei, ut in *l. pen.* §. 1. *de donat. int. vir. & ux. l. sancimus.* 24. *C. de nupt.* sicut & apud Græcos γάμος accipitur *Joan. c* 2. Illud tralatitium est, nuptias *à nubendo* dictas esse, eo quod olim novæ nuptæ pudoris ergo caput obnubere flammeo solebant, idque Festus, Nonius & alii complures notant. Seneca *in Octavia*, de Poppæa Neroni nubente; *v.* 702.

Velata summum flammeo tenui caput.

1 *Conjunctio*] Hoc generis loco ponitur: & simul causam efficientem denotat, nempe consensum, qui ut rerum, ita & vitæ societatem efficit, etiamsi nihil aliud intervenerit. Est quidèm principalis matrimonii finis sobolis procreatio, quam sine corporum conjunctione habere non possumus; unde etiam inter eas personas, quæ ad eam rem inhabiles sunt, nuptiæ non consistunt, *l. si serva.* 39. §. 1. *de jur. dot.* sed ad vinculum 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 aut à magistratu mulier viro ritè copulata & tradita est; atque ex eo tempore, ut inter veros conjuges, communionem bonorum more harum regionum induci, etiamsi morte alterutrius nondum subsecuto concubitu matrimonium diremptum sit, D. Neostad. *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. nupt. l.* 15. *de cond. & dem. l.* 6. *C. de don. ante nupt. l. sancimus.* 24. *C. de nupt.* Sed verius est, neutrum eorum ut necessarium desiderari, ut intelligere licet ex responso Scævolæ, *l. pen. de don. int. vir. & ux.* & rescripto Theodosii *l. si donationum* 22. *C. de nupt.* nec admodum difficile est ad superiores locos respondere. Nam in *l.* 5. *de rit. nupt.* Jurisconsultus non docet, quomodo nuptiæ contrahantur, sed rationem ac formam tantum deductionis demonstrat. Quod autem Ulpian. in *l.* 15. *de cond. & dem.* ait, conditionem nuptiarum tunc impletam esse, cum uxor ducta est; & Justinian. *l. sancimus* 24. *C. de nupt.* 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 nupt.* Qui priscorum ritus in nuptiis adhiberi solitos nosse cupit, legat Brisson. *lib. singul. de rit. nupt.* VINN. Consensus faciebat nuptias. Sed in manum non conveniebat uxor, nisi adhibito sollemni nuptiarum ritu, veluti confarreatione, coëmtione, usu. Denique & domum deductione opus erat, quoties non de voluntate ipsorum contrahentium, sed de explenda voluntate aut legislatoris, aut tertii cujusdam quærebatur, quales casus sunt in *l.* 5. *ff. de R. N. l.* 15. *ff. de condit. & dem. l.* 24. *C. de nupt* apud Paull. *Rec. sentent.* 11, 19. §. *pen.* nec non in *l.* 6. *C. Theod. de tiron.* ubi vide Jac. Gothofr. in *Comment. Tom.* 11. *p.* 377. HEIN.

Viri & mulieris] Nam duorum ejusdem sexus conjunctio detestanda est, & lege Dei, lege naturæ, legibus omnium gentium damnata. Ait, mulieris ἐνικῶς, 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 πολυγαμίας. Igitur apud Romanos vetitum fuit, plures uxores eodem tempore habere; quod & aliarum quoque gentium moribus improbatum fuisse ostendimus *tit. seq.* §. *affinitatis* 6. idque divinæ simul ac naturali legi convenienter, quod ego paucis, sed firmis rationibus confirmabo. Legi divinæ primæque institutioni matri- 2
monii 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. Assume jam; Atqui initio duo tantum conjuncti fuerunt in carnem unam, *Genes.* 2. *sub. fin.* Ergo lege institutionis matrimonii duo tantum, id est, mas cum fœmina una conjungi debent. Eadem planè ratione & ex prima conjugii institutione licentiam polygamiæ damnat Malachias *cap.* 2. *vers.* 14. *& seq.* ut benè ostendit vir do-

ctiſſimus collega noſter D. Joan. Coccejus in δώδεκα-προφ. Præterea *Levit.* 18. 18. polygamia expreſsè prohibetur, quod ſummi Theologi & Hebrææ linguæ peritiſſimi Junius & Tremellius firmiſſimis rationibus demonſtrant, locum ex phraſi Hebræa ita vertentes, *Mulierem unam ad alteram ne aſſumito.* Tertio cum cæremonialia 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 cenſeantur, *Matth.* 19. 5. & 1 *Cor.* 6. 16. nec ante Lamechum Cainici generis hominem quenquam legimus plures ſimul uxores duxiſſe: ex quo intelligimus polygamiam ſicut & reliquas corruptelas paulatim irrepſiſſe. Quorſum enim alias hoc in Lamecho expreſsè notaſſet Moſes? *Gen.* 4. *v.* 19. Sed & communis ratio polygamiam damnat; primum; quia mutuum conjugum amorem, quem ſingulares nuptiæ fovent, dividit: deinde quia fidem violat, qua alter alteri ſeſe perpetua conſuetudinis vitæ obligatione tradit, & corpus ſuum mancipat: unde merito Chriſtus pronuntiat, eum mœchari, qui, vinculo prioris matrimonii non ſoluto, aliam uxorem 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 abit *lib.* 2. *de jur. bell. c.* 5. Quamobrem concludendum eſt cum Beza *tract. de polygam.* nunquam in foro conſcientiæ 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 indulſit, non laſciviendi, ſed gignendæ piæ ſobolis gratia, propter promiſſionem de multiplicatione ſeminis; ſicut & in aliis quibuſdam connivit, quæ cum prima conjugii inſtitutione, ad quam ea Chriſtus revocat, non conveniunt, *Matth.* 5. 32. & 19. 3. & *ſeqq. Marci.* 10. 4. *Luc.* 16. 18. Peccaverunt nimirum in hoc & ipſi patres, quanquam errore, potius 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* 8. *x. de divort.* & communis Pontificiorum, Covar. *de matrim. p.* 2. *c.* 7. §. 3. ubi ait, etſi plures uxores habere, propriè non adverſetur legi naturæ, id eſt, primis juris naturæ principiis: contrarium tamen eſſe legi quaſi naturali, hoc eſt, concluſionibus è primis 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 modis accipitur: uno modo pro eo, quod commune adhuc eſt atque indiviſum, quo ſenſu individua hereditas dicitur à Modeſtino *l. ſine* 32. §. *Lucius 6. de adm. tut.* & à Paulo individuum curæ officium. *l. Lucius* 46. §. 1. *eod.* altero modo pro eo, quod dividi non poteſt, ut cum ſervitutes, obligationes, ſtipulationes individuas dicimus. Atque utraque ſignificatio huic loco convenit: prima quidem ſimpliciter, ut ex iis, quæ mox dicemus, patebit: altera ſecundum quid, videlicet reſpectu aliarum conjunctionum & ſocietatum, quæ facilè 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 dicetur individua. Nam ut Chriſtus nos docet, initio conjugium ſic à Deo inſtitutum eſt, ut indiſſolubile eſſet. Et Deus interveniens perſonas conjungit. Quod autem Deus conjungit, homo ſeparare non debet. *Matth.* 19. 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 conſcientiæ. Tantum abeſt igitur ut in hac ſpecie agatur de repudianda uxore aut dimittendo marito, ſicut in cauſa adulterii, ut contra deſertæ perſona ſe deſeri conqueratur, & deſertricem 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. cap.* 18. 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 permiſſa, ſed viris duntaxat, ut arguit locus Plauti in *Mercat. act.* 4. *ſcen.* 6. Tandem etiam uxoribus, ut conſtat ex *tit. de divort. & repud.* Juvenalis *ſatyr.* 6. notat mulierem, quæ crebro divertendo intra quinquennium octies viros permutaverat. VINN. Sed hæc ipſa divortiorum licentia apud Romanos, argumento eſt, in definitione hac *individuam vitæ conſuetudinem* non opponi divortiis, ſed ſeparatæ œconomiæ conjugum. Eorum enim erat, communes habere penates, communem thalamum: & hinc uxor domum ducenda. Eodem ergo ſenſu individua dicitur

tur vitæ consuetudo inter conjuges, quo amici dicuntur esse comites individui. Vid. Tacit. *Ann. lib. 6. cap.* 10. Et sic egregie hæc definitio congruit alteri Modestini in *l.* 1. *ff. de ritu nupt.* HEIN.

4 *Individuam vitæ consuetudinem continens*] Adjunctum proprium atque ex parte finis. His autem verbis existimo Justinianum significare non tantum domesticam societatem & conversationem, sed etiam rerum quandam communionem & indivisum rerum omnium inter conjuges usum: in summa rerum & corporum communicatione, συμβίωσιν & συνουσίαν κοίτης. Atque hanc interpretationem adjuvat Modestinus *l.* 1. *de rit. nupt.* cum ait; nuptiæ sunt conjunctio maris & fœminæ, *consortium omnis vitæ, divini & humani juris communicatio.* Nulla enim res est, sive divini sive humani juris, quam conjux cum conjuge non communicet, cujusque inter eos, salva honestate conjugii, promiscuus usus esse non debeat. Unde Gordianus Imp. uxorem dicit suscipi *sociam divinæ & humanæ domus. l.* 4. *C. de crim. exp. her.* 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. Goris *adverss. jur. tract.* 1. *cap.* 1.

5 Nuptias honestatis causa præcedere solent sponsalia, ita dicta à spondendo; quia moris fuit veteribus stipulari & spondere sibi uxores futuras, *l.* 2. *de sponsal.* Gell. *lib.* 4. *c.* 4. unde etiam sponsi sponsæque appellatio nata est, *l.* 3. *eod.* Sunt autem sponsalia, ut Florentinus definit, mentio & repromissio futurarum nuptiarum, *l.* 1. *eod.* Ait, *futurarum nuptiarum:* siquidem unum tantum genus est sponsaliorum, mutua scilicet promissio de futuris nuptiis. Quamvis enim jus Canonicum duo genera constituat, unum eorum, quæ de futuro appellant, alterum, quæ de præsenti; *c. pen. & ult.* ℵ *eod.* hanc tamen distinctionem auctores juris nostri non agnoscunt, quibus sponsalia de præsenti sunt ipsum matrimonium jam mutuo consensu contractum, *l. nuptias.* 30. *de reg. jur.* Sed neque juris canonici interpp. per sponsalia de præsenti, quæ vocant, negant contrahi matrimonium: sed tantum respectu matrimonii per conjunctionem corporum consummati, hæc etiam sponsalia ab iis dicuntur. Panorm. *d. c. pen. n.* 2. Covar. *de sponsal. p.* 1. *c.* 1. *n.* 6. *& in c. omnis res.* 4. *c. cum initiatur.* 5. *c. conjuges.* 6. *c. conjunx.* 9. *c.* 27. *q.* 2. sponsus & sponsa de præsenti vocantur vir & uxor. Nostrates quoque uxorem ab sponsa hoc solo distinguunt, quod uxor post nuptialem benedictionem & conjunctionem thori dicatur, antea appelletur sponsa. Sponsaliorum de futuro hic effectus est jure canonum, quod in matrimonium transeant per subsequentem corporum commixtionem inter sponsum & sponsam, *c. veniens.* 15. *cap. is qui fidem.* 30. ℵ. *de sponsal.* quod quia summam rationem habet, etiam in fœderato 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.* 15. Similiter etsi 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 tuas literas* 6. *de cond. appos.* Schneid. *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. *diss.* 1. *de sponsal. quæst.* 10.

TEXTUS.

Qui habent in potestate.

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

NOTÆ.

2. *Proprium civium Rom.*] Lege Romuli primum introductum, repetitum postea & confirmatum à Decemviris. Dionys. Halic. *lib.* 2. *p.* 96. *sequ.*

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

Qualem nos] Immensam & planè δεσποτικὴν, quæ continebat jus vitæ & necis, vid. Halic. *ubi sup. l.* 11. *D. de lib. & posth. l. ult. C. hoc tit.* Sigon. *lib.* 1. *de jur. ant. civ. Rom.* 10. quam alii ut tyrannicam repudiant, teste Simplic. ad Epicteti *Enchirid. cap.* 37. Simile patrium jus apud Persas, ut tyrannicum, accusat Aristot. 8. *Nicomach. c.* 12. Et procedente tempore etiam apud Romanos jura patriæ potestatis multum imminuta. VINN. Vel ideo recte negat Justinianus, ullos alios homines talem in liberos habere potestatem, qualem habeant Romani, quia patria potestas revera erat Quiritarium dominium. Unde liberi ratione patris non erant personæ, sed res mancipi, quæ venumdari, mancipari, vindicari, immo & ob justam causam occidi poterat. Vid. Celeb. Bynkershoek *de jure occ. lib. c.* 1. HEIN.

COMMENTARIUS.

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

CErtum est, Justinianum hoc loco distinguere voluisse patriam potestatem à dominica, idque à causa efficiente. Nam §. 1. *præced. tit.* dominicam dixit esse juris gentium, hic patriam dicit esse propriam civium Rom. sive juris civilis. Videamus, quam rectè.

1 Juris civilis esse dicuntur non solum, quæ sunt juris merè positivi, sed etiam ea, quæ mixti juris sunt, & secundum quid tantum civilis; quatenus scilicet, cum alioqui originem ex jure naturæ aut gentium habeant, lex civilis certam eis formam dedit, noviſque qualitatibus induta civium ea propria fecit, exclusis ab eorum communione peregrinis: quod pluribus docemus, & exemplis declaramus, §. 1. *sup. de jur. nat. 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 meri est juris gentium, §. 1. *sup. præc. tit.* Ac tametsi Antoninus modum dominicæ potestati posuit, non ideo tamen ea facta est juris civilis sive civium Rom. propria, ut falso existimant Mynsi. Schneid. Wes. ad §. 2. *præc. 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 condiderunt, certum voluerunt esse modum patriæ potestatis ac finem; ut nimirum patribus tantummodo liceret liberos modicè castigare: qua via si nihil proficerent, ultimum erat, ut eos abdicarent, id est, nudos re omni domo expellerent: quæ abdicatio ἀποκήρυξις dicebatur, *l. 6. C. hoc tit.* Eam autem potestatem alii annis terminabant, alii matrimonio, nonnulli publica in viros adscriptione, teste Dionys. Halicarn. *lib.* 2. *p.* 96.

2 At Romanorum in liberos potestas neque finem habuit, nec modum. Non finem; quia in omne vitæ filii tempus producta fuit, etiamsi summos honores gessisset, & laudem singularis erga rempubl. studii consecutus esset. Non modum, quia immensa fuit & planè δεσποτική. 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, utpote 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 admisisset, quod graviorem animadversionem desideraret, ad magistratum rem deferri leges voluerunt *l.* 3. *C. de pat. pot. l. un. C. de emend. prop. l.* 2. *ad leg. Corn. de sicar.* Ita paulatim asperi & duri Romanorum mores mitigari cœperunt Græcorum condimentis, ut videtur; à quibus 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 3
sunt, ac propterea apud nos effecta ejus omnia cessant, testibus D. Grot. 1. *manud.* 6. D. Gudelin *lib.* 1. *de jur. noviss. c.* 14. Et sanè non difficile est id per inductionem demonstrare. Singula singulis notabimus locis. VINN. Non lapsus videtur Constantinus M. *l. ult. C. de patr. pot.* dum negat, *licuisse patri filio eripere libertatem.* Libertatem enim pro ingenuitate accipit: sensusque est, quamvis parentes in servitutem vendiderint liberos, non tamen iis ereptam esse ingenuitatem, siquidem manumissi non libertini fuerint facti, sed ingenui. Vide, quæ supra notavimus ad §. 1. *Inst. de ingen.* Libertatem autem veteres sæpe pro ingenuitate dixisse vel ex *l.* 4. *ff. de Just. & jure* adparet, ubi *tria genera hominum* referuntur, LIBERI, *& his contrarium* SERVI *& tertium genus* LIBERTI. HEIN.

TEXTUS.

Qui sunt in potestate.

3. *Qui igitur ex te & uxore tua nascitur,*

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

COMMENTARIUS.

QUI *ex filio tuo*] *L. 4. de his qui sui vel al. jur.* Ratio perspicua est; quia in familia avi paterni nascitur: omnes autem, qui sunt ejusdem familiæ, subjecti sunt familiæ principi, qui hic est filii pater: & qui est in potestate alterius, alium in sua potestate habere non potest, *l. sic eveniet. 21. ad leg. Jul. de adult.* & ita deinceps. *l. 5. D. de his q. 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 legitimæ 19. de stat. hom. l. familiæ. 196. §. 1. de verb. sign.* Unde quia mulier familiam suam non propagat, familiæ suæ finis dicitur, *l. pronuntiatio. 195. §. ult. d. tit.* At inquis, cum nuptiis filiæfam. non solvatur jus patriæ potestatis, *§. 2. inf. de senat. Tertyll. l. 2. §. 1. l. quotiens. 29. solut. matr. l. 1. §. ult. de injur. cum similib.* cur non etiam is, qui ex filia mea nascitur, æquè est in potestate mea, sed in potestate patris sui; Respondeo, id fieri & civili ratione, *d. l. cum legitimæ. 19.* & naturali, sive potius juris gentium, argumento eorum, quæ ante diximus de jure ejus, qui caput est familiæ. Adeoque pater elocando filiam hactenus jure suo cedere intelligitur, sicut & plerisque aliis in rebus, de quibus alibi dicendi dabitur locus. Jure antiquo uxor, quæ in manum viri convenerat usu aut coëmptione, in familiam & potestatem viri transibat; eratque ei filiæ loco, & jura suorum hæredum in familia nanciscebatur; matremque familias appellabant, cum aliæ uxores tantum essent, & matronæ dicerentur. Hoc igitur modo atque ritu si filiafam. nupta in manum viri conveniisset, 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. cap. 3.* & Boët. *ibid.* Dionys. Halicarn. *lib. ant. 2. p. 95.* Gell. *lib. 18. cap. 6.* Ulp. *in fragm. tit. 9.* diligenter collegit.

TITULUS DECIMUS.

DE NUPTIIS.

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

Ratio ordinis & Argumentum Tituli.

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

TEXTUS.

Qui possunt nuptias contrahere.

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

NOTÆ.

Fœminæ viri potentes] *Maturæ viro*, ὡρίμῳ Theophilus, ἀνδρὸς δεκτικαί. Fœminæ post annos duodecim virum pati posse creduntur, *l. 4. D. hoc tit. l. 10. D. de cond. & dem. l. pen. D. quand. dies leg.* quippe qua ætate fœminarum incipit purgatio, teste Macrob. *d. loco.* Cur in fœminis citius vis generationis incipiat, quam in maribus, vid. Arist. 4. *de gen. anim. c. 6.* Macrob. 7. *Saturn. 7.*

Consensum parentum] Nuptiæ consistere non possunt, nisi consentiant omnes, id est, qui coëunt, 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] Scil. patria poteſtas. In filiof. 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 δύναμιν ἀναγκαστικήν. *l.* 11. *D. de ſtat. hom. l.* 22. *C. hoc. tit.*

Præcedere] Juſſus, id eſt, voluntas ſive conſenſus parentis præcedere debet, *l.* 25. §. 4. *D. de acq. hæred.* eoque 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. l.* 7. §. 1. *D. de ſponſal.* non enim velle debet pater, ſed non nolle, id eſt, συναινεῖν.

Ex noſtra Conſtitutione] Modus hic eſt, ut ex ſententia curatoris ipſius furioſi, & nobiliorum totius familiæ, 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 juſtus ſignificet?*
2. *De ætate coëuntium.*
3. *De eorum conſenſu.*
4. *De conſenſu parentum & quorum adhibendo.*
5. *An jure divino irrita ſint conjugia ſine parentum conſenſu inita? & quid jure canonico?*
6. *Ratihabitionem patris non efficere, ut retro nuptiæ abſque conſenſu ejus contractæ legitimæ fiant.*
7. *Quid circa conſenſum parentum ab Ordinibus hujus provinciæ conſtitutum?*

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

Cives Romani] Igitur cum ſervis, Latinis, peregrinis, deportatis connubium non eſt, Ulpian. *fragm. tit.* 5. §. 4. *l.* 3. *C. de inc. nupt.* Cic. *in Top.* Atque hinc reſponſum eſt, ſi quis rogatus hæreditatem reſtituere, ſine liberis deceſſiſſet, iſque deportatus in inſula liberos ſuſtuliſſet, conditionem non defeciſſe, *l. ex facto.* 17. §. *ex facto.* 5. *ad ſen. Treb.* Quamvis matrimonium ſemel contractum non ſolvatur deportatione vel aquæ & ignis interdictione. *l.* 5. §. 1. *ff. de bon. dam. l. res uxoris.* 24. *verſ. ſin autem. C. de don. int. vir. & ux. Nov.* 22. *c.* 8. dummodo & vir mariti affectionem, & mulier animum uxoris retineat. *d. l.* 5. §. 1. *l.* 1. *Cod. de repud.*

2 *Maſculi quidem puberes*] Romani ea demum ætate civibus ſuis matrimonia permiſerunt, quæ natura apta eſſe creditur ad generandum; maribus poſt annum decimum quartum, quo tempore ipſam ætatem neceſſitate pubeſcere, & vim generationis moveri incipere ſcribit Macrob. *in Somn. Scipion. lib.* 1. *c.* 6. & Ariſtot. 7. *pol.* 16. exurgere τῆ συνουσίας ὄρεξιν. fœminis autem biennio maturius, quia poſt annum duodecimum virum pati poſſe creduntur, *l.* 4. *hoc tit. l.* 10. *de cond. & dem.* cujus diverſitatis ſiquis rationem quærat, adeat Ariſtot. 4. *de gen. anim. c.* 6. Macrob. 7. *Satur.* 7. Ab hac autem determinatione legitimæ & matrimonio contrahendo idoneæ ætatis longe recedit Plato qui 4. & 6. *de legib.* triceſimum annum maſculis præſcribit, longius etiam Ariſtot. 7. *pol.* 16. qui eos demum conjungi vult circa annum 36. fœminas autem anno 18. Juris Pontificii auctores pubertatem metiuntur ex potentia coëundi, non ex numero annorum. *c.* 3. §. *fin. de deſponſ. impub.* Nos autem ſequimur definitionem juris civilis, quæ etſi non in omnes, in pleroſque tamen quadrat, & medicorum etiam ac phyſicorum auctoritate fulcitur. Raro tamen hac ætate apud nos, præſertim maſculi, matrimonio junguntur, in ſponſalibus ætas definita non eſt: quapropter & à primordio ætatis ſponſalia effici poſſunt, modo utraque perſona ſit infante major, *l. in ſponſalibus.* 14. *de ſponſal.* INN. Solebant & impuberes Romani uxores ducere nondum viri potentes. Exempla exſtant apud Gruter. *Inſcr. p.* 788, 8. *p.* 815, 3. *p.* 824, 1. Tunc vero nuptiæ hujuſmodi non reſcindebantur, ſed tamen non prius juſtæ erant, quam conjuges juſtam ætatem attigiſſent. Hinc nec antea dos peti poterat *l.* 65. *ff. de jur. dot.* nec repudiatæ dabatur actio rei uxoriæ *l.* 17. §. 1. *ff. de reb. auct. jud. poſſ. l.* 74. *ff. de jur. dot.* nec ea poterat legatum ſub conditione nuptiarum exigere, *l.* 10. *pr. ff. de cond. & dem.* Sponſæ ergo loco erat immatura, domum ducta, modo ſponſalia præceſſiſſent. *l.* 32. §. 27. *ff. de don. int. vir. & ux.* junct. *l.* 9 *ff. de ſponſ.* Legitima vero uxor tunc fiebat, quum apud virum expleſſet duodecim annos. *l.* 4. *ff. de rit. nupt.* HEIN.

Conſenſum habeant parentum, quorum in poteſtate] Jure civili in nuptiis requiritur conſenſus, tum eorum, qui coëunt, tum parentum, ſi quos habent, quorum ſunt in poteſtate, *l.* 2. *hoc tit.* quod etiam in ſponſalibus obſervatur, *l.* 7. *l.* 11. *cum ſeqq. de ſponſal.* Primum 3 nuptiæ ſine conſenſu coëuntium non conſiſtunt, ſicut nec alius ullus contractus ſine conſenſu intelligi poteſt, *l.* 1. §. 3. *de pact.* Quid ergò, ſi error intervenerit? Diſtinguendum eſt: nam ſi talis ſit error, qui conſenſum impedit, puta, ſi quis erret in perſona, putans Titiam eſſe, cum qua contrahit, cum ſit Sempronia, hic error matrimonium vitiat, *arg. l. ſi per errorem.* 15. *de juriſd. 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. & divort.* Idem dicendum eſt, ſi erretur circa qualitatem eſſentialem, veluti circa potentiam generandi, aut neceſſitudinem, puta ſi ignorabatur eſſe amita aut ſoror, cum qua contractum eſt. At ſi circa accidentalia tantum erratum ſit, verbi cauſa, ſi pauper eſt, quæ dives dicebatur, ſi capitoſa, quæ morigera, ſi plebeja, quæ nobilis credebatur, &c. quoniam hæc vel adeſſe vel abeſſe poſſunt ſalvo matrimonio, & hic in re ipſa juſtus

CON-

conſenſus eſt, ratum erit matrimonium, *d. c. quod autem. in fin.* Covar. *de matrim. p. 2. cap.* 3. §. 6. *n.* 2. Beza *d. tract. de repud.* Illud autem, quod Innocentius Tertius reſpondit, *c. tua nos* 26. *x. de ſponſal.* ſi quis ut honeſtam mulierem ad turpia pelliceret, falſum nomen ementitus eam his verbis deſponſet, *Joannes te deſponſat*: & 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 præſtari non debere ex eo facto conjugium judicari &c. ut iniquiſſimum, benè 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, quæ ducitur, virginem eſſe. Et hæc ſententia etiam jure Canonico comprobatur *c.* 25. *x. de jurej. 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, quæ pro & contra afferri ſolent, excutere. vid. Weſemb. *par. de nupt. n.* 8. Scip. Gent. *de nup. c.* 13. Bronch. *cent.* 3. *aſſ.* 3. Bachov. *ad Treutl. diſp. de nupt. theſ.* 6. *lit. E.* Conſenſus in hoc contractu etiam planè liber eſſe debet. *l. non cogitur.* 21. *hoc tit. l. Titia.* 134. *de verb. oblig. l. nec filium.* 12. *l. neque.* 14. *C. hoc tit.* ideoque matrimonium per vim aut juſtum metum initum ipſo quoque jure nullum eſt, *d. l.* 14. *cap. ſignificavit* 2. *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 reverentiæ paternæ debitum, à quo abſunt verbera, vincula, minæ, matrimonium non impedit, uti nec conſenſum, *l. ſi patre.* 22. *hoc tit. l.* 7. *l.* 12. *de ſponſal.* Covar. *d. c.* 3. §. 6. *num.* 3. Alb. Gentil. *d. lib.* 3. *cap.* 11. quod tamen exa-4 minat 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 hæres agnaſcatur, §. *ſed ſi quis* 7. *tit. ſeq.* quæ ratio cum in nepte nubente ceſſet, 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 causâ cognitâ 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 tantùm cauſa præcipi, ut ea patris conſenſum exſpectet, 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 filiæ à patre diſſentiendi licentia dabatur, niſi indignis moribus aut turpem ſponſum ei pater elegiſſet. *l.* 12. §. 1. *de ſponſal.* Emancipatam autem filiam patrem ſuo arbitrio nec deſpondere nec elocare potuiſſe, adeoque nuptias, quas illa propria auctoritate contraxiſſet, non fuiſſe injuſtas, arguunt textus omnes, qui ejus tantùm 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, quàm pater illius voluntatem explorare debeat, *d. l.* 20. *C. hoc tit.* ita tamen, ut ſi filia patris ſententiæ repugnet, filiæ potius, quàm patris voluntatem judex ſequi teneatur, *d. l.* 18. *C. eod.* Ex quo loco utique hoc colligitur, arbitrium emancipatæ non fuiſſe planè liberum. Vinn. Quæ pontifex in *cap. tua nos* 26. *x. de ſponſ.* iniquiſſime ſtatuit, ea vulgo canoniſtæ emollire conantur, diſtinguendo inter forum externum, & internum conſcientiæ & pœnitentiæ, exiſtimantes, pro matrimonio judicandum in foro exteriori, non in interiori. Quum vero nec id ex textu pontificis recte colligi poſſe animadvertant, quotquot canoniſtarum ſunt paullo acutiores, & in his Gonzal. Tellez. *ad d. c.* 26. *n.* 3. novam comminiſcuntur rationem defendendi Innocentium, docentes in caſu illo non quidem eſſe matrimonium: ſed eum tamen, qui hoc modo contraxerit teneri, ad conſenſum de novo declarandum. Nugæ. Candide itaque Aug. Barboſa *ad c.* 26. *x. de ſponſ.* & Lagmann. *Theol. Mor. l.* 5. *tr.* 10. *part.* 1. *c.* 1. *n.* 11. hanc deciſionem plane explodunt. Hein.

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 δυνάμει ἀναγκαστικῇ. §. *ſi adverſus.* 12. *inf. eod.* junct. *l.* 11. *de ſtat. hom.* Jure quoque divino etſi 5 fortè nuptiæ à liberis ſine conſenſu parentum, quorum in poteſtate ſunt, contractæ ſtatim quidem non ſunt irritæ, ut diſputat Grot. *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 ſolicitatam verbis tem-

poris 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 & Iſraëlitarum adverſus Benjaminitas jusjurandum, *Jud. c. ult.* & Paulus agens de virgine vel elocanda vel aſſervanda, 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 ætate*, 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 quærantur exempla: Iſaacus de conſenſu & voluntate patris Rebeccam, & 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 cenſent nuptias à filiiſf. ſine conſenſu parentum contractas irritas eſſe, aut parentes eas ratas irritaſve, facere poſſe. Vid. Bezam *tract. de repud. & divort.* Pet. Martyrem *in reſol. quartæ quæſtionis*, Zanchium *de operib. Dei. p. 3. c. 1. de iis qui contrah. inſc. & 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.* Coraſ. 1. *miſc.* 17. Oldend. *claſſ. 4. act.* 26. Alber. Gentil. 4. *de nupt.* 4. Bronch. 3. *aſſ.* 1. cenſent. quanquam 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 conſcientiæ vinculo duntaxat obſtrictos ad parentum conſenſum adhibendum, quos cum ipſa diſtinctione inter honeſtatem & neceſſitatem bene refellit Lamb. Goris *adv. jur. 3. tract. c.* 10.

6 *Ut juſſus parentis præcedere debeat*] Juſſus, id eſt, conſenſus aut potius aſſenſus parentis in nuptiis filiorumf. adeo neceſſarius eſt, ut etiam præcedere debeat, neque ratihabitione patris retro legitimæ fiant, nimirum cum ratihabitio in iis tantum locum habeat, quæ non ſtatim ipſo jure nulla ſunt, ſed aliquo modo conſiſtunt aut pendent, Dec. *ad l. ſemper.* 60. *de reg. jur. num.* 16. non poteſt ea nuptias filii ſine conſenſu patris contractas legitimas retro efficere: ſed ex eo demum tempore juſtæ intelliguntur, ex quo eas ratas habuit pater, per *l. 11. de ſtat. hom. l. eos qui.* 65. §. 1. *hoc tit. l.* 13. §. *ſi quis.* 6. *ad leg. Jul. de adult. l. 6. C. hoc tit.* Nec obſtat, quod liberi ex concubina ſuſcepti, matrimonio cum ea poſtea contracto, legitimi fiant, §. *ult. inf. eod.* Nam veteribus omnis legitimatio incognita fuit, & quod de natis ex concubinatu, conſortio jure civili permiſſo, poſtea conſtitutum eſt, non debet extendi ad eos, qui nati ſunt ex conjunctione vetita & pro ſtupro habita. Quid ergo eſt, quod Juſtin. in *l. ult. C. ad SC. Mac.* præcipit, ut omnis ratihabitio retro operetur? Nempe Imp. illic non tam cauſas, in quibus locum habeat ratihabitio, quam naturam atque effectum ejus deſignat. Hodie tamen dicendum videtur, patris conſenſum poſtea accedentem etiam retro operari, cum nunc concubinatus nullam præ alia illa conjunctione prærogativam habeat, & æquè improbatus ſit. Et hoc uſu apud nos ſervari aſſerunt, qui rem forenſem 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 & fœminis minoribus 20 annis ſine parentum conſenſu matrimonium contrahentibus: & hoc tantum cavet, ne quid lucri hoc caſu alter ab altero quacunque ex cauſa capiat, etiamſi poſtea parentum accedat aſſenſus. Enimvero non præcisè requirimus, ut pater expreſſe conſentiat, ſed ut ne contradicat aut diſſentiat, gnarus eorum, quæ aguntur, *l.* 7. §. 1. *de ſponſal. l. 5. C. hoc. tit.* ſicut è contrario & liberi jure civili conſenſiſſe intelliguntur, qui non evidenter diſſentiunt, *l. 12. de ſponſal. l. ſi patre. 22. hoc tit.* Itaque juſſus hic tantum opponitur ratihabitioni. VINN. Quæ Vinnius hic cum Bachovio contra ratihabitionem diſputat, non adeo firmo ſtare videntur talo. Nam primo quod negat ratihabitioni locum eſſe in iis, quæ ipſo jure nulla ſunt, id falſum videtur. Donatio enim inter virum & uxorem eſt ipſo jure nulla *l.* 3. §. 9. *ff. de don. inter vir & ux.* ratihabitione tamen convaleſcit. *l. 25. C. eod.* quemadmodum & teſtamentum, in quo filius præteritus, validum judicatur ſi filius in illa voluntate adquieſcat *l. 17. ff. de injuſt. rupt. irrit. Lex* 11. *ff. de ſtat. hom.* non agit de ratihabitione, ſed de ſtatu prolis ignaro avo conceptæ. In *l. 65. ff. de R. N.* non magis matrimonium ob defectum conſenſus invalidum eſt, ſed ob prohibitionem legis, quæ inter eum, qui in provincia officium gerit, & mulierem provincialem ſtare non patitur matrimonium. Ergo nec ratihabitio ibi quidquam operatur, ſecus ac in matrimonio nondum conſentiente patre contracto, ubi ratihabitio conſenſum retrotrahit. Quod etiam de reliquis legibus à Vinnio allegatis obſervandum. Denique à legitimatione recte eatenus ducitur argumentum, quod quemadmodum liberi ante nuptias nati, his ſubſequentibus ideo legitimi habentur, quia defectus prioris ſupplementum retrotrahitur, ac ſi matrimonium ſemper fuiſſet, ita & poſt ratihabitionem patris liberi antea nati fiant legitimi, quia ratihabitio ſemper ad principium cujuſque actus retrotrahitur. *l.* 16. §. 1. *ff. de pign.* Unde & exſpirat monſtrum illud, quod fingit Wiſſenb. *ad l. 5. C de nupt.* Spuriorum ex juſſis nuptiis. Cum adparatu hæc Vinnii argumenta refellit, contrariamque ſententiam probavit B. Huber. *Præl. ad Inſt. h. t.* §. 10. & *ad ff. eod.* §. 5. HEIN.

Super

Super filio] Cur magis ſuper filio? Nempe filius uxorem ducebat in domum patris: eique liberos gignebat, aliquando ſuos hæredes futuros avo paterno. Ratio autem juris civilis non patitur, ut alicui invito aut ignoranti, cui ſimilis eſt furioſus, ſuus hæres obtrudatur. §. *ſed ſi quis.* 7. *tit. ſeq.* Filia vero extra familiam patris nubit, neque patri ſuo, ſed marito liberos parit, vel ei, cujus in poteſtate eſt maritus.

Ex noſtra conſtitutione modum] Modus hic eſt, ut præſentibus curatore & propinquis de nuptiis ſtatuatur auctoritate magiſtratus vel epiſcopi, *l. tam dementis.* 28.
7 *C. de epiſc. aud. l. ſi furioſi.* 25. *C. hoc tit.* Apud nos quamvis ſingularis illa Romanorum in liberos poteſtas non agnoſcitur; tamen quia voluntati ac mandato Dei, adeoque ipſi æquitati naturali conveniens eſt, ut de conſenſu parentum filius uxorem ducat, & filia nubat: atque ut, quod ad omnes ex æquo pertinet, impoſturis & clandeſtinis nuptiis occurratur, lege cautum eſt, ut qui matrimonium contrahere volunt, adeant civitatis ſuæ, aut loci in quo domicilium habent magiſtratum, aut eccleſiæ miniſtros, atque ab iis petant, ut hic contractus trinundino in eccleſia aut pro curia promulgetur. Filiifam. minores 25. annis, filiæ minores 20 vetantur recipi, niſi de conſenſu parentum aut parentis ſuperſtitis doceant. Quod ſi hac ætate 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 habentur, *art.* 13.

TEXTUS.

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

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

NOTÆ.

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. c.* 18. *Levit.*

Nefarias atque inceſtas] In ſummo ſcil. gradu. Nam in his tanta eſt turpitudo & fœditas, ut natura omnes à tali conjunctione abhorreant. 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. Cæterum & aliæ nuptiæ, quæ ratione cognationis aut affinitatis prohibentur, inceſtæ dicuntur, *l.* 39. §. 1. *l.* 95. *D. hoc tit. l.* 5. *de quæſt. l. ult. C. de inceſt. nupt.* De nomine hoc vid. Non. Iſidor. Feſt.

COMMENTARIUS.

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

EX iis, quæ hactenus dicta ſunt, intelligimus quatuor hæc concurrere debere, ut juſtæ habeantur nuptiæ; ut qui contrahunt, ſint cives Romani, quales apud nos omnes habentur; ut ſint puberes; ut conſentiant; ut ſi ſint filiifam. 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 juſtæ eſſe cenſentur, ſi modo inter eas perſonas contractæ ſint, inter quas nuptiæ conſiſtere poſſunt. Nam etiam quædam perſonæ jure prohibentur inter ſe nuptias contrahere. Ut autem prohibeantur, ferè fit ob turpitudinem conjunctionis: quæ turpitudo vel eſt à cognatione contrahentium; vel ab affinitate. Cognatio triplex eſt; merè naturalis; merè civilis; & mixta. Naturalis tantum eſt, quæ illegitimo cœtu contrahitur: civilis duntaxat, quæ per adoptionem conſtituitur: mixta eſt inter eos, qui ex juſto matrimonio procreati ſunt, utroque videlicet jure concurrente, *l.* 4. §. 2. *de grad. & affin.* Speciem cognationis, quam auctores juris pontificii ſpiritualem vocant, & eſſe volunt inter ſuſceptorem & ſuſceptam ex ſacro Baptiſmate, *v.* *de cognat. ſpirit.* Covar. *de matr. p.* 2. *c.* 6. §. 4. conſulto omiſi; talem enim nos nullam, quæ quidem matrimonium, ut inceſtuoſum, impediat, agnoſcimus: 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 vetuſtiorem 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 quæſtiones. In Concilio autem Tridentino, cum variè de hac prohibitione eſſet diſceptatum, & multi eam penitus tollendam cenſerent, placuit impedimentum ſpiritualis neceſſitudinis reſtringi ad eam cognationem, quæ eſt inter ſuſceptorem & ſuſceptam, ejuſque patrem & matrem, *decret. de reform. c.* 2. *ſeſſ.* 24. Reformatæ verò eccleſiæ totam hanc prohibitionem, tanquam natam ex ſuperſtitioſo commento, ſummoverunt, ne ſine cauſa conſcientiæ illaqueārentur. vid. Bezam *tract. de repud. & divort.* 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 quæcunque de hac ſtatuuntur, etiam ad illam pertinere exiſtimandum eſt. VINN. Spiritualis illa cognatio ex mente canoniſtarum non modo ex baptiſmo naſcitur, verum etiam ex confirmatione *c.* 1. §. *fin. de cogn. ſpirit. in* 6. immo & ex catechiſmo, quamvis eam cognationem non tam contractum quam contrahendum matrimonium impedire exiſtiment. *c.* 2. *eod. in* 6. Porro hanc cognationem ſpiritualem in *paternitatem*, quæ inter baptizantem & baptizatum, ſuſceptorem & patrinum eſt, *compaternitatem*, quæ inter parentes baptizati & baptizantem vel ſuſceptorem intercedit, & denique in *fraternitatem*, qualem inter baptizatum & liberos baptizantis, nec non ſuſceptorum contractam fingunt, dividere ſolent. Azpilcuet. *Tom.* III. *cap.* 22. *n.* 36. Sed hoc Pontificis inventum, ad emungendos pecunia laicos comparatum jam olim ex ipſis Romanenſibus perſtrinxerunt Petr. de Ferrar. *in Prax. tit.* 33. *gl.* 4. *n.* 11. & vir ſummus Cujac. *ad rubr. x. de conſangu. & affin.* HEIN.

Parentum liberorumve locum] *l. nemini.* 17. *C. hoc tit.* Commodius dixiſſet, inter parentes & liberos: nam & patrui & avunculi etiam parentum locum obtinent, *l. ſororis.* 29. *hoc tit.* Theoph. ἔτι τῶ ἀνιόντων καὶ κατιόντων.

2 *Nefarias atque inceſtas*] In ſummo ſcilicet gradu. Nam in his tanta eſt turpitudo & fœditas, ut naturâ omnes à tali conjunctione abhorreant, & ſua ipſorum conſcientia redarguantur neceſſe ſit, qui hæc naturæ jura violant; adeoque execrabiles habeantur, qui vel per ignorantiam hæc committunt. Hinc illæ Oedipodarum calamitates, quibus plenæ tragœdiæ, & illæ fictæ apud Inferos pœnæ. Homer. 11. *Odyſſ. v.* 269.

Μητέρα δ' Οἰδιπόδαο ἴδον καλὴν Ἐπικάστην.

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

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

Adde Philonem Jud. in *decal. lib.* 1. Cæterum & aliæ nuptiæ, quæ ratione cognationis aut affinitatis prohibentur, inceſtæ, hoc eſt, incaſtæ & pollutæ (ſi Iſidoro *lib.* 5. *c.* 26. credimus) dicuntur, *d. l. ſororis.* 29. §. 1. *l. etiamſi.* 56. *eod. tit. C. de inceſt. nupt.* An autem & illæ naturæ legi & honeſtati ſimiliter repugnent, poſtea diſputabimus. Earum certè de quibus nunc agimus, naturalis prohibitio eſt. Quippe inſita eſt in ipſis affectibus fuga quædam commixtionis cum parentibus & ex ſe natis: à qua etiam quædam animantia muta naturaliter abhorrere, à nonnullis proditum eſt. Seneca *Hippol. act.* 3. *v.* 913.

Feræ quoque ipſæ Veneris evitant nefas,
Generiſque leges inſcius ſervat pudor.

Affertur & alia prohibitionis, eaque non parvi ponderis ratio, confuſio communis cognationum normæ: quæ & ipſa naturæ legi atque ordini vehementer repugnat, & neceſſario conſequitur iſtam ſanguinis inter parentes & liberos commixtionem. Horreſco ad illud Oedipi apud Senecam *Thebaid. act.* 1. *v.* 134.

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

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

—— *Verſa natura eſt retro,*
Avo parentem, (proh nefas!) patri virum,
Natis nepotes miſcui, noctī diem.

Quamvis per adoptionem] Reſpectu quoque cogna- 3
tionis merè civilis inter parentes & liberos nuptiæ prohibentur, nefaſque eſſe exiſtimatur eam uxorem ducere, quæ per adoptionem filia neptiſve eſſe cœperit, in tantum, ut etſi per emancipationem adoptio diſſoluta ſit, idem juris maneat, *l. quin etiam.* 55. *hoc tit.* Neque id mirum videri debet, quamvis omnia adoptionis jura per emancipationem ſolvantur, *l. in omni.* 13. *de adopt.* Nam in nuptiis ſemper etiam pudoris & reverentiæ ratio habetur, *l. adoptivus.* 14. §. 2. *hoc tit.* Patris autem perſona tam ſancta & reverenda filiæ eſſe debet, ut ad impediendas nuptias ſufficiat aliquando patrem fuiſſe. Eadem ferè ratione nec matrem patris adoptivi uxorem ducere poſſum; nempe non propter civilem aliquam neceſſitudinem, quæ nulla inter nos eſt, *l. qui in adoptionem.* 23. *de adopt.* ſed propter reverentiam, quam matri patris adoptivi propter patrem debeo, quam diu 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 aviæ loco fuit, ſed extranea ſemper, *d. l.* 23. *de adopt.* junct. *d. l.* 55. *hoc tit.* At enim, inquies, nec patris adoptivi uxor matris loco eſt, *d. l.* 23. eam tamen ducere non licet, nequidem poſt emancipationem, *d. l.* 14. *pr. hoc tit.* Sed nimirum ſufficiat, eam aliquando novercæ loco fuiſſe, *d. l.* 14.

TEXTUS.

De fratribus & ſororibus.

2. *Inter eas quoque perſonas, quæ ex transverſo gradu cognationis junguntur, eſt quædam ſimilis obſervatio, ſed non tanta. Sanè enim inter fratrem ſororemque nuptiæ prohibitæ ſunt, ſive ab eodem patre eademque matre nati fuerint, ſive ab altero eorum. Sed ſi qua per adoptionem ſoror tibi eſſe cœperit, quamdiu quidem conſtat adoptio, ſanè inter te & eam nuptiæ conſiſtere non poſſunt, quum verò per eman-*

emancipationem adoptio ſit diſſoluta, poteris eam uxorem ducere: ſed & ſi tu emancipatus fueris, nihil eſt impedimento nuptiis. Et ideò conſtat, ſi quis generum adoptare velit, debere eum anteà filiam ſuam emancipare: & ſi quis velit nurum adoptare, debere eum anteà filium ſuum emancipare.

NOTÆ.

2. *Sive ab altero eorum*] Convenit *d.c.* 18. *Levit.* 9. 11. Athenis tamen conſanguineam ducere licebat: id eſt ſororem ὁμοπάτριον, non autem ὁμομήτριον. Fabrot. ex *Philon.* Sed nec vulgo quæſitam ſororem ducere licet, *l.* 54. *D. hoc tit.*

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

COMMENTARIUS.

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

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

Inter fratrem & ſororem] In linea tranſverſa æquali unus tantum gradus jure civili prohibitionem habet nimirum fratrum & ſororum nuptiæ, *l. nemini* 17. *C. hoc tit.* quas etiam à Deo interdictas non uno loco reperimus, *Levit.* 19. 9. & 20. 17. *Deut.* 27. 22. Quid ergo? an hæc interdictio ſive lex de non ducendis ſororibus & ipſa moralis eſt, perpetuamque, & naturalem cauſam prohibitionis continet? Moralem eſſe & naturalem non dubito. Moveor, quod Deus ita per Moſen pronuntiat; *Qui acceperit ſororem ſuam, nefariam rem operatus eſt, & in conſpectu populi occidetur. Levit.* 20. 17. & *Deut.* 27. 22. *Maledictus*, inquit, *omnis, qui dormit cum ſorore ſua.* Adeoque ex abominationibus, propter quas Cananæos Dominus extirpavit, hæc una fuit, *Levit.* 18. *circa fin.* qui tamen non aliam legem, quam naturæ habuerunt. Plato quoque *lib.* 8. *de legib.* fratrum & ſororum conjugia ait eſſe μηδαμῶς ὅσια καὶ θεσμιστὰ, καὶ αἰσχρῶν αἴσχιστα. Hinc eſſe, quod in tragœdiis Macarei, cognito ſe cum ſororibus rem habuiſſe, continuo mortem ſibi conſciſcant, ſceleris pœnas à ſe ipſis repetentes, & Cicero *lib.* 1. *de divin.* commixtionem fratris & ſororis *nefarium ſtuprum* appellat. Lucianus in *Philop.* ἀσελγεστάτην μίξιν. Quis vero hoc eos docuit? Sola natura, quippe quæ omnes docet, ſorori ſuæ miſceri nefas eſſe, dum appetitum conjunctionis inter fratrem & ſororem cadere non ſinit. Quis eſt enim, qui ſororis ſuæ, quantumvis formoſæ, nuptias aut ſtuprum apperat? Non Platonem modo, ſed experientiam provoco. *Tam à me*, inquit ille apud Plaut. *Curcul. act.* 1. *ſc.* 1. *v.* 51. *pudica eſt, quam ſi ſoror mea ſit.* Neque aliam ob cauſam Abrahamus credidit ſe pro marito Saræ habitum non iri, quam ſi eam ſororem ſuam eſſe diceret, *Geneſ.* 12. 12. & 20. 12. Denique non tantum Romani, ſed etiam alii populi, & omnis pene Græcia. Auctore Alex. ab Alex. 1. *genial. dier.* 24. nefandum putaverunt, iiſdem parentibus genitos invicem inceſtis nuptiis detineri. Neque vero ideo minus hoc nefas eſt, quia Ægyptii & nonnulli alii populi id licere voluerunt, ſuorum nimirum Numinum exemplo, cum Saturnus Opin, Jupiter Junonem, Oſiris Iſin duxerit. Et quid ni hoc facerent, apud quos non ſolum philadelphi, verum etiam philometores fuerunt? Objici ſolet dictum Thamaræ ad Amnonem fratrem conſanguineum, *Alloquere Regem; non enim denegabit me tibi.* 2 *Sam.* 13. Reſp. Sive hoc Thamara ſciens commenta eſt, ut ſe præſenti periculo eriperet, ſive revera credidit, hoc quoque patri Regi licere, inde colligi non debet, aut Davidem id conceſſurum fuiſſe, aut rectè facturum, ſi conceſſiſſet. Illud alicujus momenti eſt, quod hic nobis objici poteſt, & verum eſſe conſtat ex ſacra hiſtoria, oportuiſſe nimirum à primis illis hominibus ſorores duci, cum aliæ mulieres non extarent. Reſpondent Theologi, id fuiſſe neceſſitatis, & tacitæ divinæ diſpenſationis. Nam cum juberet Dominus propagari genus humanum, nec plures ſimul fœminas condidiſſet, ſatis intelligitur, hanc fuiſſe ipſius voluntatem, ut fratri ex ſorore ſobolem tollere fas eſſet, quod poſtea ipſa natura docuit non licere. Hoc ergo factum, ut Auguſtinus ait *lib.* 15. *de civitate Dei c.* 16. *quanto eſt antiquius, compellente neceſſitate* (intellige neceſſitatem ex illius temporis circumſtantia,) *tanto poſtea factum eſt damnabilius, religione:* id eſt, naturali averſatione) *prohibente.* Affert ibidem Auguſtinus etiam nonnullas alias cauſas, ob quas fratres & ſorores conjungi non debeant, ut neceſſitudo inter plures diffundatur, ſerpatque & propagetur civium inter ſe charitas, quam ſic extendi etiam Cicero docet. 5. *de finib.* item ut evitetur illa cognationis & affinitatis confuſio, quæ fratrum & ſororum nuptias neceſſario ſequitur. Sed hæ rationes tanti ponderis non ſunt, ut quod contra fit, naturâ illicitum cenſeri debeat. Conſentit in hac quæſtione cum noſtris Covar. *de matrim. p.* 2. *cap.* 6. §. 10. *num.* 15. D. Tulden. *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. imo nec vulgo quæſitam ſororem ducere licet. *l.* 54. *ff. h. t.* in ſucceſſionibus autem inter utrinque conjunctos arctior neceſſitudo habetur, *auth. itaque. C. comm. de ſucceſſ.* ut & olim in eadem cauſa conſanguineorum major ratio, quam uterinorum habebatur: vulgo autem quæſitorum extra ſucceſſionem matris vix jus ullum.

Quamdiu conſtat adoptio] Per adoptionem quæſita fraternitas eo uſque impedit nuptias, donec manet

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

Antea filiam ſuam emancipare] Alioqui dirimetur matrimonium, quod inter fratrem & ſororem, licet adoptivos, non conſiſtit, ut ex Theophilo 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.* γάμῳ λύεται, γήμα τις τὴν ἴδιον γαμβρὸν υἱοθετήσηται. Theod. Balſam. *ad d. l.* 67. *ff. h. tit.*

TEXTUS.

De fratris & 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 videris prohiberi uxorem ducere: quia neque naturali, neque civili jure tibi conjungitur.*

NOTÆ.

3. *Fratris vel ſororis filiam*] Ex *l.* 17. *D. hoc tit. l.* 17. *C. eod. l. ult. C. de inceſt. nupt.* Ulpian. apud *Rafin.* & in *fragm. tit.* 5. ſcribit permiſſum eſſe ducere filiam fratris, non etiam ſororis. Hoc Claudius invexerat. Sueton. *in Claud. c.* 26. Tac. 12. *ann. cap.* 5. *ſequ.* ſed poſtea ſublata hæc differentia, *d. l.* 17. Lege quoque divina non obſcuræ hæ nuptiæ vetantur hoc ipſo, quod prohibemur ducere amitam & materteram, *Lev.* 18. *verſ.* 12. & 13. eadem enim ratio eſt.

COMMENTARIUS.

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

JURE civili nuptiæ in linea tranſverſa inæquali prohibitæ ſunt inter eas perſonas, quæ parentum liberorumve numero ſunt, *l. per adoptionem.* 17. §. 2. *l. ſororis.* 32. *hoc tit. l. nemini.* 17. *C. eod. l. ult. C. de inc. nupt.* §. *item amitam.* 5. *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, quæritur. Ego equidem ſic ſentio, quamvis enim ſingula apud Moſen non ſint expreſſa: tamen quibuſdam poſitis, quæ paria ſunt, pro expreſſis habenda: cum hoc flagitet ipſa ratio, ut de ſimilibus, ſimiliter ſtatuatur; nec in hac prohibitione tam ad numerum graduum reſpiciatur quam ad venerationem perſonarum. Cum igitur Dominus expreſſè vetet amitæ & materteræ nuptias, *Levit.* 18. *verſ.* 12. & 13. intelligitur etiam vetare nuptias amitæ magnæ & materteræ magnæ, & deinceps aſcendentium: item ἀναλόγως nuptias fratris & ſororis filiæ, & deinceps ex his deſcendentium, cum patruo & avunculo, & qui ſupra hos ſunt. Atque hanc etiam prohibitionem perpetuam eſſe & partem legis moralis, ex iiſdem ferè argumentis evincitur, quibus, fratris & ſororis nuptias naturæ atque honeſtati repugnare, antea demonſtravimus. Unum addam: apud Romanos, cum nulla adhuc lege nuptiæ cum fratris filia prohibitæ eſſent, moribus tamen inceſtæ habebantur, *l. ſororis.* 39. §. 1. *l. etiamſi.* 56. *hoc tit.* Adeo ut ipſe Claudius Imperat. auſus non fuerit Agrippinam fratris ſui Germanici filiam uxorem ducere; niſi extorto prius ſenatusconſulto, quo venia daretur talium conjugiorum; neque tamen reperti ſunt, quod mirum eſt in libidinoſiſſima civitate, qui ſequerentur exemplum, excepto uno atque altero peſſimo adulatore, Sueton. in *Claud. c.* 26. Tacit. 12. *annal. c.* 5. *ſequ.* 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 cœperunt. Nam auctore Capitolino Antoninus Pius filiam ſuam fratri uxorem dedit; quod antea, nondum ſublato ſenatusconſulto & Titum feciſſe Suetonius memorat, *Domitian. cap.* 22. Cæterum quia ſenatusconſult. 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. §. 6. aut quod magis puto, jam tempore mediæ jurisprudentiæ vim amiſerat: argumento eſt, quod Cajus ſcribit, *l. quin etiam.* 55. §. 1. *hoc tit.* fas non eſſe ducere neptem patris adoptivi ex filio: quanto igitur minus neptem veri patris & naturalis, ſeu veri fratris filiam ducere licuit? Utut eſt, tandem expreſſè edictum illud abrogatum eſt, & quidem à Principibus ethnicis Diocletiano & Maximiano, *l. nemini.* 17. *C. hoc tit.* adeo altè à natura leges iſtæ cordibus humanis inſcriptæ ſunt, congruit *l. ult. C. de inceſt. nupt. art.* 7. *ordin. pol.* VINN. *Lex* 17. *C. de nupt.* deſumta eſt ex Codice Greg. *libro* 5. *tit.* 1. §. 9. ubi ea multo integrior exſtat. Ibi vero nihil de fratris, ſed de ſororis filia, quam diſtinctionem etiam admittit Ulp. *tit.* 5. §. 6. Ex quibus colligimus (1.) *l.* 17. *C. de nupt.* à Triboniano; locum autem Caji *lib.* 1. *Inſt. tit.* 4. §. 3. ubi & cum fratris filia matrimonium prohibetur, ab Aniano eſſe interpolatum. (2.) Nervæ legem non hoc matrimonium cum fratris, ſed alterum cum ſororis filia, σὺν ἀδελφιδῇ, inhibuiſſe. (3). Primos nuptias cum fratris filia prohibuiſſe Conſtantinum & Conſtantem *l.* 1. *C. de Inceſt. nupt.* HEIN.

Quam-

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

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

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

TEXTUS.

De conſobrinis.

4. *Duorum autem frâtrum, 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.*

REdit 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.* 19. *C. eod.* ſcilicet quia hic ceſſat ratio, ob quam prohibeor neptem fratris ducere, quod ego illi parentis, illa mihi filiæ loco ſit. 1 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 *Num.* 36. 11. Auguſtinus, *lib.* 15. *de civ. Dei.* de connubiis conſobrinorum agens, ait, ea nec divinam legem prohibuiſſe, neque ad ſua uſque tempora humanam. Prohibuerat has nuptias Theodoſius Major, ut ſcribit Aurel. Victor: ſed legem patris filii Arcadius & Honorius ſuſtulerunt, revocata priſci juris, ut inquiunt, auctoritate, *d. l. celebrandis.* 19. *C. hoc tit.* Pontifices autem Romani longius progreſſi ſunt, & conjungi vetuerunt non ſolum conſobrinos, ſed etiam ſobrinos & eorum liberos, quos quarto gradu numerant, cum octavo inter ſe diſtent, *c. non debet. de conſ. & affin. Concil. Lateran. c.* 50. cujus Concilii auctoritate Innocentius abrogavit priorum Pontificum decreta, qui uſque ad ſeptimum gradum nuptias inhibebant, hoc eſt, eorum, qui jure civili decimo quarto gradu invicem contingunt, *c. progenicm. & ſeq. c. nulli, & ſeq.* 35. *q.* 2. *&* 3. Monet hic locus, ut diſcrimen dinume- 2
rationis graduum, quod eſt inter jus civile & canonicum obiter explicemus: quippe quod ad cauſas matrimoniales ſolum pertinet: nam in ſucceſſionibus civilem computationem ſequuntur etiam in terris Eccleſiæ, teſte Schneid. *hic*; & D. Tulden. *ad tit. Inſtit. de grad. cogn.* Jure civili generata perſona gradum adjicit, ut tot eo jure ſint gradus, quot ſunt generationes, §. *hactenus* 7. *inf. d. tit.* In linea recta aut adſcenditur, quæ idcirco adſcendentium appellatur, ordinemque parentum complectitur; aut deſcenditur, quæ dicitur deſcendentium, & ordinem comprehendit liberorum. In linea tranſverſa ſeu collaterali primum adſcenditur, deinde deſcenditur. Exempli gratia; ego genitus ſum à patre meo: ecce unum gradum. Idem pater meus genuit Titium fratrem meum: ecce alterum: unde conſequitur fratres duobus gradibus inter ſe diſtare. Pari ratione ſi quæras, quot gradibus à te diſtet patruus tuus, adſcende 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 adſcendentium & 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 diſſidet: & nepos fratris mei tertio, quia à patre meo ipſe tertius eſt.

Conjungi poſſunt] Theoph. negativè reddidit. ὃ δύνανται συνάπτεσθαι, quia ſic in Oriente obtinebat. Nam poſt Juſtinianum ſub Impp. Græcis hæc matrimonia iterum improbata fuere. Harmenop. *lib.* 4. *tit.* 9. Attal. *tit.* 26. Matth. monach. *tit. de grad. ſept. conſang.* VINN. De tota hujus juris hiſtoria conferendus eſt Jac. Gothofred. *ad l. un. C. Th. ſi nupt. ex reſtr. pet. lib.* 3. *tit.* 10. *Tom.* 1. *p.* 288. HEIN.

TEXTUS.

De amita, matertera, amita magna, matertera magna.

5. *Item amitam, licet adoptivam, ducere uxorem non licet. Item nec materteram: quia parentum loco habentur. Quâ ratione*

verum eſt magnam quoque amitam, & materteram magnam prohiberi uxorem ducere.

COMMENTARIUS.

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

Licet adoptivam] Hoc conſulto hic additum, in matertera omiſſum: 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.* VINN. Sed turbat Cajus in *l.* 55. §. 1. *ff. de ritu nupt.* ubi ne patris quidem adoptivi materteram duci uxorem poſſe, ſtatuit. Enimvero matertera patris adoptivi, huic loco parentis, & hinc filio quoque adoptivo veneranda eſt, adeoque non magis duci poteſt, quam patris adoptivi vidua. *l.* 14. *pr. ff. h. t.* Qualis reſpectus non eſt inter ſororem patris adoptivi & filium ab eo adoptatum. HEIN.

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 utræque filiæ loco ſunt. Quod ita ſcilicet accipi debet, ſi fuit nurus aut privigna tua. Nam ſi adhuc nurus tua eſt, id eſt, ſi adhuc nupta eſt filio tuo, 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.*

NOTÆ.

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

Quia duas uxores] *l.* 2. *C. de inc. nupt. l.* 18. *C. ad l. Jul. de adult.* Multæ quoque aliæ gentes virum unicæ mulieri copularunt. Dion. Halic. *lib.* 2. Raræ binæ in Occidente nuptiæ. De Germanis teſtatur Tac. *de moribus Germ. cap.* 18. Valentinianus permittere voluit. Niceph. Caliſt. *lib.* 11. *cap.* 33. Jul. Pol. in *chron.* In rep. Chriſtiana tolerari non oportere evincunt, quæ apud *Matth. c.* 5. *&* 19. *Marc.* 10. *Luc.* 16. Paul. 1 *Cor.* 7. VINN. Valentiniani conſilium non feliciorem habuit exitum, quam olim Julii Cæſaris, qui per Helium Cæcinam ſimile quid tentaverat. Suet. *Jul. cap.* 52. Quin ſunt qui illam narrationem de Valentiniano, cujus auctor Socr. *H. E. lib.* 4. *c.* 31. falſam judicant, in primis Tillemont *dans l' hiſtoire des Empereurs Tome V. part.* 1. *not.* 28. *p.* 345. HEIN.

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 rectâ 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 tranſverſæ lineæ prohibitionem fuiſſe.*
8. *Polygamiam in rep. Chriſtiana non eſſe tolerandam.*

HActenus de nuptiis, quæ propter cognationem prohibentur. Cognationis ſimulacrum quoddam eſt affinitas: cujus ea etiam vis eſt, ut quoſvis affines quibuſvis jungi naturæ honeſtas non patiatur. Sunt autem affines viri & mulieris cognati, dicti ab eo, quod duæ cognationes, quæ inter ſe diverſæ ſunt, per nuptias copulantur, & altera ad alterius cognationis fines accedit, *οἱ κατ' ἐπιγαμίαν συγγενεῖς*, *l.* 4. §. 3. *de grad. & affin.* ubi nomina quoque affinium peculiaria recenſentur. Gradus affinitatis proprie nulli ſunt, 1 quia affines ab affinibus non generantur, *d. l.* 4. §. 5. nihil tamen prohibet, quo minus quaſi quoſdam gradus affinium numeremus: ſic enim & Paulus loquitur *l.* 10. *pr. d. tit.* dicamuſque, quo gradu quiſpiam eſt cognatus marito, eo gradu eſſe affinem uxori & quaſi cognatum, & contra. Veteres canones etiam genera affinitatis numerant, eaque tria: ut ecce; uxoris meæ filius mihi eſt in primo genere affinitatis: illius uxor in ſecundo genere: mortuo privigno meo ſi illa nubat Titio, hic mihi erit in tertio genere affinitatis; ſic uxoris meæ frater mihi eſt in primo genere affinitatis; uxor illius in ſecundo; quæ ſi mortuo marito alteri nubat, is mihi erit affinis in tertio genere. Sed ſecun- 2 dum & 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 tit.* uxorem quondam privigni conjungi matrimonio vitrici non oportere: hoc enim non eam rationem habet, quod affines ſint; ſed quod honeſtas & pudor naturalis non patiatur mecum 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, 3 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 ſoce-

ro uno gradu, à proſocero duobus diſtabo: idemque de cæteris tum adſcendentibus tum deſcendentibus ſtatuendum. In linea transverſa, quia maritus à fratre ſuo duobus gradibus diſtat, totidem diſtabit uxor à leviro: quod ipſum quoque dicendum eſt de glore, ſororio, fratria. Item quia uxor mea à patruo ſuo vel avunculo tribus gradibus diſſidet, ego quoque à ſoceri fratre vel ſorore totidem gradus abero; & ſic deinceps. Videamus nunc quinam gradus affinitatis prohibiti, & anne iidem omnes, qui & cognationis.

4 In linea recta eadem jure civili prohibitio in affinitate, quæ in cognatione. Itaque nec ſocer nurum nec ſocrum gener, nec vitricus privignam, nec privignus novercam ducere poteſt, *l.* 14. §. *ult. hot tit. l. nemini.* 17. *C. eod.* quod & Juſtinianus *hoc & ſeq.* §. docet, prohibitionis hanc rationem afferens, quod invicem parentum & liberorum loco ſunt: cui proinde conſequens eſt, nec inter proſocerum & pronurum, nec inter vitrici patrem & proprivignam, & ſic porro, nuptias licitas eſſe, *d. l.* 14. §. *ult. art.* 8. *& 9. ordin. pol. Levit.* 18. *verſ.* 8. 15. *&* 17. Atque hanc etiam prohibitionem perpetuam eſſe & moralem, evincit locus Apoſtoli 1 *ad Cor.* 5. ubi tale ſtuprum ne inter gentes quidem nominari ait, ut quis uxorem patris habeat, & M. Tullius in *orat. pro Cluent. cap.* 6. cum ſocrum genero nupſiſſe narraſſet, ſubdit; *O mulieris ſcelus incredibile, & præter hanc unam, in omni vita inauditum!* atque in hoc quoque nobis aſſentiuntur plerique Pon-

5 tificiorum, 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 conjungi, 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 cenſeri debet ſororis cum marito ſororis ſuæ conjunctio, ex ratione, quam affert Moſes, quia inquit, fratris tui pudenda ſunt: quod nihil aliud declarat, quam quia uxor fratris tui eſt; ut jam affinitate tu illi frater, illa tibi ſoror facta ſit, quos conjungi naturæ honeſtas non patitur. Apud nos hæc prohibitio etiam expreſſa eſt, *art.* 10. *d. ord. pol.* In tranſverſa affinitatis linea inæquali Dominus expreſſè apud Moſen *d. c. verſ.* 14 vetat conjungi fratris filium cum uxore defuncti patrui, cui conſequens eſt: 1. nec ſororis filium cum uxore defuncti avunculi conjungi poſſe, 2. nec patruum aut avunculum cum uxore filii fratris aut ſororis, 3. nec amitam aut materteram cum marito filiæ fratris aut ſororis: de quibus poſterioribus ſpeciebus etiam nominatim apud nos cautum eſt, *art.* 11. *d. ord. pol.* Sed an æquè ex conſequenti prohibitæ intelligi debeant nuptiæ mariti cum amita aut matertera uxoris ſuæ, aut cum fratris vel ſororis uxoris ſuæ, ſive leviri aut gloris filia, nonnulli dubitant, propterea quod hæc conjunctio non videtur tam longè recedere ab honeſtate & verecundia, quam præcedentes illæ. Minus enim, ajunt, verecundum eſt patruum meum cum ea, quæ mihi aliquando uxor fuit, conſueſcere, & duos conſanguineos cum eadem miſceri, quam illum, qui amitam meam in matrimonio habuit, jungi cum ſorore mea, & unum ſucceſſivè cum duabus conſanguineis. Atque ut putet aliquis, ordini naturæ minus convenire, ut quis ducat & maritali imperio ſubjiciat amitam aut materteram uxoris ſuæ, quod iſtæ illi loco parentum ſunt, hanc tamen rationem ceſſare in filia leviri aut gloris. At 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 eoſdem gradus affinitatis prohibitos cenſeri debere, qui prohibiti ſunt in cognatione: & propoſitionem illam *Levit.* 18. 6. *Ad proximam ſanguinis ſui nemo accedat*, etiam ad affines, qui pro conſanguineis ſunt, pertinere. & tam latè patere, quam latè patet prohibitio inter ſanguine junctos. Baſilius *in epiſt.* ad Diodorum. congruit *art.* 8. *ordin. pol.* Planè ut non æquè graviter omnes peccant, nec puniendi ſunt, qui prohibitam in ordine cognatorum ducunt, ſed levius, qui ex tranſverſa, gravius, qui ex recta linea uxorem ſumunt: ita etiam gravius delictum eſt, ex recta affinitatis linea, quam ex tranſverſa uxorem ſumere. Sunt verò etiam hæc interdi- 6
cta, quæ affines transverſæ lineæ ſpectant, moralia & perpetui juris: neque enim Deus gentes ob ſingula facta cum ſingulis interdictis pugnantia puniviſſet, niſi in ſingulis peccaſſent contra jus naturæ: notentur particulæ univerſales, quibus ſingulos caſus deſignat legiſlator, cum idcirco gentes punitas ſubjicit. At enim, inquies, ſi lex de non ducenda fratria *Levit.* 18. 16. perpetuam & naturalem cauſam prohibitionis habet, qui fit, quod fratria certo caſu duci jubetur? *Deut.* 25. 5. Jus enim naturale eſt immutabile. Reſpondent doctiores Theologi, jus naturale duplex eſſe, unum tale, ut abſolutè in ſe ac eſſentia ſua æquum & juſtum ſit, quicquid eo continetur, ac proinde prorſus immutabile, alterum, quod æquitatem & juſtitiam continet in rerum natura ſola Dei voluntate impreſſam, ut à creatura naturæ ductu approbaretur, ac poſterius hoc jus uti à legiſlatoris voluntate dependet, ita & per eam aliquando ex cauſa peculiari mutari: ſic quamvis jus naturæ vetet ſuum cuiquam auferre; Deum tamen de iſto jure diſpenſaſſe, *Exod.* 12. *v.* 35. 36. quum Iſraëlitis mandaret, ut Ægyptiis ſua auferrent. Atque ita etiam fortè Deus in ſanctis olim quædam matrimonia conceſſit propter ſancti generis paucitatem. Eademque ratio eſt legis de fratria certe caſu ducenda, excitandoque fratri ſine ſobole defuncto ſemine, videlicet ut in nomen primogeniti conſervaretur familia, & primogenita Chriſti nunquam intermoritura ſignificaretur. Auguſtin. *quæſt.* 61. *in Levit.* Cæterum nemo hominum hic quicquam ſibi vindicare poteſt. Igitur, ut tandem concludamus, dicimus, leges omnes de conjugiis à Deo per Moſen Iſraëlitis datas morales & æternas eſſe, atque haud ſecus conſtringere omnium hominum vitam, quam ipſa Decalogi præcepta, cum Ant. Contio 2. *ſubſec.* Beza *de repud. & divort.* Zanchio *lib.* 4. *de oper. Dei c.* 1. *theſ.* 7. Bucan. *loc. de conjug. quæſt.* 22. In qua ſententia etiam Innocentius Tertius fuit, ut apparet ex *c. literas.* 13. *de reſtit. ſpol.* multique è Pontificiis, adeoque doctiſſimi ſcholaſticorum, qui proinde etiam apertè docuerunt, nec ipſum Pontificem Romanum diſpenſare poſſe, ut

matri-

matrimonium 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 afferunt M. Tullius *lib.* 1. *de divin. cap.* 46. & Val. Maximus *lib.* 1. *c.* 5. de Metello, qui mortua uxore Cæcilia filiam ſororis Cæciliæ 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 patrui 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 legimus, Marcum illum Craſſum cognomento Divitem defuncti fratris viduam duxiſſe: neque hoc tanquam novum aut præter morem factum auctor commemorat. Nimirum ut nuptiis contrahitur affinitas, ita ſolutis nuptiis eam diſſolvi voluerunt, ſalva tamen reverentia ex affinitate nata inter eas perſonas, quæ parentum, & liberorum loco 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 ſuperſtite affinitatem non deleri.* VINN. Conjectura Vinnii, quod jura adfinitatis morte unius conjugis exſtincta ſint, nihil eſt verius. Confirmant illam non ſolum exempla à Vinnio, & poſtea à V. C. Bern. Henr. Reinoldo *Var. cap.* 24. *p.* 196. *ſequ.* adducta, verum etiam edictum Conſtantini, Conſtantis & Juliani *l.* 2. *C. Th. de inceſt. nupt.* quo primum id mutatum. Ubi adde Gothofr. *Tom.* 1. *p.* 296. HEIN.

Quia utraque filiæ loco] Regula juris civilis eſt, eos qui in numero parentum aut liberorum ſunt, conjungi matrimonio non poſſe, *l. nuptiæ.* 53. *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 reverentiæ cujuſdam honeſtatis reſpectum, qui ceſſet in iis, qui ex tranſverſo gradu invicem affines ſunt, tamen & alias eſſe hujus prohibitionis cauſas, & quidem maximi momenti, eoſdemque gradus affinitatis jure divino prohiberi, qui & cognationis, paulo ante docuimus, *dict. Levit.* 18. *verſ.* 15. *&* 17. *&* 1. *ad Corinth.* 5.

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

Eadem duobus nupta] Unam apud plures nuptam eſſe, è diametro pugnat cum recta ratione, quia (ut alia omittam, quæ dictu fœda) officit procreationi liberorum, qui principalis matrimonii finis eſt. Neque apud ullam gentem licitum unquam fuiſſe legimus, ut una mulier duobus aut pluribus viris nuberet. Tertull. *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 pleraſque gentes id licitum fuiſſe legamus; adeoque ipſe Deus hanc polygamiæ ſpeciem populo ſuo permiſerit. Sed non deeſt quod reponatur, vide quæ dixi ſub §. 1. *ſup. de patr. pot.* Utut eſt, conſtat ex iis, quæ à Chriſto dicuntur apud *Matth.* 5. *v.* 32. *&* 19. *v.* 9. *Marc.* 10. *v.* 4. *Luc.* 16. *v.* 18. & quæ ſcribit Paulus 1 *Corinth.* 7. polygamiam in repub. Chriſtiana non eſſe tolerandam: quæ etiam multis gentibus improbata fuit. Raræ binæ ſimul in Occidente nuptiæ. Neque enim apud Romanos tantum conſtitutum fuit, ne quis binas eodem tempore uxores haberet, ſed etiam apud Græcos, & jam à tempore Cecropis Athenienſium regis, vid. Pet. Fabr. 2. *ſemeſt.* 1. Germanos quoque noſtros ſingulis uxoribus contentos fuiſſe ſcribit Tacit. *de morib. Germ. cap.* 18. Sed & plures alias gentes virum unicæ mulieri copulaſſe teſtatur Dionyſ. Halicarnaſ. *lib.* 2.

TEXTUS.

De ſocru & 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, ideò impediuntur tibi nuptiæ, quia duas uxores habere non potes.*

NOTÆ.

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

COMMENTARIUS.

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

TEX-

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.*

NOTÆ.

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

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

COMMENTARIUS.

COgnati 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. h. t. l.* 134. *pr. de verb. oblig.* Hinc igitur eſt, quod inter comprivignos contrahi nuptiæ poſſunt, quod pater & filius matrem & filiam, duo fratres duas ſorores ducere non prohibentur. Quanquam hic rectè facturos arbitror, qui magis id quod honeſtum eſt, quam quod licet, inſpiciant, ne ordo cognationis, cujus 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, ἀλληλοπρογόνων, ſed fratris & ſororis conſanguineæ, id eſt, ab eodem patre ex alia & ſecunda uxore ſuſceptæ, prohibentur nuptiæ: de qua conjunctione nihil dictum erat *verſ.* 9. ubi prohibentur nuptiæ ſororis germanæ & uterinæ duntaxat. Verba Moſis ſunt, *Turpitudinem filiæ uxoris patris tui, quam peperit patri tuo, & eſt ſoror tua, non revelabis.* In verſione 70. eſt, ὁμοπατρίαν ἀδελφήν. VINN. Sed error tamen non adeo perſpicuus videtur. Quum enim in fontibus legatur מוֹלֶדֶת participium activum, non paſſivum מוּלֶדֶת vix poteſt textus aliter verti, quam hoc modo: *Non deteges turpitudinem filiæ uxoris patris tui, quæ peperit patri tuo, tanquam ſororem tuam.* HEIN.

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

TEXTUS.

De quaſi privigna, quaſi nuru, & quaſi noverca.

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

NOTÆ.

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 deſierunt bona gratia matrimonia 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 πρόγονος.

Abſtineri debere] Propter honeſtatem; quæ in conjunctionibus ſpectatur, *l.* 42. *D. hoc tit.* ἐν τοῖς γάμοις ὰ μόνον τὸ ἐπιτεταγμένον ζητοῦμεν, ἀλλὰ καὶ τὸ εὐπρεπὲς, 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. & affin.* 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 filiæ eſſe, eo quod mater tibi nupta eſt, nec poſſe te eam uxorem ducere, licet morte matris aut alio modo ritè ſolutum ſit matrimonium. Quæritur igitur, ſi uxor tua poſt divortium alteri nupſerit, & ex eo filiam procreaverit, an ne eam quidem uxorem ducere poſſis? Ratio dubitandi, quia non eſt privigna tua, utpote genita poſtquam mater ſecundo nupſit. (Nam ut Feſtus ſcribit, *privignus inde dictus eſt, quod prius genitus ſit, quam uxor ſecundo nuberet*, Græcis πρόγονος:) aut ſi rem mavis, quam notationem, inſpicere, nulla tibi affinitate conjuncta 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.

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

ſa propriè noverca. *l.* 12. *hoc tit.* Quid eſt igitur, quod jurisconſulti reſpondent, nomine affinium etiam futuros conjuges comprehendi? *l.* 6. *l.* 8. *de grad. & aff. l.* 3. *l.* 4. *de leg. Pomp. de parr. l.* 13. §. 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 agitur 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 attigit, ac fortaſſis ne vidit quidem, ut hic ſola honeſtas cauſam prohibitioni præbeat, illic etiam corporum commixtio, quæ præcipuè in hoc negotio reſpicitur, & à Moſe detectionis nomine honeſtè ſignificatur. 2 De eo ambigitur, an etiam ex illegitima conjunctione contrahatur affinitas? Sed dicendum eſt, contrahi. Nam ſi ex quovis coïtu, 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 concubinatu habere, *l.* 1. §. 3. *de concub.* 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 conjungi, 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.*

NOTÆ.

10. *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 facilè ulla ſervilis videtur eſſe cognatio. *l.* 1. §. 2. *D. unde cogn.*

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

COMMENTARIUS.

SI ex quavis etiam illegitima conſuetudine 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 quæritur, 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 coërcendi ſint, quo cives Romani & legum nexu juncti. *l.* 6. *ad leg. Jul. de adult. l. ſervi* 23. *l. quæ adulterium.* 29. *C. eod.* Atque hoc eſt, quod Paulus ſcribit *l.* 10. §. 5. *de grad.* ſerviles cognationes ad leges non pertinere. Jure pontificio etiam inter ſervos matrimonium eſt, *cap.* 1. *x. de conjug. ſerv.*

TEXTUS.

De reliquis prohibitionibus.

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

COMMENTARIUS.

Sunt & aliæ perſonæ.] Quales ſunt tutor vel curator, liberive eorum, qui cum pupilla vel adulta nuptias contrahere vetantur, ne videlicet eo pacto rationum redditio intervertatur, *l. tutor.* 36. *& ſeq. l. ſenatusconſulto.* 59. *& ſeq. hoc tit. l.* 1. *& paſſim. C. de interd matr. int. pup. & tut.* Item præſes, vel qui officium in provincia adminiſtrat, provincialem uxorem ducere prohibetur, *l. ſi quis* 38. *l. qui in provincia* 57. *hoc tit. l. un. C. ſi 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. Zypæ. *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 quæ diximus, aliqui coierint, nec vir, nec uxor, nec nuptiæ, nec matrimonium, nec dos intelligitur. Itaque ii, qui ex eo coitu naſcuntur, in poteſtate patris non ſunt: ſed tales ſunt, (quantum ad patriam poteſtatem pertinet,) quales ſunt ii, quos mater vulgò concepit. Nam nec hi patrem habere intelliguntur: quum & iis pater incertus ſit, unde ſolent* ſpurii *appellari παρὰ τὴν ἐπο-*

σπορᾶν, & ἀπάτορες, quasi sine patre filii. Sequitur ergò, ut dissoluto tali coitu, nec dotis, nec donationis exactioni locus sit. Qui autem prohibitas nuptias contrahunt, & alias pœnas patiuntur, quæ sacris constitutionibus continentur.

NOTÆ.

12. *Nec vir nec uxor*] Sunt enim hæc ἔνομα ὀνόματα, justi 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.* VINN. Sanctionem hanc ex lege Papia Poppæa esse, pridem observarunt Merill. *Obs. lib.* 5. *c.* 11. & Jac. Gothofr. *ad leg. Pap. Popp. c.* 4. Attamen hæc lex quamvis injustas pronuntiaret nuptias contra leges contractas, easdem tamen non rescindebat. Hinc nec vir nec uxor quidem intelligebatur, sed tamen non divellebantur. Dos non intelligebatur, sed ea tamen non nisi mortua muliere caduca fiebat. Ulpian. Fragm. *tit.* 16. §. *ult.* Primum ergo oratione D. Marci cautum, ut inter hujusmodi personas nec nuptiæ essent. *l.* 16 *pr. ff. de R. N. l.* 3. §. 1. *ff. de donat. int. vir. & ux. l.* 42. §. 11. *ff. de R. N.* Ex eo ergo tempore hujusmodi uxor ne retineri quidem poterat. HEIN.

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

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

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

Quasi sine patre] Non quod sine patre sint, ἄνευ δὲ πατρὸς τέκνον οὐκ εἴη ποτ' ἄν, ait Euripides; sed quoniam vulgivagâ Venere natis pater incertus est. *Spurius* apud Romanos est primum nomen, sicut *Sextus, Decius &c.* iisdemque notis & prænomen *Spurius*, & vulgo quæsitos designabant, nisi quod illud ita notabant SP. hos S.P. interposito puncto. Hinc ex loco natum, ut vulgo concepti *Spurii* dicerentur. Plutarch. *quæst. Rom. cap.* 11. VINN. Nescio an huc referenda sit elegans inscriptio apud Grut. *p.* ccccxxxiv, 4. ubi C. MAMERCIUS JANUARIUS dicitur SP. F. Non possunt hæ litteræ legi SPURIUS FILIUS, uti visum est Scaligero in Indice, quia non erat vulgo quæsitus, sed P. PACCII JANUARII FILIUS NATURALIS, uti ex ipsa inscriptione patet. E concubinis vero nati Spurii non dicebantur, nec parentes hoc vocabulum adscripsissent filio, in dignitate constituto, *Ædili, Prætori, Duumviro & Quæstori iterum.* Neque hæ litteræ legi possunt *Spurii filius.* Pater enim naturalis dicebatur Publius, non Spurius. Consequens ergo est, ut veteri more à Plutarcho observato vocetur S. P. FIL. id est *sine Patre filius.* HEIN.

COMMENTARIUS.

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

ILlegitimæ conjunctionis duplex pœna: nam & ipso jure tales nuptiæ nullæ sunt, & præterea qui ita coëunt, pro qualitate delicti castigantur. Primum dicimus, hujusmodi nuptias ipso jure non subsistere, sicut cætera subsistunt, quæ contra leges fiunt, *l. non dubium.* 5. *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 filiisfam. sine patris consensu contractæ, ut & ipsæ neutiquam jure consistant, *l.* 2. *hoc tit. fac. l. dotis.* 68. *de jur. dot. l.* 13. §. *si quis.* 6. *ad leg. Jul. de adult.* & liberi ex tali coïtu suscepti injusti sint: quam in rem expressus textus est in *l.* 11. *de stat. hom.* Atque hic locus vel unus sufficit ad refellendum 1 eorum errorem, qui contendunt, nuptias sine patris consensu contractas, utut 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 censeri ex tempore conceptionis, sed tamen tales esse à tempore nativitatis: quæ interpretatio tam à ratione juris, quam a mente & verbis Jurisconsulti planè aliena est: nec juvatur, sed refellitur illa ipsa *l.* 6. *C. hoc tit.* quam ad confirmationem interpretationis suæ vir doctissimus affert. 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 matrimonia jure non contrahi, sed contracta non solvi; non ita accipiendum est, quasi ratum sit matrimo-

nium, quod ſine voluntate patris contractum eſt; hoc enim diſertè 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 ſocer.* 19. *de don. int. vir. & ux. l.* 5. *C. de repud.* D. Duar. *ad tit. ſol. matr. c.* 2. *de nupt.* 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 Panegyrin & Pinacium ob hoc ſolum vult abducere, quod mariti paulo diutius abeſſent domo: ad quem Panegyris, *act.* 1. *ſcen.* 2. *v.* 73. 74.

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

Apud Nonium ſic Afranius;

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

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

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

Quamvis autem eo jure, quo nos hodie utimur, divortia liberorum, quorum matrimonio 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 matrimonia invitis aut inſciis parentibus contracta injuſta & irrita eſſe, liberoſque inde natos illegitimos pronuntiat: quoniam ab hac parte & legis divinæ 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 matrimonia ex juſtiſſimis cauſis ſemper deteſtatam eſſe & prohibuiſſe, tamen anathemate feriant, qui ea vera eſſe & rata negant, *ſeſſ.* 14. vid. Tim. Fab. *in diſp. anniverſ. ad hunc* §. D. J. à Sande *lib.* 2. *rer. jud. tit.* 1. *cap.* 4. ubi utriuſque ſententiæ præcipuos auctores citat tum Theologos, tum Juriſconſultos, D. Joan. Chriſten. *de ſponſ. diſſ.* 1. *quæſt.* 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 quæritur, & 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.*

2 *Quum & iis pater incertus ſit*] Hæc verba non obſcurè 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 videntur dici poſſe habere incertum patrem, quod & verum eſt. Sed tamen quantum ad patriam poteſtatem attinet, (quod ideo etiam nominatim expreſſit Juſtinianus hic,) non modo volgivaga Venere concepti patrem habere non intelliguntur; verum etiam omnes, qui extra nuptias quæſiti ſunt, licet patrem demonſtrare poſſint, ex incerto tamen patre nati dicuntur, & pro vulgo quæſitis ſpuriiſque habentur, *l. vulgò* 23. *de ſtat. hom. l.* 3. *C. ſol. matr.*

Παρὰ τὴν σποράν] Apud Theophilum eſt, quaſi σποράδην, id eſt, *ſparſim, vulgò, promiſcuè* concepti quod magis probo cum Weſemb. & Hotom. Aliam hujus nominis rationem affert Plutarch. *in quæſt. Rom.* 11. Scibit enim, hanc appellationem inde natam eſſe, quod Romani iiſdem notis & prænomen *Spurius*, & vulgo quæſitos deſignabant, niſi quod illud ita notabant SP. hos S. P. interpoſito puncto, tanquam *ſine patre.* Atque hinc eſt quod Hotom. & Weſemb. pro eo, quod vulgo legitur, ἀπάτορες, *quaſi ſine patre filii*, ſubſtituerunt, *quaſi* S. P. i. e. *ſine patre filii*, quomodo & Theophilus legiſſe videtur.

Nec dotis, nec donationis] Quod dotis aut donationis 3
propter nuptias ob injuſtum conjugium datum eſt, caducum fit, id eſt, fiſco vindicatur, *l.* 4. *auth. inceſtas. C. de inc. nupt. l. neceſſe* 52. *l. dote.* 61. *hot 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. nupt.* In fœminis 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. ut indig.* add. Sich. *in d. l.* 4. Chriſtin. *vol.* 1. *deciſ.* 337. & *vol.* 3. *deciſ.* 129. *n.* 6.

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

TEXTUS.

De Legitimatione.

13. *Aliquando autem evenit, ut liberi, qui ſtatim, ut nati ſunt, in poteſtate parentum non ſunt, poſtea redigantur in poteſtatem patris: qualis eſt is, qui dum naturalis fuerat, poſtea curiæ datus, poteſtati patris ſubjicitur: nec non is, qui à muliere libera procreatus, cujus matrimonium minimè legibus interdictum fuerat, ſed ad quam pater conſuetudi-*

tudinem 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 curiæ datus] In curiam cooptatus, curialis factus, *l.* 9. *C. de nat. lib.* Modus hic legitimandi manat ex conſtitutione Theodoſii, *l.* 3. *C. eod.* & Leonis, *l.* 4. *eod.* deque eo latius agit Juſtinian. *Nov.* 89. *c.* 2. *& ſeq.* Cauſam præbuere onera curialium. Theophylact. *in Marc. cap.* 15. Sozom. 1. *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 legitimationis agitur. In conſtitutionibus Græcis appellatur λὰ γαμικῶν ποιήσεως.

Quod & aliis liberis, qui poſtea] Cujacius legit, *Quod ſi alii liberi ex eodem matrimonio fuerint procreati, &c.* ut ſit ſenſus, liberos antea ſuſceptos à Juſtiniano æquari poſtea natis, ut poſteriores in hæreditate patris potiores non ſint, ſed una eademque lance trutinentur, ut eſt in *d. l.* 10. Malim tamen legere cum Hotom. *Quod & ſi alii liberi nulli ex eodem matrimonio fuerint procreati, &c.* §. 2. *inf. de her. quæ ab inteſt.* de quo dubitatum fuit propter *d. l.* 10. ut conſtat ex *l.* 11. *C. eod.* ubi hæc quæſtio deciditur. Utut eſt, beneficio Principali non indigent, qui ex juſtis nuptiis procreati ſunt. Introduxit poſtea Juſtinianus & tertium legitimationis genus per reſcriptum Principis, *Nov.* 74. *c.* 2. *Nov.* 89. *c.* 9. & 10. VINN. Nec Cujacii nec Hotomani conjectura rem extricat. Eam expedivit ampliſſimus Corn. van Bynkersh. *Obſ. II.* 11. reſcribi jubens: *Quod, ut aliis liberis, qui ex eodem matrimonio fuerint procreati, ſimiliter noſtra conſtitutio præbuit.* Et ita hic §. plane congruit *legi* 10. *C. de naturalibus lib.* ad quam Juſtinianus hic reſpicit. HEIN.

COMMENTARIUS.

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

6. *De legitimatione per reſcriptum Principis.*

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

Qui dum naturalis] Objectum legitimationis ſunt liberi naturales: non omnes tamen, qui ita appellantur, aut appellari poſſunt. Nam primum huc non pertinent liberi ex juſto matrimonio nati, qui & ipſi nobis naturales ſunt, & ita appellari ſolent, quando adoptivis opponuntur, *pr. & §. ſed ſi* 7. *tit. ſeq.* §. 2. *inf. de her. quæ ab int. l. ſi pater.* 29. *l. non poteſt.* 31. *de adopt.* Plerumque autem naturales liberi dicuntur, qui non ſunt nati ex legitimo matrimonio, *tot. tit. C. de nat. lib.* Cæterum nonnulla hic inter patrem & matrem differentia eſt. Matri omnes ſunt naturales, etiam ex illicitis & inceſtis nuptiis procreati, etiam vulgo quæſiti, qui & matri ſuccedunt ex SCto Orficiano, §. *pen. inf. de ſen. Orf.* Patri illi duntaxat, qui ex concubina ſuſcepti, *arg. hujus* §. DD. *in l. pen. de concub.* poſt Gloſſ. *ibid.* Quod autem iidem DD. requirunt, ut mulier ſpecie uxoris habeatur in domo, negantque in hoc argumento patri naturales eſſe, qui foris ſuſcepti ſunt, aut etiam domi ex famula, uſus non obſervat: adeoque apud nos meliore conditione non eſt concubina, quam quævis alia quæ corporis ſui poteſtatem alicui facit, teſte D. Grotio. 1. *manuduct.* 12. Igitur qui ex ſtupro, aut alia conjunctione, quam leges improbant, naſcuntur, patri hic naturales non ſunt, ſed ſimiles illis, quos mater vulgo concepit, quos conſtat non eſſe objectum legitimationis, cum nec patrem demonſtrare poſſint, §. *præc.* Quamvis inſpecta rei veritate omnes, qui ex nobis nati ſunt, licet vulgo quæſiti, nobis ſint liberi naturales; atque in iis, 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 legitimationis ſunt liberi ex concubina nati: quod & legibus concubinatus permittitur, & ex eo nati certum patrem habent. 1

Poſtea curiæ datus] Primus legitimandi modus eſt oblatio curiæ. Curia in municipiis & coloniis idem erat, quod Romæ ſenatus, & decuriones, qui ſenatores;

inde dicti, quod ex iis, qui in coloniam deducebantur, decima pars consilio publico sive curiæ adscribebatur, auctore Pompon. *l. pupillus* 239. §. *decuriones.* 5. *de verb. sign.* In Impp. constitutionibus vulgo *curiales* appellantur. Causam hujus legitimationis impulsivam fuisse Hotom. scribit, inopiam decurionum, eaque onera, quæ huic ordini, alioquin honorifico, satis gravia incumbebant, 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 fi- 2 liæfam. adipiscebatur *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. Graff. §. *successio. quaest.* 19. *n.* 19. Gudelin. 1. *de jure nov.* 16. *in fin.* D. Kinschot. *de resc. gr. tr.* 6. *c. n.* 1. Christin. *vol.* 3. *decis.* 145. *n.* 18 VINN. Ita vulgo curiæ dationem interpretantur, ac si decuriones facti essent illi liberi naturales, quos pater curiæ obtulisset. Sed alii sunt curiales, alii decuriones. Hi in dignitate vivebant: illi curiæ erant obnoxii, *l.* 55. *C. de decurion.* adeoque curiæ serviebant, *l.* 50. *C. eod.* periculo suarum facultatum, *l.* 60. *& 64. C. eod.* & hinc nec alienare poterant paternas facultates, *l.* 4. *C. de nat. lib.* nec militiæ adscribi. *l.* 17. *C. de decur.* nec conditionem propriam relinquere. *tot. tit. C. Th. de his, qui condit. propr. reliqu. lib.* 12. *tit.* 18. quæ conditio curialis etiam filios sequebatur. *l.* 7. *C. Th. de decur. lib.* 12. *tit.* 1. quin & qui curialis filiam duxerat, & heres, non exstantibus liberis, fuerat factus, curiæ mancipabatur. *l.* 124. *C. Th. eod.* Curiæ itaque obnoxii fiebant illegitimi, à patre oblati, non statim decuriones, quos à curialibus ipse Jac. Gothofredus *in paratitlis ad C. Th. tit. de decur.* non satis distinxit. vid. Merill. *Obs. lib.* 7. *c.* 26. *p.* 109. HEIN.

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

Cujus matrimonium minimè interdictum] Hoc ex eo necessario efficitur, quod concubina uxor ducenda est. Satis est autem, ut uxor esse possit, licet ad tempus impediatur, veluti si præses provincialem in concubinatu habuerit, & finita administratione provinciæ eam uxorem ducat, *l. ult. de concub.* Nepotem etiam per 3 subsequens avi matrimonium defuncto jam patre legitimum avo fieri censent Covar. *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. & noviissime D. J. 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 fieret, 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 legitimationis hujus hanc esse vim, ut retrotrahatur tempus nuptiarum ad tempus nativitatis. Nam si hoc verum esset, necessario sequeretur, filium ex concubina natum in jure primogenituræ præferri filio postea suscepto ex legitima uxore, mortua ante nuptias cum concubina contractas, de quo Tiraquel. *de jur. primogen. quæst.* 34. Jo. Christen. *diss.* 3. *de matr. quæst.* 23. item liberos etiam non consentientes legitimos fieri, contra *Nov.* 89. *c.* 11. Nihil in contrarium facit, quod quis nepotem adoptare possit, etiamsi filium non habeat, §. *licet.* 5. *tit. seq.* Nam à diversis nulla illatio est: & omnino matrimonium cum concubina non potest legitimare liberos, nisi ex ea ipsa concubina natos. quæ & communior sententia est, vid. Gail. 2. *obs.* 141. *n.* 9. Val. Forster. *tr. de succ. ab int. lib.* 1. *quæst. quib caus. hi off. cess.* Bachov. in *Treutl. vol.* 1. *disp.* 2. *thes.* 7. VINN. Sequitur VINNIUS Bachovium: sed utriusque argumentis jam satisfactum à B. Hubero in *Prælect. ad ff. lib.* 1. *tit.* 7. § 10. HEIN.

Dotalibus instrumentis] Dotalia instrumenta hic accipere debemus instrumenta quævis nuptialia, etiamsi de dote danda nihil in iis cautum sit: alioqui sequeretur, natos ex paupere concubina, 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 συμβόλαια* vocat duntaxat, §. 2. *inf. de hær. quæ ab int. Nov.* 74. *pr.* Quod autem 4 in omnibus iis locis, in quibus de hac legitimatione agitur, horum instrumentorum perpetuo meminit, satis firmum argumentum est, iis non intervenientibus liberos ante natos non fieri legitimos. Verum quidem est, matrimonium solo consensu perfici: sed hic non tam quæritur de matrimonio contrahendo, ejusve contracti propria vi & potestate, quam de effectu specialis legitimationis, quem matrimonium 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 habita sit: verum etiam an liberi, & quinam legitimati sint, quod instrumento omnino inferendum, cum non alii, quam qui volunt, legitimentur. *Nov.* 89. *c.* 11. Male igitur argumentatur Ant. Matth. *coll. Inst.* 2. *disp.* 1. *thes.* 25. Jure autem can. instrumenta nuptialia intervenire necesse non est *c. tanta* 6. *x. qui fil. sint legit.* sicuti nec moribus nostris, D. Tulden. *comm. hic c.* 11. Perez. *ad tit. C. de natur. lib. n.* 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 5 cum concubina contractum liberos ex ea susceptos retro legitimos facit. Gail. 2. *obs.* 141. *n.* 8. D. Tulden. *ad tit. C. de natur. lib.* quod tamen apud nos non pro-

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 eſſi 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 har. qua ab inteſt.*

6 Tertium genus legitimationis poſtea acceſſit, nempe quæ ſit 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 ſcilitet turpitudinem, *auth. praterea. C. de natur. lib. Nov.* 74. *cap.* 2. *Nov.* 89. *c.* 9. *&* 10. vel ad ſupplicationem filii, ſi pater eum hæredem inſtituit, vel teſtamento dixit, deſiderare ſe, ut natalibus reſtituatur, *d. c.* 10. Poteſt ſane 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 legitimantis tribuit legitimato, quantum liberis legitimis jus naturæ, *deciſ. ſupr. Cur. Holl.* 10. Cognatos autem non tangere, exceptis iis, qui in eam conſentiunt; neque ad feuda pertinere, niſi id quoque nominatim cautum ſit, notat D. Grot. 1. *manud.* 12. add. Mynſ. 5. *obſ.* 42. D. Kinſchot. *d. tr.* 6. *c.* 5. *n.* 2. Paulo plenius de hac ſpecie legitimationis deque clauſulis, quæ reſcriptis inſeri 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. VINN. Quæ de effectu, quod ad feuda, addidit Vinnius, ea non obtinent, niſi princeps legitimans ſimul ſit feudi dominus. Immo ne tunc quidem admittuntur legitimati, niſi deficientibus agnatis, quibus jus ſemel quæſitum ſine injuria adimi nequit. 2. *Feud.* 26. Schrad. *Part.* 7. *c.* 5. *n.* 23. HEIN.

TITULUS UNDECIMUS.

DE ADOPTIONIBUS.

D. Lib. 1. *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 Germaniâ aliiſque nonnullis provinciis receptam unionem prolium, adoptionis quoddam ſimulacrum.*

1 EXpoſiti ſunt in ſuperiori titulo duo priores modi conſtituendæ patriæ poteſtatis, nuptiæ & legitimatio: ſequitur nunc tertius, adoptio. Adoptio eſt actus legitimus quo in jus & locum filiorumfam. adiciſcimus, qui nobis extranei ſunt, in ſolatium eorum, qui liberos non habent, παρὰ τὴν παραμυθίαν ἀπαίδων, inventus Græcis vocabulo ſignificantiore dicitur ὑοθεσία. 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 ſunt 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 adoptarive poſſint: poſtremo, quæ ſit vis utriuſque adoptionis, oſtenditur. Origo adoptionis antiquiſſima eſt. Non enim Romani ſolum, verum etiam Græci in ſolatium orbitatis filios ſibi adſciſcere ſolebant, ut ex Æginetico Iſocratis, & Plutarcho in *Theſeo* liquet. Apud Hebræos quoque & Aſſyrios atque Ægyptios in uſu fuiſſe adoptionem, teſtes ſunt Joſeph. 1. *antiqu.* 15. Beroſ. *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 uti- 2
mur: 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 adoptivo 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* 4. *inf. de exher. 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 Galliæ Manſuer. *de probat. num.* 34. Tiraq. *tract. de retract. gl.* 8. §. 1. ubi tradit nec jus gentilitii retractus adoptatis competere, & Greg. Tholoſ. *ubi ſup.* Fallitur ergo D. Eguin Baro, dum ea, quæ de adoptionibus Jure Rom. conſtituta ſunt, adhuc valere

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 tacitè approbatam censeri? Quod ideo monere visum est, ne quis in hujusmodi controversiis hoc argumento sibi imponi patiatur. 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, præsentibus & consentientibus consanguineis, tutoribus & curatoribus, qui provideant, ne res ad concordiæ vinculum comparata discordiam inter liberos excitet in nimia facultatum inæqualitate, D. Andr. Gail. 2. *obs.* 125. VINN. Multa hic accumulat Vinnius, quæ vix admittenda sine examine. Nam 1. quæ de usu pragmatico adoptionis dicit, non dixerim, si quis hodie extraneum arrogaverit sollemniter, illum hunc non filium sed alumnum habiturum. In Germania saltim eo casu omnes effectus adoptionis & arrogationis obtinere, & ipse observavi, & jam pridem exemplis docuit B. Strykius *in Usu ff. ad tit. de adopt. & de capite minut.* Idem de Frisia nostra adfirmat B. Huber. *in prælect. ad Inst. h. t.* §. 14. ubi itidem exemplum illustre. II. Vix puto, in provinciis his, ubi postremis demum sæculis jus Romanum receptum est, quærendum esse, an jus Rom. abrogatum? sed an & quatenus in hac vel illa materia receptum sit? sic sane jura de servis, quæ exempli loco adfert Vinnius, non desuetudine apud nos abrogata, sed numquam recepta sunt, quippe quæ non congruebant statui rerumpublicarum septentrionalium. III. Unio prolium, & in ipsa Germania rarissima, vix quidquam commune habet cum adoptione, quia non est modus constituendi patriam potestatem, sed pactum successorium, qualia inter Germanos plurima recepta sunt. HEIN.

TEXTUS.

Continuatio.

Non solùm autem naturales liberi, secundùm 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 υἱοθεσία. Origo ejus antiquissima. Vid. Greg. Tholos. 10. *syntagm. c.* 6.

COMMENTARIUS.

Filiosfam. non solum natura, verum etiam adoptiones faciunt, *l.* 1. *hoc tit.* Per naturales liberos hoc loco intelligi oportet eos, qui sunt ex justis nuptiis procreati. Ea enim perpetua est naturalium liberorum significatio, cum opponuntur adoptivis, utpote legitimis tantum, & diversæ ejusdem generis speciei, §. *sed si* 7. *inf. eod.* §. *adoptivi.* 4. *inf. de exhær. lib.* §. 2. *inf. de inoff. test. l. non potest.* 31. *hoc tit. l.* 2. §. *liberi* 6. *ad senat. Tert.* At cum naturales opponuntur legitimis in genere: qui legitimi non sunt, significantur, & naturales duntaxat, §. *ult. tit. superioris. tot. tit. C. de natur. lib.* quod & in voce parentis aut patris naturalis similiter observandum.

TEXTUS.

Divisio adoptionis.

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

NOTÆ.

1. *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. proconf.* Hæc species generis nomen retinet, ut sæpè alias, cum proprium nomen deest. Boët. ad *top.* Cic. *lib.* 2. *Fit vero id sæpe, ut species iisdem 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, quo ritu olim fieret, & quomodo nunc fiat.*

Duæ sunt species adoptionis, quarum altera adrogatio dicitur, altera quia proprio caret, generis nomine adoptio appellatur, quod in jure nostro frequenter usu venit. Nam cum plura sint negotia, quam vocabula, *l.* 4. *de præscr. verb.* sæpè fit ut verba, quæ

vi

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
1 auctoritate Principis. Cur vero Principis auctoritas in hoc actu neceſſaria? Nimirum quia antea populi fuit. Nam jure à majoribus prodito nemo, qui ſui juris erat, in alienam poteſtatem tranſire poterat, niſi populus auctor fieret. Comitia præbebantur curiata, arbitri erant pontifices: formula hæc, *Velitis, jubeatis, Quirites, uti L. Valerius L. Titio tam jure legeque filius ſiet, quam ſi ex eo patre matreque familias ejus natus eſſet: utique ei vitæ neciſque in eo poteſtas ſiet, uti patri endo filio eſt.* Gell. 5. *cap.* 19. Gruch. 3. *de comit. Rom.* 3. Porro rogabatur, & qui adoptabat, & qui adoptabatur, ille an vellet eum, quem adoptaret, ſibi juſtum filium eſſe; hic, an id fieri pateretur: unde & adrogationem dictam eſſe ſcribit Cajus *l.* 2. *hoc tit.* Et haud 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 ſubjicerent. Et quia cum fœminis nulla comitiorum communio erat, nec mulier adrogari poterat, Gell. *lib.* 5. *c.* 19. Cic. *pro dom.* Hæc, inquam, ſtante adhuc repub. Cujus ſtatu mutato, quod jus populi fuit, Principes uſurparunt, ex quorum reſcriptis & fœminæ & impuberes etiam adrogari cœperunt, *l. nec ei.* 17. *cum ſeqq. hoc tit.* Ulpian.
2 *tit.* 8. §. 4. Adoptio in ſpecie eorum eſt, qui ſunt in poteſtate, ſitque auctore patre, qui in poteſtate habet, apud Magiſtratum, apud quem eſt legis actio, *l.* 4. *hoc tit. l.* 1. *C. eod. l.* 3. *de off. 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. prætor.* ita & Princeps tanquam ſummus magiſtratus. Quo pertinet, quod de Auguſto refert Suetonius *cap.* 64. *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, vindicamur.* 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; filiæ autem & cæteri liberi una tantum mancipatione è poteſtate patris ſui exibant, & poteſtati patris adoptivi ſubjiciebantur, *d. l. ult. C. hoc tit.* Quæ omnia procedente tempore, per imaginariam mancipationis ſolemnitatem expediri cœperunt, §. 6. *tit. ſeq.* quæ & ipſa poſtea à Juſtiniano ſublata, conſtitutumque, ut pater, qui liberos ſuos in adoptionem dare deſiderat, hoc ipſum actis intervenientibus ſolummodo apud competentem judicem manifeſtet, præſente eo, qui adoptatur, & non contradicente, nec non eo præſente, qui adoptat, *d. l. ult. & §. antepen. inf. eod.* De mancipationis ſolemnibus ſtudioſi antiquitatis conſulant Boët. *in Top. Cic.* Rævard. *c.* 16. *ad leg.* 12. *Tab.* Briſſon. *lib.* 1. *antiq. cap.* 7. *de legis actionibus, & lib.* 4. *antiq. c.* 20. VINN. Recte quidem Vinnius rationem reddidit, cur arrogationes fieri oportuerit auctoritate principis; quia nimirum antea auctoritate populi opus fuerit: ſed cur populus olim juſſerit arrogationes, & cur Pontificum quoque adhibita fuerit auctoritas, paucis addendum. Homo ſui juris erat civis: adeoque caput de civitate non poterat eximi, niſi auctore populo. Deinde arrogatus fiebat heres. Leges vero de hereditate inteſtatorum non poterant niſi alia lege mutari, uti acute docuit ὁ πάνυ Bynkershoek *Obſerv. lib.* 2. *c.* 2. *p.* 113. Pontifices vero adhibebantur, non ob juris jurandi religionem, uti exiſtimavit Jan. Vinc. Gravina *de leg.* XII. *tab.* §. 85. *p.* 452. ſed quia arrogatus particeps fiebat ſacrorum gentilium: quæ notio Pontificum erat. Cic. *pro domo cap.* 13. Omnia hæc non erant neceſſaria, poſtquam Imperatores munia legum, magiſtratuum, immo & Pontificum ad ſe traxerant, nullo adverſante. HEIN.

TEXTUS.

Qui poſſunt adoptare filiumfamilias, vel non.

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

COMMENTARIUS.

OLim quavis adoptione jus patris naturalis extinguebatur, iſque, qui in adoptionem etiam extraneæ perſonæ dabatur, in patris adoptivi familiam & poteſtatem tranſibat. Ex quo jure cum non levia incommoda conſequi Juſtiniano viderentur, propterea quod fieri poterat, ut filius & patris naturalis ſucceſſionem amitteret propter adoptionem, & patris quoque adoptivi, adoptione per emancipationem ſoluta, §. *ſed ea omnia.* 14. *inf. de har. quæ ab inteſt. l. pen. C. hoc tit.* (ego unum tantum caſum invenio, nimirum ſi filius poſt mortem patris naturalis emancipatus eſſet, §. *at hi.* 10. *inf. d. tit.*) His incommodis ſic occurri poſſe credidit; ſi jura patris naturalis integra ſervarentur, quando filius extraneæ perſonæ in adoptionem daretur, quod & effecit conſtitutione ſua, *d. l. pen.* Extraneam autem perſonam intelligit omnem, quæ extra lineam parentum ſit: unde qui à patruo aut avunculo adoptati ſunt, perinde haberi debent, ac ſi à quovis extraneo adoptati 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.* 1. *d.* §. *ſed ea omnia.* 14. *inf. de har. quæ 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 conſtituitur] In *d. l. pen.* legitur; *legitimo adoptionis nodo conſtrictum.* Notant hic interpp. duo vincula fortius ligare, quam unum. Sed aliud ſignificare voluit Juſtinianus, nempe concurrente hujuſmodi naturali vinculo cum civili adoptionis, ceſſare metum ſuperioris incommodi.

TEXTUS.

De adrogatione impuberis.

3. *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 perſonæ publicæ, ſi intra pubertatem pupillus deceſſerit, reſtituturum ſe bona illis, qui ſi adoptio facta non eſſet, ad ſucceſſionem ejus venturi eſſent. Item non aliter emancipare eum poteſt adrogator, niſi cauſa cognita dignus emancipatione fuerit; & tunc ſua bona ei reddat. Sed & ſi decedens pater eum exhæredaverit, vel vivus ſine juſta cauſa emancipaverit, jubetur quartam partem ei bonorum ſuorum relinquere, videlicet præter bona, quæ ad patrem adoptivum tranſtulit, & quorum commodum ei poſteà acquiſivit.*

NOTÆ.

3. *Cauſa cognita*] Cauſæ cognitio olim à collegio Pontificum. Cic. *pro dom. cap.* 13. hodie à magiſtratu exercetur, adhibito conſilio propinquorum & tutoris auctoritate, *l.* 2. *C. eod. l. ult. C. de auct. præſt.* in arrogatione puberum, etiam curatoris, *l.* 8. *D. hoc tit.* quibus in rebus verſetur, docet Ulp. *l.* 15. §. *pen. & ult. l.* 17. *per tot. eod.*

Perſonæ publicæ] Manuſcripti, teſtibus Cujac. Hot. Pac. *Perſonæ publicæ, id eſt, tabulario.* Theophil. ἐν δημοσίῳ, ὡσεσώπῳ, τυτέστι τῷ ταβελλαρίῳ. Tabulario autem, non agnatis; quoniam incertum eſt, quis tempore mortis pupilli proximior futurus ſit, eique ab inteſtato ſucceſſurus, Schol. Theophil. VINN. Addendus hic omnino Franc. Amaya ad *l.* 3. *C. de tab. ſcrib. logograph. lib.* X. ubi quid ſit *tabulario ſatisdare*, egregiè explicat. HEIN.

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 quæ cognoſcenda & extimenda.*
2. *Quid cui caveat adrogator, tum ad quos ea res pertineat.*
3. *Utrum quarta, quæ vulgo D. Pii, ſit quarta pars totorum bonorum adrogatoris, an portionis ab inteſtato impuberi debitæ, & ſi hoc, num etiam illa aucta cenſeri debeat.*

IMpuberes 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; adhæc num liberos habeat juſtis nuptiis procreatos, quorum ſpem ſine magna cauſa diminui non oportet: poſtremo etiam conjunctio ſpectatur, nec facilè cuiquam pupillum adrogare permittitur, niſi quem.

quem vel naturali cognatione, vel alioqui ſanctiſſima affectione duci appareat, *d. l.* 15. §. 2. *l.* 17. *eod.* Pleraque tamen hæc capita communia videntur fuiſſe cum puberum adrogationibus, ut illa de ætate liberis, moribus & facultatibus adrogatoris. Certè olim apud Pontifices hæc etiam in adrogationibus excuſſa fuiſſe arguit locus Ciceronis in *orat. pro dom. cap.* 13. *Quid*, inquit, *eſt jus adoptionis, Pontifices? Nempe ut is adoptet, qui nec jam procreare liberos poſſit, & cum poſſet, ſit expertus: tum ne qua calumnia, fraus aut dolus adhibeatur.* Cauſa autem nunc cognoſcitur à magiſtratu, adhibito conſenſu propinquorum pupilli, *l.* 2. *C. eod.* & tutorum quoque auctoritate, *l. ult. C. de auct. præſt.* In minorum quoque adrogatione poſt conſtitutionem Claudii curatoris auctoritas intercedere debet, *l.* 8. *eod.*

Ut caveat adrogator perſonæ publicæ] Hoc propriè ſervatur in adrogatione impuberis. Caveat; nimirum ſatisdato, id eſt, fidejuſſoribus datis, *l. non aliter.* 18. 2 *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. ſalv. for. l. ult. C. de ſerv. reip. man.* Primi Arcadius & Honorius caverunt, ne ſervi tabulario præficiantur, *l.* 3. *C. de tabul. lib.* 10. ubi Cujac. Sed etſi omiſſa fuerit ſatisdatio, utilem nihilominus actionem in adrogatorem dari, reſponſum eſt, *l.* 19. §. 1. *hoc tit.*

Ad ſucceſſionem ejus venturi eſſent] Pars hæc cautionis in *d. l.* 18. ita concepta eſt, *ad quos ea res perventura eſt*, & in *l.* 19 *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 à 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. ll.* Habet autem hæc cautio locum, ſi adrogatus impubes deceſſerit. *l. hæc 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 exhæredari poſſet. At quæ cauſa eſt, quod nihilominus tam impio filio bona ſua reſtituuntur? Hotomanus exiſtimat, id conſtitutum eſſe ad vitandam omnem improbitatis ſuſpicionem, qua alioqui pater adoptivus facilè onerari poſſet.

Decedens exhæredaverit] Intelligerem, ſine juſta cauſa: nam ſi juſta exhæredationis cauſa ſit, non video cur præter bona ſua aliquid recipere debeat, aut plus, 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.

3 *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.* §. *quoniam.* 8. *de inoff. teſt.* Et certè nulla dari ratio poteſt, quamobrem D. Pius meliorem eſſe conditionem voluerit adoptivorum, quam naturalium, aut emancipati exhæredativè, quam ejus, qui ſine nota in familia manſit, & hæredis; quem videlicet pater vel inſtituit, vel ab inteſtato hæredem reliquit datis fidei commiſſis, 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 ἀναλόγως quartam bonorum dici poſſe, ſicut legitima liberorum, quæ & ipſa quarta pars illius portionis eſt, quarta bonorum dicitur, *l.* 6. *C. de inoff. teſt.* vel potius quia ferè unus tantum adrogari ſolet, & nemo adrogare, niſi qui liberos non habeat, *l.* 15. *in fin. l. nec ei.* 17. §. *pen. hoc tit.* De illo non convenit inter 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 competiiſſe, *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 ſit neceſſaria, ſed proprio & meliori jure quartam ſibi debitam obtinere poſſit, *d. l.* 8. §. *ſi quis.* 15. Hoc & Græcos ſenſiſſe, argumento eſt, quod illi τὸ τέταρτον μέρος, quod Theophilus, ut paraphraſtes hic retinuit, ex novo jure mutaverunt in τὸ τρίτον. Mich. Pſel. *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. Everh. *in topic. loc.* 79. Itaque verior mihi videtur eorum ſententia, qui hanc etiam quartam auctam eſſe cenſent, ne pupillo noceat, quod in favorem & commodum ejus conſtitutum eſt, D. Bachov. poſt. Porc. & alios *hic.* VINN. Quamvis non iniqua ſit hæc Bachovii, quam auctor ſequitur, ſententia: probabilius tamen eſt, D. Pium quartam omnium bonorum intellexiſſe, partim quod ſemper in legibus quartæ bonorum fit mentio, partim quod ea non petebatur querela inofficioſi, ſed actione familiæ erciſcundæ. Vid. V. C. Schulting. *πρῶτα tit. de adopt. & emanc.* Quæ cunctanter hic conjicit Vinnius, eos, quibus liberi eſſent, adoptare non potuiſſe, refellit Reinold. *Var. cap.* 42. *p.* 305. Et ſunt ſane exempla, quæ Vinnio poſſunt opponi, qualia & ante Reinoldum collegit Cl. Perizon. *Animadv. Hiſt. cap.* 3. *p.* 125. *ſeqq.* Sed idem tamen recte obſervat, id non niſi difficulter conceſſum, & non caruiſſe reprehenſione. Ego id nunquam fere privatis conceſſum putaverim, impuberes arrogaturis: adeoque vix incidere potuiſſe quæſtionem, quartane omnium bonorum, an portionis

tionis legitimæ intelligenda ſit in conſtitutione D. Pii? HEIN.

TEXTUS.

De ætate adoptantis & adoptati.

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

NOTÆ.

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

COMMENTARIUS.

ADoptio 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 cauſa Clodii adoptionem jure exagitat Cic. *pro dom. cap.* 13. *Factus es*, inquit, *filius ejus* (Fonteji) *contra fas, cujus per ætatem pater eſſe potuiſti*, & ſimilia mox ſequuntur.

Plena pubertate, i. e. 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 adoptarent. Nimirum etſi pubertatis initium eſt anno 14. *infr. quib. mod. tut. fin.* maturitas tamen demum anno 18. *l. adrogato.* 40. §. 1. *h. t.* Paul. 3. *ſent.* 4. atque hac ætate pubeſcunt etiam οἱ βραδέως ἡβῶντες. 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.*

NOTÆ.

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.

Quamvis 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. *quæſt.* 4.

TEXTUS.

De adoptione filii alieni in locum nepotis & contra.

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

COMMENTARIUS.

QUi filius eſt patri naturali, poteſt per adoptionem nepos fieri patri adoptivo, & contra: Nam, ut bene Theophilus, neceſſe non eſt, ut qui adoptatur, 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.*

NOTÆ.

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.

FIlius conſentire debet] Nimirum ſi nepos adoptetur quaſi ex Lucio filio, verbi cauſa, natus. Nam ſi

ſimpliciter adoptetur, & tanquam ex incerto filio, nullius conſenſus deſideratur: quia tunc ceſſat ratio juris, quæ conſenſum requirit, de qua mox. *l. adoptiones* 43. *& ſeq. hoc. tit.* Quid ergo, ſi nepotem adoptem tanquam ex Lucio filio meo natum; iſque filius meus auctor non fuerit? an hæc adoptio planè nulla erit? an perinde habendum, ac ſi ſimpliciter facta fuiſſet? quod magis probo cum D. Contio 1. *ſubceſ. lect. in fin. arg. l.* 11. *hoc tit.* Nam cum Juriſconſultus ibi de propoſita ſpecie hoc ſaltem reſpondeat, me mortuo non fore nepotem in poteſtate filii, ſatis indicat adoptionem quoad 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, tametſi id durum eſt, alii in adoptionem dare potuerit.

TEXTUS.

Qui dari poſſunt in adoptionem.

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

NOTÆ.

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

COMMENTARIUS.

IN principio hujus tituli dixit, non ſolum naturales liberos in poteſtate noſtra eſſe, ſed etiam eos, quos adoptavimus: unde ſequitur, quemadmodum illi in adoptionem alii dari poſſunt, ita & hos poſſe. In adrogatione nihil mutatum; ac ne in adoptione quidem in ſpecie ſic dicta, quando non adoptatur extraneus. At cum extraneus adoptatus eſt, is alii rurſus in adoptionem dari non poteſt: cum ex conſtitutione Juſtiniani nihil juris in hunc pater adoptivus habeat, *l. pen. C. hoc tit.* §. 2. *ſup. eod.* eamque ob cauſam verba hæc à Triboniano hic addita ſunt, *non extraneum.*

TEXTUS.

Si is, qui generare non poteſt, adoptet.

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

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 *οἱ ψόξιν τ γονίμων μορίων ὑποστάντες*, *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 genitalem affundere queunt, neque remedio in his locus. Leo tamen permiſit. *Novel.* 26.

COMMENTARIUS.

QUI *generare non poſſunt*] Id eſt, qui propter vitium aliquod, quod tamen ſanabile ſit, procreare non poſſunt: quales hic perhibentur eſſe ſpadones: qua quidem appellatione 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 adil. edict.* à Marcian. *l* 14. §. *ult. de man. vind.* itemque à Cajo *l.* 2. §. 1. *hoc tit.* Gloſſæ juris: Spadones, *οἱ ψόξιν τ γονίμων μορίων ὑποστάντες.* Imperator Leo etiam caſtratis adoptare permiſit, ut injuriam illis illatam hoc ſolatio compenſaret, *Novel.* 26. *& ſeq.*

TEXTUS.

Si fœmina adoptet.

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

COMMENTARIUS.

ADrogatio & adoptio jure veteri in eo diſcrepabant, quod 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 po-

teſtate licet adoptatus non ſit, tamen conſtat adoptio ex conſtitutione Juſtiniani §. 2. *ſup. eod.*

Ex indulgentia Principis] *l. ſi ſuſpecta.* 29. §. *quoniam.* 3. *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 adoptationem acceperit. Cæteri fiunt filiifam.

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

TEXTUS.

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

NOTÆ.

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

Sed etiam liberi 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.

QUod hoc §. proponitur, proprium effectum eſt adrogationis; nempe non ſolum eum, qui adrogatur, tranſire in poteſtatem patris adoptivi: ſed etiam liberos, qui in ejus poteſtate erant, tanquam nepotes, *l. adrogato* 40. *eod.* In adoptione autem hoc non ſimiliter contingit, in qua is tantum tranſit, qui adoptatur, non etiam liberi ejus. Ratio differentiæ in promptu eſt: nam in adoptionem dantur 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. cap.* 57. & Sueton. *in Tib. cap.* 15. ſcribit, Tiberium prius coactum fuiſſe Germanicum adoptare, quam ipſe ab Auguſto adoptaretur. Simile exemplum habemus apud Capitolin. *in Antonin.*

TEXTUS.

De ſervo adoptato vel filio nominato à Domino.

12. *Apud Catonem benè ſcriptum refert antiquitas, ſervos, ſi à domino adoptati ſint, ex hoc ipſo poſſe liberari. Unde & nos eruditi in noſtra conſtitutione etiam eum ſervum, quem dominus actis intervenientibus filium ſuum nominaverit, liberum eſſe conſtituimus: licet hoc ad jus filii accipiendum non ſufficiat.*

COMMENTARIUS.

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.* VINN. De Catonis filii ſcriptis ad jus pertinentibus conferendus Gellius *lib.* 13. *cap.* 18. Ejus & alias fit mentio in jure noſtro *l.* 10. §. 1. *ff. de ædil. edict. l.* 44. *ff. ſol. matr.* Grot. *de vit. Jctor. lib.* 1. *cap.* 5. HEIN.

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 Ulpianus ſcribit, inutilem acceptilationem habere vim pacti ſive utile pactum eſſe. *l.* 8. *de accept.* VINN. Immo ſervum auctore Prætore adoptatum non ſolum libertatem, verum etiam jura filii conſequutum eſſe, diſerte ſcribit Gell. *lib.* 5. *c.* 19. Unde Juſtinianus non loqui videtur de adoptione ſervi, ſed de caſu, ſi dominus ſervum ad acta forte filium vocarit. HEIN.

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

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

TI-

TITULUS DUODECIMUS.

QUIBUS MODIS JUS PATRIÆ POTESTATIS SOLVITUR.

D. Lib. 1. *Tit.* 7. *Nov.* 81.

Ratio ordinis, & ſumma tituli.

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

TEXTUS.

Scopus & nexus. De Morte.

Videamus nunc, quibus modis ii, qui alieno juri ſunt ſubjecti, eo jure liberentur. Et quidem, quemadmodum liberentur ſervi à poteſtate dominorum, ex iis intelligere poſſumus, quæ de ſervis manumittendis ſuperius expoſuimus. Hi verò, qui in poteſtate parentis ſunt, mortuo eo, ſui juris fiunt. Sed hoc diſtinctionem recipit: nam mortuo patre, ſane omnimodo filii, filiæve ſui juris efficiuntur: mortuo verò avo, non omnimodo nepotes nepteſve ſui juris fiunt: ſed ita, 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 ii, qui in poteſtatem ejus cadere non poſſunt, ſui juris fiunt.

NOTÆ.

Jus patriæ poteſtatis] Abeſt *patriæ* à vet. cod. teſte Fabrot. & Theoph. ſimpliciter τὸ ὑπεξούσιον.

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 gloſſema eſſe ex libr. vet. notant Cujac. Hot. Fabrot. nam & aliis modis exire de poteſtate poteſt, nec Theoph. agnoſcit.

COMMENTARIUS.

Mortuo eo ſui juris fiunt] Quum paterfam. moritur, quotquot capita ei ſubjecta fuerunt, ſingulas familias incipiunt habere: ſinguli enim patrumfam. nomen ſubeunt, *l. pronuntiatio.* 195. §. 2. *de verb. ſign.*

Mortuo patre ſanè omnimodo] Mortuo nimirum patre, in cujus poteſtate 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 exh. lib. l.* 13. *de injuſt. rupt. teſt.*

In poteſtatem patris ſui recaſuri non ſunt] Nepotes ex filio, mortuo avo, recidere ſolent in poteſtatem filii, hoc eſt, patris ſui, *l.* 5. *de his qui ſui vel al. jur.* Sed hoc non eſt perpetuum. Nam ſi, quo tempore avus moritur, pater eorum aut jam mortuus ſit, aut per emancipationem exierit de poteſtate patris ſui, nepotes in poteſtatem patris ſui non recidunt, ſed ſui juris fiunt. Quin etiam ſufficit ſemel exiiſſe. Finge filium, quem pater adoptaverat; in poteſtatem patris 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 adopt.* Hi, quos dignitas ſuæ poteſtatis facit, jura legitima intacta retinent, eorumque filii poſt mortem avorum in eorum poteſtatem reverturtur, *Nov.* 81. *cap.* 2.

TEXTUS.

De deportatione.

1. *Cum autem is, qui ob aliquod maleficium in inſulam deportatur, civitatem amittit: ſequitur, ut qui eo modo ex numero civium Romanorum tollitur, perinde quaſi eo mortuo, deſinant liberi in poteſtate ejus eſſe. Pari ratione & ſi is, qui in poteſtate parentis ſit, in inſulam deportatus fuerit, deſinit eſſe in poteſtate parentis. Sed ſi ex indulgentia Principis reſtituti fuerint per omnia, priſtinum ſtatum recipiunt.*

NOTÆ.

1. *In insulam deportatur*] Deportatio in insulam in locum aquæ & ignis interdictionis succeſſit, *l.* 2. §. 1. *de pœn. l.* 3. *D. ad leg. Jul. pecul. l. pen. in fin. de extraord. cogn.* Briſſon. *lib.* 3. *ſel. antiq. c.* 5. VINN. Proprie dici non poteſt, deportationem ſucceſſiſſe in locum interdictionis aquæ & ignis, ſed eidem ſuper additam eſſe, quam vis priore loquutione utantur veteres locis a Vinnio allegatis. Nam & deportatis aqua & igni eſſe interdictum patet ex Tacito *Annal. lib.* 6. *cap.* 30. *l.* 1. §. 2. *ff. de legat* 3. Rem accurate explicavit V. C. Schulting. *ad* Cajum *lib.* 1. *tit.* 6. §. 1. *p.* 47. *ſequ.* HEIN.

Civitatem amittit] Unde deportati dicuntur peregrini, *l.* 6. §. 1. *D. de hær. inſt. l.* 1. *C. eod.* & ἀπόλιδες, *l.* 1. §. 3. *de legat.* 3. *l.* 17. *D. de pœn.*

COMMENTARIUS.

IN *inſulam deportatur*] 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 deminutione, *l. verum.* 63. §. *ult. pro ſoc. l.* 1. §. *filium.* 8. *de bon. poſſ. cont. tab.* quæ ob id vulgo mors civilis dicitur. Vitioſam autem apparet eſſe hujus loci conſtructionem: quæ conſtabit, ſi cum D. Hotom. legamus: *ut eo, qui eo modo ex numero civium tollitur, perinde quaſi mortuo*, &c. tranſpoſito videlicet poſteriore *eo*. VINN. Poſſet etiam una adjecta littera pro *qui* reſcribi: *quia*. Ita enim & Theophilus legiſſe videtur. HEIN.

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

Ex indulgentia Principis reſtituti] Nempe pleniſſimè & in integrum, *l.* 1. *C. de ſent. paſſ.* Nam ſimplex & generalis reſtitutio pœnæ 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 cives eſſe deſinant, relegati non item.*

2. *Quo numero apud nos habendi banniti, ſeu quibus provincia interdictum eſt, & damnati ad triremes.*

RElegati ſive in inſulam, ſive ſimpliciter certis pro- 1
vinciis 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* 4. 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 vincti & navigio impoſiti à ſervis publicis conſtitutam in ſolitudinem avehi: quæ condemnatio eos manifeſtè ad peregrinitatem redigit, & ἀπόλιδας facit, *l. ſunt quidam* 17. §. 1. *de pœn.* Relegatis autem dies præſtituebatur, intra quem excederent. Moris enim erat ita pronuntiari; *Illum provincia illa inſuliſque relego: excedereque debebit intra illum diem. d. l.* 7. §. *his qui* 17. *de int. & rel.* quæ ſententia exiſtimationem quidem civis minuit, ſed non conſumit, aut caput eximit de civitate, *l.* 5. §. 2. *de extr. cogn.* Nomen exilii commune eſt, exuleſque non deportati ſolum; ſed & relegati atque interdicti appellantur, *l.* 4. *l.* 5. *de interd. & rel. l.* 4. *de pœn. l. tutor.* 28. §. 2. *& l. ſeq. de excuſ.* quippe omnes extra ſolum miſſi, ſive ſolo patrio expulſi, unde exulem dici, auctores ſunt Feſtus, Nonius & Quintil. *declam.* 336. Plerumque tamen & quaſi propriè exilium de deportatione dicitur, quaſi relegatio exilium propriè 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 exiſti- 2
mant, 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 pœnæ.

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

COMMENTARIUS.

SI is, qui civitatem retenta libertate amittit, liberos in poteſtate habere deſinit, & mortui loco habetur; quanto magis, qui cum civitate ſimul & libertatem? Servitutem enim vel maximè mortalitati veteres comparabant, *l. quod attinet.* 32. *l. ſervitutem.* 209. *de reg. jur.*

Pœnæ ſervus] Pœnæ ſervus dicitur, qui non alium dominum habet, quam ipſam quodammodo pœnam, cui addictus eſt. Ideoque ſi quid tali ſervo legatum ſit,

ſit, pro non ſcripto eſſe, quaſi non Cæſaris ſervo datum, ſed pœnæ, Marcian. reſpondit, *l. ſunt quidam. 17. de pœn.* Cæterum non ſolum ſervitute pœnæ, cujus ſolius hic fit mentio, verum etiam quovis alio genere ſervitutis patria poteſtas ſolvitur, puta ſi liber homo major 20. annis ad pretium participandum ſe venundari paſſus ſit; aut ſi libertus, ingratitudinis convictus, redigatur in poteſtatem domini, §. 1. *inf. de cap. dem.* Quominus qui ab hoſtibus capiuntur, huc pertineant, facit jus poſtliminii & lex Cornelia teſtamentaria, §. *ſi ab hoſtibus. 5. inf. hoc tit.*

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

Qui beſtiis ſubjiciuntur] Hi ſunt, qui paſſim ad beſtias damnati & ad beſtias dati dicuntur. (Dio *lib* 58. τὰς τοῖς θηρίοις ἐπὶ καταδίκης δεδομένας appellat,) & ſtatim conſumuntur, hoc eſt, ſtatim poſt damnationem feris objiciuntur. Sunt & qui damnati non ſtatim conſumuntur; ſed populi voluptatibus reſervantur, qui tamen & ipſi ſervi pœnæ fiunt: quales ſunt, qui damnantur in ludum ſive venatorium ſive gladiatorium, *d. l. 8. §. quicunque. 11. de pœn. 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 pœnæ ſervos fieri exiſtimo, hoc nimirum effectu, ut ſtatim libertatem & civitatem perdant, *arg. l. 12. l. qui ultimo. 29. de pœn. l. 6. §. ſed etſi. 6. de injuſt. rupt. teſt.* Jure noviſſimo ſervitus pœnæ ſublata eſt, *Nov. 22. c. 8. auth. ſed hodie. C. de don. int. vir. & ux.* cujus rei effecta ibid. notant. DD. VINN. Recte Vinnius exiſtimat, omnes ultimo ſupplicio damnatos, factos eſſe ſervos pœnæ. Quum enim civis extremo ſupplicio adfici non poſſet per legem Porciam, Liv. *lib.* 10. *cap.* 9. fingendum erat, eum, qui hujuſmodi delictum commiſerit, quod ſanguine videretur expiandum, non eſſe civem, ſed ſervum pœnæ. Eſt hæc obſervatio viri eximii, Ger. Nood. *Probab. lib. 3. cap. 12.* HEIN.

TEXTUS.

De dignitate.

4. *Filiusfamilias ſi militaverit, vel ſi ſenator, vel conſul factus fuerit, remanet in poteſtate patris: militia enim vel conſularis dignitas de patris poteſtate filium non liberat. Sed ex conſtitutione noſtra ſumma patriciatus dignitas illico imperialibus codicillis præſtitis filium à patria poteſtate liberat. Quis enim patiatur, patrem quidem poſſe per emancipationis modum poteſtatis ſuæ nexibus filium liberare: imperatoriam autem celſitudinem non valere eum, quem patrem ſibi elegit, ab aliena eximere poteſtate?*

NOTÆ.

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

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

Conſularis dignitas] *l. 1. §. ult. D. de ſen. Mac.* Dion. Halic. *lib. 2. p. 96.* ſed hodie liberat. *Nov. 81.* ubi & aliæ dignitates excipiuntur, *in pr. c. 1. & 3.*

Summa patriciatus dignitas] Summa non quidem gradu, nam conſulatus major eſt, ſed quia ad magnitudinem accedit dignitatis perpetuitas, Baro & Cont. Extat conſtitutio in *l. ult. C. de conſul. lib.* 12. add. *l. 3. C. eod.*

Codicillis præſtitis] Vid. Syneſ. *epiſt.* 127.

COMMENTARIUS.

1. *Patricii ſub Impp. Conſtantinopolitanis qui dicti.*

SI militaverit] Milites multis privilegiis & prærogativis à Principibus donati ſunt: nexu tamen patriæ poteſtatis juris ſacramenti eos ſolvi noluerunt, *l. 3. C. de caſt. 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 dictæ ſint.

Vel ſi ſenator, vel conſul] Non obſtat huic loco, quod dicitur *in l. antepen. de his qui ſui vel al. jur.* in publicis cauſis filium fam. pro patrefam. haberi, veluti ut magiſtratum gerat, &c. Hoc enim non ſignificat filium conſulatu aliove munere publico liberari patria poteſtate: ſed patriam poteſtatem non obſtare, quominus conſul puta, aut prætor creetur, omniaque munia magiſtratus ſui obeat, etiam repugnante patre, atque adeo etiam adverſus patrem. *l. 13. in fin. & l. ſeq. ad ſen. Treb.* Nonnihil huc faciunt, quæ ſcribit Gell. 2. *noct. Attic. 2.*

Ex noſtra conſtitutione] *l. ult. C. de conſul. lib.* 12. Non tamen à Juſtiniano hoc primum conſtitutum videri poteſt, cum & apud Caſſiodorum, qui ante Juſtinianum ſub Theodorico Gothorum rege vixit, *in form. Patriciatus, lib. 6. Var. cap. 3.* hoc ſcriptum ſit; *Leges*, inquit, *tantum patriciis dignitatem detulerunt, ut in ſacris poſitus, cum hoc fuerit honore præcinctus, paternæ poteſtatis nexibus exuatur.* Quod autem Juſtinianus in *d. conſtit.* patriciatui tribuit, id poſtea produxit etiam ad alias dignitates, & ad eas omnes, quæ à curia liberant: nominatimque idem jus conceſſit conſulatui, præfecturæ prætorianæ, præfecturæ urbicæ, præturæ, magiſterio militum, & denique epiſcopatui, *Nov. 81. in pr. c. 1. & 3.* VINN. Dum negat auctor, Juſtinianum id privilegium patriciis primum tribuiſſe, Bachovium, ut ſolet, ſequitur. Sed ejus argumentum parum ſtringit. Caſſiodorus enim non ſolum ſub Theodorico, ſed & ſub Athalarico, immo & Theodahado & Vitige vixit, & negotia

tia publica tractavit, adeoque Justiniani constitutionem, anno circiter 530 scriptam, videre potuit. Præclare id demonstravit V. C. Reinoldus *Var. cap.* 19. HEIN.

Summa patriciatus dignitas] Stante rep. patricii dicebantur, qui eorum senatorum progenies erant, quos Romulus creaverat. Antiquissimæ quoque cujusque senatoriæ familiæ liberi ætate Livii patricii appellabantur. Verum longe aliter patricii in constitutionibus recentiorum Impp. accipiendi sunt. Nam translato Constantinopolin imperio cœpere Principes ex senatoribus, qui curulibus magistratibus functi erant, sibi consiliarios & quasi patres legere, quos patricios dici placuit, quasi patres communis reip. auctore Suida. Atque ex eo tempore patriciatus nomen esse cœpit supremi consilii.

Codicillis præstitis] Codicilli apud Latinos inter alia significant diplomata sive literas Principales, quibus honores mandantur, ut apud Sueton. *in Claud. c.* 29. & *in l. administrantes.* 41. *pr. de excus. tut. l.* 12. *C. de dign.* uti & hoc loco.

Quem sibi patrem elegit.] Patricii Impp. Constantinopolitanis parentum loco erant: quæ parentis appellatio Claudiano lepidi joci materiam tribuit. Is enim in Eutropium patricium, cujus bona publicata & in fiscum coacta erant, sic ludit; *lib.* 2. *in Eutrop. v.* 49.

Direptas quid plangis opes, quas natus habebit?
Non aliter poteras Principis esse pater.

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

TEXTUS.

De captivitate & postliminio.

5. *Si ab hostibus captus fuerit parens; 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 liberos habebit in potestate: quia postliminium fingit eum, qui captus est, in civitate semper fuisse. Si verò ibi decesserit, exinde, ex quo captus est pater, filius sui juris fuisse videtur. Ipse quoque filius, nepos-ve si ab hostibus captus fuerit, similiter dicimus propter jus postliminii, jus quoque potestatis parentis in suspenso esse. Dictum autem est postliminium à limine & post. Unde eum, qui ab hostibus captus est, & in fines nostros postea pervenit, postliminio reversum, rectè dicimus. Nam limina sicut in domo finem quendam faciunt, sic & imperii finem esse limen, veteres voluerunt. Hinc & limen dictum est, quasi finis quidam & terminus. Ab eo postliminium dictum est, quia ad idem limen revertebatur, quod amiserat. Sed &, qui captus victis hostibus recuperatur, postliminio rediisse existimatur.*

NOTÆ.

5. *Pendet jus liberorum*] In pendenti, in incerto est, *l. ult. D. de sen. Mac. l.* 12. §. 1. *de capt. & postl.* 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. & postl. l.* 13. *eod.*

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

COMMENTARIUS.

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

QUamvis *servus hostium fiat*] Constat eos, qui ab hostibus capiuntur, jure belli servos hostium fieri, & consequenter desinere liberos habere in potestate. Verum Romani, quicunque ex suis capti essent, eos 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.

Qui si reversi 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 consensus gentium rem eò perduxit, ut postliminium locum haberet, etiamsi quis homo aut res, cui postliminium esse placuerat, perveniret ad amicos nostros, ut loquitur *d. loco* Pompon. aut, ut Paulus exempli causa explicat, ad regem, socium vel amicum. Quibus in locis amici aut socii intelligendi sunt non simpliciter, quibuscum pacem habemus, sed qui partes in bello easdem sequuntur, ad quos qui venerunt, ut Paulus loquitur, nomine publico tuti esse incipiunt, qua de re pluscula D. Grot. 3. *de jur. bell. & pac.* 9. *n.* 2.

Omnia pristina jura] Puta civitatem, familiam, bona, sive eorum dominium. Rectè autem jura, *l.* 5. §. 1. *l. in bell.* 12. §. 1. *de capt. & postl. rev.* nam ea, quæ facti sunt, postliminio non continentur: qualis est verbi causa possessio, quæ idcirco interrupta captivitate non restituitur, *l. denique.* 19. *ex quib. ca. maj. l. cum haredes.* 23. §. 1. *de acq. poss.* Sicut autem postliminio re-

reverſus jura recipit, ita & in ipſum jura reſtituuntur, *l. 6. d. l. in bello.* 12. §. *catera.* 6. *de capt.* Neque homines ſolum, ſed etiam agri, *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. Marcel. *l. 2. princ. ff. de capt.* quanquam hodie, ut paſſim tradunt morum periti, nullæ res mobiles poſtliminio redeant, ne naves quidem, vid. Grot. *d. cap.* 9. *n.* 13. *& ſeqq.* D. Tulden. *comment. ad tit. de rer. div. cap.* 30.

3 *In civitate ſemper fuiſſe*] Non igitur tam captivitate patria poteſtas amiſſa reverſo patre reſtituitur, liberive captivitate patris ſui juris facti, eo reverſo iterum in poteſtate ejus eſſe incipiunt, quod velle videtur D. Mynſ. quam pater fingitur retro in civitate fuiſſe, liberoſque in poteſtate etiam tempore captivitatis retinuiſſe *d. l. in bello.* 12. §. 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* 12. & *l. bona.* 22. 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 quæſivit, pater reverſus tanquam ſibi quæſita occupare poſſit jure peculii, etiam defuncto pridem filio, *l. pen. de ſuis & leg. hær.* Inde quoque eſt, quod patre reverſo denegatur actio creditori, à quo filius, dum pater apud hoſtes eſt, mutuam pecuniam accepit, quaſi contra SCtum credita ſit, *l.* 1. §. 1. *de SC. Mac.* Denique hinc eſt, quod Ulp. reſpondit, non poſſe ei, cujus pater in poteſtate hoſtium eſt, tutorem dari, *l.* 6. §. *ult. de tutel.* qui rectè utique daretur, ſi filii interim pro iis, qui ſui juris ſunt, haberentur. Deportati & reſtituti patris alia ratio, *l. ult.* §. 1. *C. de ſent. paſſ.*

Exinde ex quo captus eſt] Hæc fictio eſt legis Corneliæ, *l.* 12. *qui teſtam. fac.* §. *ult. infr. quib. non eſt perm. fac. teſt.* eaque in omnibus partibus juris ſervatur, *l. in omnibus*, 18. *de capt.*

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

4 *A limine & poſt*] De notatione nominis poſtliminii controverſa olim fuit inter Scævolam & Servium, teſte Cic. *in Top.* Scævola junctum dicebat eſſe verbum à *poſt*, quod reditum notat, & *limine.* Servius in eo nihil ſpectandum præter præpoſitionem *poſt*, reliquum productionis eſſe caudam, *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 & contagies, &c. quanquam uſu ſeriore factum eſt, ut limen magis ad privata, limes ad publica referretur. Sic veteres *eliminare* dicebant è finibus ejicere, & exilium nominabant *eliminium.* Grot. *d. c.* 9. *in pr.* Joſ. Scal. *annot.* in Feſt.

Ab hoſtibus recuperatur] Ad jus poſtliminii nihil intereſt, quomodo captus revertatur, utrum dimiſſus, an vi vel fallacia, aut victis poſtea hoſtibus, ſive ut Homerus *Odyſſ.* 14. ἢ δόλῳ, ἢε βίῃ, ἢ ἀμφαδὸν, ἢὲ κρυφηδὸν. ita tamen, ſi ea mente fuerit, ut illo non reverteretur, *l. nihil intereſt* 26. *ff. de capt.* Et ideo Attilium Regulum reſponſum eſt non eſſe poſtliminio reverſum: quia juraverat, Carthaginem ſe reverſurum, *l.* 5. §. 3. *d. tit.* Grot. *d. lib.* 3. *cap.* 9. VINN. Immo & ad redemtos hoc jus pertinet, dummodo ei, qui redemit, lytrum fuerit redditum. *l.* 12. §. 7. *l.* 15. *& l.* 20. *ff. de captiv.* HEIN.

TEXTUS.

De Emancipatione, item de modis & effectibus ejuſdem.

6. Præterea emancipatione quoque deſinunt liberi in poteſtate parentum eſſe. Sed emancipatio antea quidem vel per antiquam legis obſervationem procedebat, quæ per imaginarias venditiones & intercedentes manumiſſiones celebrabatur, vel ex imperiali reſcripto. Noſtra autem providentia etiam hoc in melius per conſtitutionem reformavit: ut fictione priſtina exploſa, recta via ad competentes judices, vel magiſtratus parentes intrent, & filios ſuos, vel filias, vel nepotes, vel neptes, ac deinceps à ſua manu dimittant. Et tunc ex edicto prætoris in bonis ejuſmodi filii, vel filiæ, vel nepotis, vel neptis, qui quæve à parente manumiſſus vel manumiſſa fuerit: eadem jura præſtantur parenti, quæ tribuuntur patrono in bonis liberti. Et præterea ſi impubes ſit filius, vel filia, vel cæteri, ipſe parens ex manumiſſione tutelam ejus nanciſcitur.

NOTÆ.

6. *Emancipatione*] Emancipatio hodie definiri poteſt actus legitimus, quo liberi à manu patris apud competentem judicem dimittuntur.

Judices vel magiſtratus] ἐξηγητικῶς, 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. ſi à par. quis 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 libertì exitum patitur, *l.* 1. *D. ſi à par. quis man.* puta in contra tabulas bonorum poſſeſſione, *d. l.* 1. & ſucceſſione legitima, §. *ult. inf. de leg. agn. ſucc.* Sed hoc mutatum, *Nov.* 118. *cap.* 2.

COMMENTARIUS.

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

ALius modus ſolvendæ patriæ poteſtatis hoc §. proponitur, nempe emancipatio: eaque dicitur o-

lim celebrata fuiſſe per imaginarias venditiones & intercedentes manumiſſiones. Hoc autem ut penitus intelligatur, ſciendum eſt, lege Romuli cautum fuiſſe, atque à decemviris poſtea in quartam tabulam relatum, ut ſi pater filium ter, filiam autem & cæteros liberos ſemel mancipaſſet, hoc eſt, vendidiſſet, manumiſſi poſtea ab emptore ſui juris efficerentur, ille trina manumiſſione, hi unica. Ad cujus emancipationis imaginem atque uſurpationem vetuſtatis poſtea inſtitutum eſt, ut pater, ſimulato, & dicis cauſa, accepto uno nummo filium ter, cæteros liberos ſemel apud magiſtratum venderet, contracta cum emptore fiducia, qui ob id pater fiduciarius appellabatur, ut is acceptos manumitteret, filium ter, cæteros ſemel, atque ita liberi ſui juris ac poteſtatis fierent. Solebat autem pater naturalis ſibi cavere de filio poſt tertiam mancipationem ſibi remancipando, itemque de cæteris liberis ſibi remancipandis, quo ipſe potius eos manumitteret, & jura patroni conſequeretur, quam extraneus manumiſſor ſive emptor ille imaginarius. Atque 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.* VINN. Ordinem aliquantulum turbaſſe videtur Vinnius. Pater filium primo vendebat, & mancipabat per æs & libram. Emtor eundem manumittebat. Quum vero manumiſſus ex lege Romuli in patriam poteſtatem recideret, pater eum iterum vendebat, emtor iterum manumittebat. Quum & ita recideret in poteſtatem patris, hic eum tertium mancipabat, addito contractu fiduciæ, ut emptor eum remanciparet patri. Quo facto hic eum manumittebat, adeoque tanquam manumiſſor jura patronatus retinebat in filio. Vid. *Antiqu. noſtras Rom. h. t.* HEIN.

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 exhibito, 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 præſunt, judices appellantur, *l.* 1. *de judic. tit. de reb. auct. jud. poſſ.* & paſſim in conſtitutionibus poſteriorum Impp. Quod moneo, ne quis putet judices hic intelligi pedaneos, ſive qui à magiſtratibus cauſis privatis cognoſcendis & judicandis dabantur: apud quos lege agi non potuiſſe, pluſquam manifeſtum eſt. Sed nec apud eum, cui mandata eſt jurisdictio, legis actionem fuiſſe, Marcian. & Ulp. teſtantur *l.* 2. §. 1. *l. ſeq. de offic. proconſ.* de quo plura ad §. 8. *inf. eod.*

A manu ſua dimittant] Manumitti non tantum ſervi à domino, ſed etiam filii & filiæfam. à patre dicuntur, pro emancipari, *tit. ſi à par. quis man.* propterea quod jure antiquo in patris ſui manu mancipioque erant, & venditi ac mancipati in ſervilem cauſam redigebantur, 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.*

Ex edicto prætoris eadem jura] Nimirum ut parens ex- 2
emplo patroni ad contra tabulas bonorum poſſeſſionem admittatur, ſi teſtamento facto 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 remancipatum manumiſſiſſet. §. *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.* 5. *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 deſiit. *Nov.* 118. *c.* 2. *Nov.* 115. *c.* 4.

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

TEXTUS.

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.*

NOTÆ.

7. *Nepotem manumittere*] Notandum eſt, in filiofam. idem eſſe, manumittere, ex poteſtate dimittere, ſui juris efficere, emancipare.

COMMENTARIUS.

TOtus hic locus deſcriptus eſt ex Cajo *l. liberum.* 28. *de adopt.* Illud hic quæritur, an ejus quoque qui à parente manumittitur, voluntas ſpectanda ſit; an vero etiam invitus emancipari poſſit? Et puto, idem hic dicendum, quod de eo dicitur, qui à patre in adoptionem datur, §. *ſeq. l. neque al ſens.* 24. *de adopt. l.* 5. *C. eod.* nimirum neceſſe non eſſe, ut expreſsè

preſsè 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. & Mynſ. ad hunc locum.

TEXTUS.

De adoptione.

8. *Sed & ſi pater filium, quem in poteſtate habet, avo, vel proavo naturali, ſecundum noſtras conſtitutiones ſuper his habitas, in adoptionem dederit, id eſt, ſi hoc ipſum actis intervenientibus apud competentem judicem manifeſtaverit, præſente eo, qui adoptatur, & non contradicente, nec non eo præſente, qui adoptat: ſolvitur quidem jus poteſtatis patris naturalis, tranſit autem in hujuſmodi parentem adoptivum, in cujus perſona & adoptionem eſſe pleniſſimam, anteà diximus.*

COMMENTARIUS.

1. *Antiquitus neutiquam alieno nomine lege agi potuiſſe: eamque naturam actus voluntariæ jurisdictionis retinuiſſe.*
2. *Actus voluntariæ Jurisdictionis expediri non poſſe apud eum, cui jurisdictio mandata eſt.*

AVo vel proavo naturali] Nam ſi extraneo in adoptionem datus ſit, jura patris naturalis integra manent, *l. pen. C. de adopt.* §. 2. *ſup. eod.* ubi dictum eſt.

Apud competentem judicem] Non apud judicem pedaneum, cujus nulla jurisdictio eſt: ſed apud ipſum magiſtratum & eum, qui legis actionem habet, ut notavimus ad §. *hujus tit.* 6.

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

Nec non eo præſente, qui adoptat] Abſens adoptare non poteſt, *l. poſt mortem.* 25. §. 1. *de adopt.* quia, ut ait ibi Jurisconſultus, nemo per alium ejuſmodi ſolemnitatem peragere poteſt. Atque eo pertinere arbitror, quod regula juris in genere definit, neminem alieno nomi-
1 ne 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 proprium tantum quorundam eſſe cœpiſſe, & maximè eorum actuum, qui quod inter volentes expediuntur, dicuntur eſſe voluntariæ jurisdictionis; cujuſmodi ſunt manumiſſio, adoptio, emancipatio; quæ veterem naturam retinuerunt, *l.* 3. *C. de vind. lib. l. neque.* 24. *& l. ſeq.* §. 1. *de adopt.* etiam adoptio no-
2 va Juſtiniani, ut hic, & *d. l. ult. C. de adopt.* Idemque probabile eſt obſervatum fuiſſe in perſona magiſtratus. Exiſtimo enim nec hujuſmodi actus à magiſtratibus mandari potuiſſe, nec mandata jurisdictione tranſiiſſe 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.* Cujacius 1. *obſ.* 1. *&* 15. *obſ.* 19. negationem inſerit. Alii pro (*apud legatum ejus*) legunt (*Cæſaris*) ſuſpicantes errorem ex notis natum *ejus* & *Cæſ.* VINN. Poſterior emendatio non minus violenta, ac prior. Ego hic antinomiam inter *l.* 17. §. 1. *ff. de man. vind.* & *l.* 2. *&* 3. *ff. de off. procoſ.* agnoſco, inde forſan ortam, quod Tribonianus de legato procoſ. accepit, quæ Paullus de legatis Cæſarum pro conſule dixerat. Facilis enim lapſus fuit in vocabulis *legatus proconſulis* & *legatus pro conſule.* Ille mandata jurisdictione gaudebat, hic, tanquam præſes provinciæ, propria, adeoque & legis actio apud illum erat. *l.* 2. *&* 17. *ff. de off. præf.* HEIN.

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

TEXTUS.

De Nepote nato poſt filium emancipatum.

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

COMMENTARIUS.

NEpos non ex nativitatis, ſed ex conceptionis tempore familiam ſortitur: quia ex eo tempore jam in rerum natura eſſe creditur, *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 facto.* 17. §. *ex facto.* 5. *ad ſen. Treb.*

TEXTUS.

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.*

COMMENTARIUS.

1. *Quibus modis more harum regionum parentum poteſtas ſolvitur?*

QUemadmodum liberi, qui vel ab initio ſui juris fuerunt, vel poſtea facti ſunt, inviti in poteſtatem patris non rediguntur, *l. ult. de his qui ſui vel al. jur. Nov.* 89. *c.* 11. ita nec vice verſa à liberis in poteſtate conſtitutis cogi parentes poſſunt, ut eos è poteſtate ſua dimittant. *l. non poteſt.* 31. *de adopt. l. nec avus.* 4. *C. de emanc. lib.* ex quo loco etiam ratio hujus juris peti poteſt.

Pene] Ait, pene, propterea quod aliquando audiuntur, qui emancipari deſiderant, ut impubes, qui adoptatus eſt, pubes factus, *l. nonnunquam.* 32. *de adopt.* Sed & alios, ſi juſta cauſa ſit, audiri æquum eſt; veluti ſi à patre ad turpitudinem adigantur, *l. ſi lenones.* 12. *C. de epiſc. aud.* aut male contra pietatem afficiantur, *l. ult. ſi à par. quis man.* Sed & is filium emancipare cogitur, qui legatum ea conditione ſibi relictum agnovit, *l. ſi cui.* 92. *de conditionibus & demonſt.* & jure noviſſimo etiam de poteſtate patris exeunt liberi, ſi pater inceſtas & nefarias nuptias contraxerit, *Nov.* 12. *c.* 2.

1 Apud nos, & in cætero Belgio, ſingularis illa Romanorum in liberos poteſtas incognita eſt, ut jam aliquoties diximus. ſed & jus, quod parentes in liberos habent, propriis quibuſdam modis ſolvitur; manente tamen ſemper naturali reverentiæ & obſequii debito. Primum enim moribus noſtris exeunt liberi de poteſtate parentum non tantum emancipatione illa expreſſa ſive Juſtinianea, 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 poteſtate 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. *deſin.* 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 obvenerit 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 pervenerint, qua curatio finiri ſolet; nempe anno ætatis eorum vigeſimo quinto, Gudel *d. c.* 13. *in fin.* Tulden. *com. hic. c.* 2. Chriſtin. *d. deciſ.* 186. *n.* 9. add. Guid. Pap. *quæſt.* 54. Boër. *ad conſuet. Bitur. de jur. perſ.* Pet. Greg. 11. *ſyntagm. c.* 10. Groenew. *de legib. abrog. ad hunc tit.* VINN. Quæ de Friſia ex Sandio adſperſit Vinnius, cum iis jungenda, quæ tradit Huber. *Præl. ad tit. Inſt. & ff. de emancip.*

TITULUS DECIMUSTERTIUS.

DE TUTELIS.

Dig. tit. 1. *lib.* 26. *& Novell.* 72.

Ratio ordinis.

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

TEXTUS.

De Perſonis ſui juris.

Tranſeamus nunc ad aliam diviſionem perſonarum. Nam ex his perſonis, quæ in poteſtate non ſunt, quædam vel in tutela ſunt, vel in curatione, quædam neutro jure tenentur. Videamus ergo de his, quæ in tutela, vel curatione ſunt. Ita enim intelligemus cæteras perſonas, quæ neutro jure tenentur. Ac prius diſpiciamus de his, qui in tutela ſunt.

COMMENTARIUS.

1. *Summa reliquorum hujus libri capitum.*

NAm ex his perſonis] Eorum, qui ſui juris ſunt, 1 quidam ſunt in tutela, alii in curatione, cæteri neutro jure tenentur: quæ poſterioris partis illius, quam dixi, diviſionis ſubdiviſio eſt. In hac autem parte primo exponitur, quid ſit tutela: deinde ſpecies ejus ſingulæ ordine explicantur: tum de vi atque effectu tutelæ ſive auctoritate tutorum porro agitur; ac mox de contrariis, & quibus modis tutela finitur. Inde ad curationem ac curatores progreſſio fit. Poſtremo tractatur de ſatisdationibus, excuſationibus & ſuſpicionibus, quæ utriuſque muneris communia ſunt.

In poteſtate non ſunt] Patria ſc. vel dominica, in qua qui ſunt, non ſui, ſed alieni juris ſunt: alioqui & tu-

tela

tela 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 manu 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 definivit) vis ac poteſtas in capite libero, ad tuendum eum, qui per ætatem ſe ipſe defendere nequit, jure civili data ac permiſſa.*

NOTÆ.

1. *Vis ac poteſtas*] Ita & §. *ſeq.* & Servius *l.* 1. *hoc tit.* hæc duo quoque junguntur, §. 3. *inf. de interd. l.* 17. *de legib. l.* 7. *C. de Cod.* Cic. 1. *de nat. Deor.* Gloſſ. baſil. δύναμις καὶ ἐξουσία. Theophil. δίκαιον καὶ ἐξουσία, *jus & poteſtas.* ſignificatur autem verbis iſtis facultas & jus pro auctoritate quid faciendi.

In capite libero] Ἐχαϊκῶς pro *in caput liberum*, ut in 12. tabb. *in eo pecuniaque ejus poteſtas eſto*, item in formula adrogationis. Gell. 5. 19. & Cic. pro *dom.* Caput autem liberum pro pupillo & perſona, quæ ſui juris eſt, *d. c.* 19.

Per ætatem] In Florent. eſt, *propter ætatem. l.* 1. *eod. propter ætatis infirmitatem.* Ulp. *tit.* 11.

COMMENTARIUS.

VIS *ac poteſtas*] Ita & in *l.* 1. *pr. D. eod.* Generis loco ponitur *vis ac poteſtas*, quæ duo frequenter conjunguntur, ut in *l. ſcire.* 17. *de legib.* §. *adipiſcendæ.* 3. *inf. de interd.* & ſignificant δυνάμιν, ἐξουσίαν, ſive facultatem aut jus pro auctoritate quid faciendi ſtatuendive tum in perſona pupilli, tum in rerum pupillarium adminiſtratione, ἀμουνμία in verbo poteſtatis jam notata eſt.

In capite libero] Objectum tutelæ, & eſt vetus locutio, pro *in caput liberum*, ut in illo 12. tabularum: *Si furioſus exiſtat, agnatum gentiliumque in eo pecuniaque ejus poteſtas eſto.* Item in formula adrogationis apud Agell. 5. *c.* 19. *Utique ei vitæ neciſque in eo poteſtas ſiet.* Caput autem liberum pro homine libero veteres dicebant. Cicero 4. *Verrin. Hic de capite libero judicabit.* Liv. *lib.* 31. *cap.* 21. *Libera capita ſine pretio dimiſit.* Hinc caput liberum facere, apud Plautum *Mercat. act.* 1. *ſc.* 2. *v.* 41. *ſeq.* pro manumittere, & 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 gratia conſtituta eſt, ita & ad utilitatem eorum tota referenda. Diſtinguunt itidem tutelam à patria poteſtate, quia magis ipſius patris cauſa comparata eſt, ſicut & dominica domini, cujuſque vis non minus in coërcendo, quam in tuendo filio poſita eſt. Innuunt præterea, tutorem principaliter perſonæ dari, non certæ rei aut cauſæ, in quo differt à curatore, §. 4. *ſeq. tit.* junct. §. 2. *inf. de curat.*

Qui per ætatem ſe ipſe defendere] His verbis diſtinguitur tutela à curatione: quippe quæ comparata eſt eorum omnium cauſa, qui rebus ſuis ipſi ſupereſſe non poſſunt, licet propter aliam cauſam, quam ætatem: ut ſunt furioſi, prodigi, mente capti, & qui perpetuo morbo laborant, §. 3. & 4. *inf. de curat.* In Florent. eſt, *propter ætatem.* Theoph. Διὰ τὸ τὴν ἡλικίας ἀτελές.

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 permiſſa] 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. tut.* Permittitur, quæ prius data eſt aut teſtamento, aut à magiſtratu, illa lege 12. tabb. *l.* 1. *de teſt. tut.* hæc aliis legibus & conſtitutionibus, *inſ. de Attil. tut.* Atque hinc etiam peti poteſt aliqua tutelæ divilio tanquam à cauſa efficiente, partim proxima, partim remota. VINN. Ita quidem vulgo hanc definitionem Servii interpretantur. Sed quum Servius tutelam in genere definiat, quæ tempore illo non modo ad impuberes, ſed ad feminas etiam omnes, quæ in manum non convenerant, pertinebat: proculdubio Tribonianus eam aliquantulum mutavit. Puto itaque talem fuiſſe Servii definitionem: *Tutela eſt vis & poteſtas*, (poteſtas in femina; vis & poteſtas ſimul in pupillo,) *in capite libero*, (pupillo vel femina,) *ad tuendum eum eamve, qui quæve per ætatem vel ſexus infirmitatem ſe defendere nequit, jure civili* (vel expreſſe) *data* (ubi tutela pupillaris,) *vel permiſſa* (& tacite moribus invecta, uti tutela feminarum.) Rem alibi demonſtrabo. Jam id addo, & Conſtant. Harmenopulum *l.* 5. *c.* 11. §. 1. ea quæ omiſſa à Triboniano ſuſpicamur, reſtituiſſe, dum ait ἢ διὰ τὸ τὴν ἡλικιας ἀτελὲς, ἢ διὰ τὸ τὴν ὑπερηγίας ἀσθενὲς ἐπιτετραμμένη, *aut ob ætatis infirmitatem aut rei gerendæ imperitiam permiſſa.* Quis Harmenopulum ea in re auctores ſuos ſequutum eſſe dubitet? HEIN.

TEXTUS.

Definitio & Etymologia Tutoris.

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

COMMENTARIUS.

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

Tutores ſive tuitores] Ἐτυμολογία, ſive notatio verbi tutoris, *l.* 1. §. 1. *eod.* Tutela quoque idem erat veteribus, quod tuitio, ſicut cautela idem quod cautio.

Sicut æditui] Ædituus eſt ædis ſacræ tuitor, id eſt, curam agens, auctore Feſto. Veteribus dicebatur *æditumus*, ſi Gellio credimus *lib.* 12. *c.* 10. ἱεροφύλακα vocat Scævola *l.* 20. §. 1. *de ann. legat.* VINN. Conferendus omnino V. C. Car. Andr. Dukerus *de Latinit. JCt. vet. p.* 28. ubi hanc etymologiam contra L. Vallæ criticam defenſam videmus. HEIN.

TEXTUS.

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 tuæ tempore in poteſtate tua ſit, nepotes ex eo non poterunt ex teſtamento tuo tutores habere, quamvis in poteſtate tua fuerint: ſcilicet quia, mortuo te, in poteſtatem patris ſui recaſuri ſunt.*

NOTÆ.

3. *Liberis impuberibus*] Etiamſi exhæredatis, *l.* 4. *de teſt. tut.* nec obſtat *l.* 73. §. 1. *de reg. jur.* quoniam exhæredatio non extinguit jus ſui hæredis: aut impuberem facit ſuæ poteſtatis, §. 4. *inf. de pup. ſubſt.*

Quos in poteſtate habent] Tutela jure patriæ poteſtatis mandatur, *l.* 40. *de adm. tut. l.* 1. *de teſt. tut. d. l.* 73. §. 1. Itaque nec pater filio emancipato, nec mater liberis tutorem jure dare poteſt; ſed opus eſt confirmatione, *tit. de conf. tut.*

Teſtamento] Codicillorum uſu recepto, etiam codicillis teſtamento confirmatis dari tutores cœperunt, *l.* 3. *de teſt. tut.*

In poteſtatem patris] *l.* 1. §. *ult. eod.* quippe tutorem habere non poteſt, qui eſt in poteſtate patris: nec dari niſi ſuo hæredi. *l.* 73. §. 1. *de reg. jur.* junct. §. 2. *inf. de hær. qualit.*

Non poterunt ex teſtamento &c.] Eſt tamen caſus, ubi tutor utiliter datur nepoti, cujus pater ſuperſtes & in poteſtate, *l.* 10. §. 2. *de teſt. tut.*

COMMENTARIUS.

SPecies tutelæ tres ſunt, teſtamentaria, legitima, & Attiliana ſive dativa, quas nunc ordine perſequitur, initio facto à teſtamentaria, quæ reliquis duabus potior eſt, *inf. tit.* 15. *in pr. l.* 9. §. 1. *in fin. de tut. & rat. diſt.* ſicut & in deferenda hæreditate potior cauſa eſt hæredum ex teſtamento, quam ab inteſtato, *l. quamdiu.* 39. *de acq. hær. 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 perſona dantis exigit, ut ſit parens: in perſona eorum, quibus datur, ut ſint liberi, ut impuberes, ut ſint in poteſtate dantis: ſunt & qui quartum requirunt, ut hæredes inſtituantur, contra expreſſum textum *l.* 4. *de teſt. tut.* & jus veteris patriæ poteſtatis. *arg.* §. 4. *inf. de pup. ſubſt.* In modo dandi, ut detur teſtamento. Teſtamento autem datus etiam is accipitur, qui codicillis teſtamento confirmatis ſcriptus eſt, *l.* 3. *de teſt. tut.*

In filios filiaſque, &c.] Lex duodecim 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 hær. qual. & diff.* tutor autem dari non poteſt, niſi ſuo hæredi, *l. quo tutela.* 73. §. 1. *de reg. jur.*

TEXTUS.

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 vivis parentibus naſcerentur, ſui hæredes, & in poteſtate eorum fierent.*

NOTÆ.

4. *Pro jam natis*] Quoties de eorum commodo quæritur, ut hic, *l.* 7. *l. pen. de ſtat. hom.* aliis autem non proſunt, niſi nati, *l.* 231. *de verb. ſign.* exemplum in *l.* 2. §. 6. *de exc. tut.*

Sui hæredes, & 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 producitur, hoc eſt, ad eos, qui tempore facti teſtamenti adhuc in utero ſunt. Et ait Imp. etiam his teſtamento tutores dari poſſe, hac ratione, quia qui in utero ſunt, in pleriſque juris articulis pro jam natis habentur; nempe quoties de commodo eorum quæritur, ut

in

in casu propositio, *l. 7. & l. pen. de stat. hom.* Poterat & à jure patriæ potestatis ratio peti, *arg. §. 1. inf. de exhær. lib. §. 4. inf. de pup. substit.*

Sui hæredes & 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 hæredes & in potestate ejus futuri essent. Utrumque Q. 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.

NOTÆ.

5. *Emancipato filio*] Idem est, si etiam non emancipato datus sit, codicillis non confirmatis, *l. 1. §. 1. de confirm. tut.*

Omnimodo] Ita ἐπὶ τὸ πλεῖστον, *ut plurimum*, *d. l. 1. §. 2.* interdum enim à voluntate patris recedet prætor, *l. 9. & 2. seqq. eod. l. 4. de test. tut.*

Sine inquisitione] Et sine satisdatione, *d. l. 4. d. l. 1. §. 2. l. 3. l. 6. eod.* A matre autem datus filio instituto, (nam exhæredato à matre dari non potest, *d. l. 4.*) non satisdat quidem, sed ex inquisitione confirmatur, *l. 2. de conf. tut. d. l. 4.* Ex *l. 4. C. de test. tut.* tollenda est negatio in illo loco, *quando autem eos hæredes (non) instituerit.* Cujac. Fabrot.

COMMENTARIUS.

1. *Quibus ex rebus æstimandum, an tutor jure datus sit.*
2. *In quibus differat confirmatio tutoris à patre non ritè dati & dati à matre, vel extraneo.*
3. *Explicatio l. 4. C. de test. tut.*
4. *Confirmatos tutores non pro dativis, sed pro testamentariis habendos.*
5. *In his regionibus ferè duo tantum esse genera tutorum, remissive.*

E*Mancipato filio*] Didicimus *tit. præc. §. præterea. 6.* 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, sitne idoneus necne. Locus postulat, ut de confirmandis tutoribus paulo, quam hic factum est, 1 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 legitimè tutores dederunt, tributum est, ut quod deficit, à magistratu repleatur, datique confirmentur, *l. 1. §. 1. de conf. tut.* Confirmatio autem 2 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, & satisdatione 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 conf. tut.* quæ etiam ratio est, cur datio sustineatur, *d. l. 4. de conf. tut.* & inquisitio præcesserit, *l. 2. l. 5. d. tit. l. qui in tutelam 28. §. 2. de test. tut.* Hoc interest, quod à matre datus satisdatione non oneratur, sed ab ipso prætore ex inquisitione confirmatur; *l. 2. de conf. tut.* cæteri ferè remitti solent ad magistratus municipales confirmandos præstita satisdatione, *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, 3 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 egeat confirmatione, secus si non institutis, id est, præteritis aut exhæredatis dederit; quod apertè 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. tut.* 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 etsi ne tunc quidem cum liberis institutis mater tutorem dat, ipso jure datio valeat, datum tamen à præsidibus confirmari so-

lere. Et ſic bene quoque ſe habent illa ſequentia, *Nullo vero ex his interveniente &c.* nempe ſi aut mater non inſtituto 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. tut.* quoniam tam exheredatio jure patriæ poteſtatis fit, quam dele-
4 gatur tutela. Porro tutores ita confirmati ſub eodem genere cum teſtamentariis comprehendi poſſunt. Primum quia perinde confirmati dicuntur, ac ſi ex teſtamento tutores eſſent, *l.* 3. *eod.* niſi quod à matre aut ab extraneo dati ex inquiſitione confirmentur quod naturam tutoris non mutat, *arg. l.* 8. *& ſeqq. eod.* Deinde quia confirmatio non pendet à voluntate & ſola poteſtate confirmantis, ſed magis in neceſſitate juris poſita eſt; tenetur enim Prætor datum confirmare, & judicium defuncti, cujus proinde potiſſima ratio habetur, in confirmando ſequi. *l.* 1. §. 1. *eod. l. Neſennius.* 32. *de excuſ.* Unde apparet etiam, antequam confirmentur, pro teſtamentariis quadantenus haberi, ut legitimis præferantur; & malè ratiocinari eos, qui ob id, quod is, qui confirmat, aliquando dare cenſetur, per *l. lege.* 130. *de verb. ſign.* tutorem confirmatum pro dativo potius, quam teſtamentario habendum exiſtimant, confundentes confirmationem neceſſariam cum ea, quæ tota pendet ab arbitrio & voluntate confirmantis. Denique teſtamentarius curator diſertè appellatur qui teſtamento datus confirmatus eſt, *l.* 7. *rem pup. ſalv. fore.* Planè non omnes hujus tutelæ ſpecies æque 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. tut.* Apud nos ferè duo 5 tantum ſunt tutorum genera; unum eorum, qui teſtamento; alterum, qui à magiſtratu dantur: nec refert à patre, an à matre dentur; teſtamento, an codicillis. Legitimorum autem tutorum vix apud nos uſus eſt: quanquam ubi teſtamento de tutela nihil cautum eſt, ſolent & tenentur magiſtratus audire cognatos pupilli proximos atque ex iis, qui modo idonei ſint, tutores creare, vid. quæ notamus *inf. in fin. tit. de leg. agn. tut.*

TITULUS DECIMUSQUARTUS.

QUI TESTAMENTO TUTORES DARI POSSUNT.

Conc. lib. 26. *tit.* 2. *Cod. lib.* 5. *tit.* 28.

Continuatio & argumentum Tituli.

SUperiore titulo dictum eſt de iis, qui teſtamento tutores dare & quibus poſſunt: quæ quidem ſola ſpectantur, ſed tunc tantum, cum is, qui datus eſt, & tutor eſſe poſſit; de quo nunc deinceps diſputatur, & ſimul de modis teſtamento tutores dandi, deque intellectu atque interpretatione nonnullorum verborum, quibus teſtator in dando tutore uſus ſit.

TEXTUS.

Qui tutores dari poſſunt.

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

COMMENTARIUS.

Sed etiam filiusfam.] Idque non teſtamento ſolum, ſed etiam à magiſtratu, *l.* 7. *de tutel.* Nec obſtat quod filiusfam. in poteſtate patris eſt: nam tutela munus eſt publicum, *inf. de excuſ in pr.* In publicis autem cauſis filiusfam. non ſequitur jus patris, ſed pro patrefam. habetur, *l.* 9. *de his qui ſui vel al. jur. l.* 14. *ad Treb.* At 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.

TEXTUS.

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 purè inutiliter teſtamento datur tutor: ſed ita,* Quum liber erit, *utiliter datur. Proprius autem ſervus inutiliter eo modo tutor datur.*

NOTÆ.

1. *Libertatem directam*] *l.* 32. §. 2. *de teſt. tut. l. pen. C. de nec. ſerv. man.* Imo fideicommiſſariam. Cujac. Vult. Bach. per *l.* 9. *C. de fidei. hær.* Reſp. *d. l.* 9. accipienda de eo caſu, quo ſervus tutor datus eſt codicillis, vel verbis precariis, veluti, *Peto à te hæres, ut Davus ſit tutor liberis meis*, ut in *l.* 1. §. 1. *de conf. tut.*

Per errorem] Eo quod teſtator liberum eſſe putabat, cum eſſet ſervus, *l.* 22. *de teſt. tut. l.* 24. §. 9. *de fideic. lib.*

ſæpe

ἐπειδὴ ἐπεπλάνητο περὶ τὴν τύχην αὐτῆς ὁ ἀληθεύων, ut ibi Græci.

Servus alienus pure inutiliter] Intellige quoad verba & ſententiam: nam illa datio, *Davus tutor eſto*, non eſt pura quoad ſententiam: cum ſubaudiatur conditio, *cum liber erit*. Ita Cont. ne obſtet *l.* 10. §. *ult. eod.*

Propius 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 Juſtinianus ſervum proprium ſimpliciter tutorem datum, directo liberum fieri.*

NOn ſolum liberi homines teſtamento tutores dari poſſunt, ſed etiam ſervi: quia & cum ſervis teſtamenti factio eſt, *l. teſtamento.* 21. *de teſt. tut.* §. *in extraneis. inf. de hær. qual. & diff.* Diſputatur autem hoc §. de triplici forma mandandæ ſervis tutelæ, tum propriis, tum alienis. Prima hæc eſt: *Davus tutor & liber eſto:* ſecunda; *Davus tutor eſto:* tertia; *Davus tutor eſto, cum liber erit.* De prima ſpecie in ſervo proprio nulla eſt controverſia: in alieno favor pupilli & publicæ utilitatis libertatem fideicommiſſam ſervo defendit, ut nimirum hæres eum à domino emat & manumittat, *l.* 10. *in fin. de teſt. tut.* De ſecunda, quod quidem attinet ad ſervum proprium, Juſtinianus hanc directam libertatem tacitè accepiſſe ſcribit, ac per hoc rectè tutorem eſſe: quod & Paulus non obſcurè indicat *l. quæro.* 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 ope-
1 ra, §. 2. *inf. de ſing. reb. per. fid.* Putat Cujacius, eumque ſecuti Vultejus & Bachov. hoc à Juſtiniano primum conſtitutum eſſe; & quidem invita Juriſprudentia: ſed eos refellit tum locus Pauli modo allegatus, tum quod Juſtinianus ſcribit, *l. pen. C. de nec. ſerv. hær. 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 hær. 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 fit liber. Servus proprius tutor datus, neceſſario. 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. etſi.* 9. *C. de fid. lib.* Communis reſponſio eſt, eum locum accipiendum eſſe de eo caſu, quo ſervus tutor datus eſt codicillis, vel verbis precariis, veluti, *Peto à te hæres, ut Stichus ſit tutor liberis meis* Quod etiam verba *d. l. per fideicommiſſum manumiſiſſe*, ſignificant. Per fideicommiſſum 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* 9. *de fideic. lib.*

Purè inutiliter] Hoc eſt, abſque conditione, *cum liber erit.* Quid igitur eſt, quod Ulpian. ait *d. l.* 10. §. *ult. de teſt. tut.* in hac datione ſemper ineſſe hanc conditionem, *cum liber erit?* An dicemus, hoc contra rationem juris 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 eum liberum eſſe teſtator voluerit, veluti ſi liberum eum eſſe jam ante exiſtimavit? & hoc verum eſt. VINN. Sed dicere malim, veteres hic diſſenſiſſe, & Juſtinianum quidem eorum probaſſe ſententiam, qui expreſſe addendam hanc conditionem exiſtimabant: Tribonianum autem *l.* 10. §. *ult. ff. de teſt. tut.* incaute inſeruiſſe Pandectis, quod & alias aliquando factum eſt. HEIN.

Proprius autem ſervus inutiliter] Nam perinde eſt, ac ſi diceret teſtator, tutor eſto, cum à Domino ſuo libertatem adeptus erit, quod cum Dominus ipſe loquitur, apertè 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.

TUtores teſtamento dari poſſunt non ſolum qui tempore facti teſtamenti jam idonei ſunt ad tutelam adminiſtrandam; verum etiam qui eo tempore idonei non ſunt, modo tales ſint, ut 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 tacitè ſub hac conditione detur, ut tutor ſit, cum ſapere cœperit, *d. l.* 10. §. 3, *l.* 11. *de tutel.* Medio autem tempore tutor aut curator à ma-

gistratu dabitur, *inf. de Attil. tut.* §. 1. *& inf. de curat.* §. *ult.*

Major 25. annis] *l. quaro.* 32. §. *ult. de test. tut.* Et hic interim usque ad legitimam dati tutoris ætatem alius à magistratu dabitur, *l.* 10. §. *si libertus* 7. *de excus.* Recte 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 sub conditione, vel ante hæredis institutionem posse dari tutorem non dubitatur.*

COMMENTARIUS.

1. *Servum, furiosum, minorem 25. annis, à magistratu non rectè tutorem dari, neque tutorem tempori aut conditioni adstringi.*

ETiam in modo testamento tutores dandi placet testatoris voluntatem servari. Itaque non 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. *& 3. de test. tut. l. si adrogati.* 14. §. 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 hæredis institutionem] Apparet hoc favore pupilli jam olim receptum fuisse. Poterat autem de eo dubitari, propterea quod jure veteri ante hæredis institutionem legata inutiliter relinquebantur. Nunc autem nulla amplius dubitandi ratio est, §. 34. *inf. de le-*
1 *gat.* Hic paucis admonendi sumus, ea, quæ de servis, furiosis, minoribus 25. annis tutoribus datis, itemque de tutore tempori aut conditioni astringendo dicta sunt, omnia propria esse tutelæ testamentariæ, atque ex interpretatione verborum legis 12. *Utique quisque legassit, &c.* patri permissa. Non eadem libertas magistratibus data. Nam hi sub conditione tutorem dare vetantur, *l.* 6. §. 1. *de tutel.* quamobrem nec servus, nec furiosus, nec minor 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 præsenti 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* 5. *quand. 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. *Certæ autem rei, vel causæ, tutor dari non potest: quia personæ, non causæ, vel rei, tutor datur.*

NOTÆ.

4. *Certæ rei*] Ex Ulp. *l.* 2. & Marcian. *l.* 14. *de test. tut. Certæ rei*, nec deductis rebus, *d. l.* 12. ὅτε ἐξηρημένων πραγμάτων, ut vertunt Græci. Et si datus fuerit, tota datio non valebit, *l.* 13. *eod.* Aliud juris est, si quis hæres certæ rei scribatur, *l.* 1. §. 4. *de hær. inst.*

Non potest] Universo tamen patrimonio alicujus loci utiliter datur, *l.* 15. *eod.*

Personæ] Principaliter scil. nam per consequentiam etiam rebus pupilli dari intelligitur, *l.* 12. §. *pen. de adm. tut.*

COMMENTARIUS.

1. *Dispositioni hujus* §. *apud nos locum non esse.*

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

Quia personæ] Datur enim tutor ad tuendum pupillum, §. 1. *sup. tit.* ideoque si ad certam rem aut causam datus fuerit, tota datio non valebit, *l.* 12. *cum* 2. *seqq. de test. tut.* quoniam tutoris officio non congruit. Non obstat *l.* 12. §. *eum tutor.* 3. *de adm. tut.* Aliud enim est certæ rei tutorem dare, aliud rebus pupilli omnibus tutorem datum præpositum intelligi. Nam cum personæ pupilli tutor detur, per consequentiam etiam rebus ejus dari intelligitur, quæ conditionem personæ sequuntur. Et vero si personæ pupilli consulendum est, necesse est, ut non tantum personæ & moribus pupilli, sed etiam rebus ejus tutor præponatur, *d. l.* 12. *de test. tut. d. l.* 12. §. *cum tutor* 3. *de adm. tut.* Atque in hoc præcipuè differt tutor à curatore, qui rebus minoris principaliter datur, *l.* 8. *C. de nupt.* & 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,

poſſit, *l.* 15. *de teſt. tut.* quo tamen caſu ſinguli tutores in ſolidum dari 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 1 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, §. *prec.*) 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. tut.* §. *ſed nec.* 27. *inf. de leg.*

TEXTUS.

De tutore dato filiabus, vel filiis, vel liberis vel nepotibus.

5. Si quis filiabus ſuis, vel filiis tutores dederit, etiam poſthumæ, vel poſthumo dediſſe videtur: quia filii vel filiæ 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. Cæterum ſi filios, non continebuntur. Aliter enim filii, aliter nepotes appellantur. Planè ſi poſthumis dederit, tam filii poſthumi, quam cæteri liberi continebuntur.

NOTÆ.

5. *Si quis filiabus*] Ex Ulpian. *l.* 5. & *l.* 6. *de teſt. tut.*

Etiam poſthumæ] 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 ſcil. 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.

COMMENTARIUS.

1. *Appellatione liberorum venire omnes, qui ex nobis deſcendunt.*
2. *Filiorum appellatione in hoc argumento contineri & poſthumos: nepotes non contineri, filias contineri. Et qua horum omnium ratio.*
3. *Appellatione poſthumorum venire liberos omnes naſcituros ſive primi, ſive ulterioris gradus.*

VOluntatis quæſtio eſt, cum quæritur qui liberi appellatione filiorum, liberorum, poſthumorum contineantur. Et de liberis, ut inde incipiam, nulla 1 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 infrà eos ſunt, dediſſe intelligitur, uti ex Ulpian. *l.* 6. *de teſt. tut.* Juſtinianus hoc loco refert; dummodo poſt mortem dantis in poteſtatem patris ſui recaſuri non ſint, §. 3. *ſup. tit.* De filiis duo hic quæruntur: unum eſt, an eorum appellatione etiam poſthumi contineantur: alterum, an & nepotes. De primo ait, *ſi quis filiabus ſuis vel filiis tutores dederit, etiam poſthumæ vel poſthumo dediſſe videtur: quia filii vel filiæ appellatione & poſthumus & poſthuma continentur.* quod & Ulpian. reſpondet *l.* 5. *d. tit.* Cui tamen 2 loco obſtare videtur, quod idem Ulpianus 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 filiis & liberis; poſthumi autem æquè filii & liberi ſunt, ac cæteri. 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 cæteroſque, 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. §. *filiis.* 28. *ad Tertyll. l.* 14. *de ſen. Mac.* Et fingamus in propoſito teſtatorem filios non habere, ſed nepotes tantum: aut finge nepotes ſolos eſſe impuberes, dubitandum non eſt, quin filiorum nomine nepotes intellexerit, ne nihil egiſſe videatur; quod & 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 complecti voluiſſe. Nam nepotibus fortaſſe magis expediat peculiarem tutorem habere, legitimum vel dativum, quam eum, qui à parente datus eſt, qui filiorum tutela ſatis ſit implicitus atque occupatus: cui adde, quod hic agitur de gravando extraneo, cujus interſit ne nimium oneretur. Illud hic omiſſum eſt, an appellatione filiorum etiam filiæ contineantur. Reſponſum eſt contineri *l.* 16. *in pr. de teſt. tut.* quippe in toto jure pronuntiatio ſermonis in ſexu maſculino ad utrumque ſexum

xum porrigitur, *l. 1. l. pronuntiatio.* 195. *de verb. ſign.* De
3 poſthumis eſt in verſ. *Planè ſi poſthumis.* Et ait Imp. ſi poſthumis tutor datus ſit tam filios poſthumos, quam cæteros liberos, contineri, id eſt, ut recte hoc accepit Theophilus, contineri non tantum poſthumos primi gradus, verum etiam ſecundi & ulteriores: ſi modo in ea cauſa ſint, ut ſi vivo teſtatore naſcerentur, in poteſtate ejus futuri ſint, neque teſtamentum rupturi, *l.* 1. §. 1. *de teſt. tut.* Quare neceſſe non eſt, ut cum Haloandro pro *poſthumis* ſubſtituamus *poſteris*, maximè 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. *conſ.* 14. ubi diſputat, an vox Belgica **Kindt** aut **Kinderen** tam latè pateat, quam Latina *liberorum*, ut & Sande *lib.* 4. *rer. jud. tit.* 5. *de fin.* 10.

TITULUS DECIMUSQUINTUS.

DE LEGITIMA AGNATORUM TUTELA.

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

Ratio ordinis & argumentum Tituli.

TEſtamentariam tutelam excipit legitima. Ea eſt, quæ lege defertur 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 ἀναλόγως. Singulæ ſingulis titulis hic explicantur in π & C. omnes uno. Hoc autem titulo exponitur ſpecies prima, quam adgnatorum 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.

NOTÆ.

Ex lege 12. *tabb.*] *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 deferebatur agnatis, niſi remotioribus. Laërt. in *Solon.* contraria vid. ratione, quod ferè quiſque conetur eum, quem proximus hæres inſequitur, expungere, ut ait Perſ.

COMMENTARIUS.

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

Quibus teſtamento] Semper enim legitimi tutores, ut ſupra quoque dictum eſt, cedunt teſtamentariis, *l.* 11. *de teſt. tut. l.* 9. §. 1. *de tut. & rat. diſt.* ſicut & legitimi hæredes 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. *tabb. adgnati ſunt tutores*] Lex. 12. tabb. & ad hæreditatem legitimam vocavit agnatos, atque iiſdem etiam tutelam legitimam detulit. Idque ſumma providentia à lege conſtitutum eſſe Ulp. ſcribit, ut qui ſperarent ſucceſſionem, iidem tuerentur bona, ne dilapidarentur, *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 docuērunt. Dicam tamen obiter. Quod diſcrimen eſt inter gentem & familiam, hoc idem eſt inter gentiles & agnatos. Gens ex pluribus conſtat familiis; quæ ſingulæ cognominibus diſtinguuntur: nam ut nomen univerſæ genti commune eſt: ita cognomen proprium cujuſque familiæ, quæ gente continetur. Qui ejuſdem gentis ſunt, gentiles; qui ejuſdem familiæ, agnati dicuntur. Verbi cauſa, in gente Valeria ſunt Corvini, Maximi, Meſſallæ, Flacci. Hi omnes unam gentem Valeriorum conſtituunt: ſinguli ſingulas in ea gente familias; omneſque inter ſe gentiles ſunt; ſinguli inter ſe etiam agnati. VINN. Recte tamen Cic. *Topic. cap.* 6. addit, gentiles eſſe non omnes, *qui ejuſdem nominis*, ſed, *qui ab ingenuis oriundi, & quorum majorum nemo ſervitutem ſervierit.* Nam & libertos patronorum nomina adſumſiſſe, nemo ignorat. HEIN.

TEXTUS.

Qui ſunt adgnati.

1. *Sunt autem adgnati, cognati per virilis ſexus cognationem conjuncti, quaſi à patre cognati: veluti frater ex eodem patre natus, fra-*

fratris filius, nepoſve ex eo: item patruus & patrui filius, nepoſve ex eo. At qui per fœminini ſexus perſonas cognatione junguntur, adgnati non ſunt, ſed alias naturali jure cognati. Itaque amitæ tuæ filius, non eſt tibi adgnatus, ſed cognatus: & invicem tu illi eodem jure conjungeris: quia qui ex ea naſcuntur, patris, non matris familiam ſequuntur.

COMMENTARIUS.

PEr virilis ſexus] Adgnati dicuntur, qui per virilis ſexus perſonas cognatione juncti ſunt, *l. 7. hoc tit.* §. 1. *inf. de leg. agn. ſucc. l.* 2. §. 1. *de ſuis & leg.* modo non ſint capite minuti, & ſint in familia, §. *ult. inf. eod.* Nihil autem refert, naturâ quæſita ſit agnatio, an adoptione, *d. l.* 2. §. 3. *de ſuis & leg.*

Veluti frater ex eodem patre] Maſculos tantum ex agnatis hoc loco recenſet, quia licet etiam fœminæ quædam nobis agnatæ ſint, veluti ſoror ex eodem patre nata, amita, fratris filia: tutela tamen ſolis maribus jure communi defertur, *l.* 1. §. 1. *hoc tit.*

Naturali jure cognati] Cognationis nomen per ſe generale eſt: ſiquidem cognati dicuntur omnes, qui vel jure ſanguinis, vel jure adoptionis nos contingunt: proinde & agnati. At idem nomen oppoſitum agnationi ad eam ſpeciem cognationis contrahitur, quæ per fœminas copulatur, *l.* 4. §. 2. *l. ult.* §. 1. & 2. *de grad. & aff.* idemque hic planè accidit, quod in nomine adoptionis notavimus ſub §. 1. *ſup. de adopt.* Agnati noſtratibus dicuntur van de Swaert zy / cognati van de Spil zy.

TEXTUS.

Quis dicatur inteſtatus.

2. *Quod autem lex duodecim tabularum ab inteſtato vocat ad tutelam adgnatos: 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.

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

Vivo teſtatore] Exempli cauſa poſitum arbitror. Quid enim ſi poſt mortem teſtatoris ante cœptam tutelam deceſſerit? Sanè non minus hoc, quam illo caſu rectè dicitur paterfam. quoad tutelam inteſtatus deceſſiſſe. Sed etſi tutor teſtamento datus poſt cœptam tutelam deceſſerit, vel in civitate eſſe deſierit, nihilominus ad legitimum tutela redit, *l. 6. hoc tit. l.* 11. §. *pen. & ult. de teſt. tut.* Unde vel magis dicendum eſt, ſi ad certam conditionem vel ad certum tempus datus ſit, exiſtente conditione aut finito tempore ad legitimos tutelam reverti: quaſi qui dedit, pro parte inteſtatus, quod ad tutelam pertinet, deceſſerit. Planè ſi tutor teſtamento datus poſtea excuſatus ſit aut remotus, placet, non legitimum ſuccedere, ſed in locum ejus alium à magiſtratu dari, *d. l.* 11. §. 1. & 2. Diverſi 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 adgnationis quidem jus omnibus modis capitis deminutione plerumque perimitur: nam adgnatio 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 legitimæ tutelæ: & quid moris ceſſante teſtamentaria?*

DIffert agnatio à cognatione etiam in eo, quod agnatio quavis capitis deminutione, etiam minima tollatur, & conſequenter jura agnationi tributa, ut tutelæ & hæreditates legitimæ intereant, *l.* 7. *de cap. min. l.* 5. §. *ult. hoc tit.* Cognationis autem jus non mutetur, niſi maxima aut media capitis deminutio intervenerit. De quo amplius §. *pen. ſeq. tit.* qui hujus loci explicationem continet. Hanc autem inter agnationem & cognationem differentiam idcirco hoc loco propoſuit Juſtinianus, ut aditum ſibi patefaceret ad tractatum de capitis deminutione.

Plerumque] Additum propterea quod jus agnationis certis perſonis novis legibus datum interveniente minima capitis deminutione non perimitur: quippe quibus legibus hæreditates & tutelæ ſic deferuntur, ut perſonæ naturali nomine deſignentur: ut ecce, defertur hæreditas ex Senatusconſultis matri & filio, *d. l.* 7. *de cap. min.* §. 2. *inf. de ſen. Orfic. l.* 1. §. 8. *ad ſen. Tert.* Conſtitutione quoque Anaſtaſii frater emancipatus neglecta capitis deminutione ad legitimam fratris vel ſororis hæreditatem & tutelam vocatur, *l.* 4. *C. hoc tit.* §. 1. *inf. de ſucc. cogn.* Juſtinianus & fratrum emancipatorum filios vocat, *l. ult.* §. 4. *C. de legit. har.* Noviſſimo autem jure cum in totum ſublata ſit agnationis & cognationis hac in parte differentia, pariterque cognati cum agnatis ad legitimam tum hæreditatem tum tutelam vocentur: *Nov.* 118. *c.* 4. & 5. conſequens omnino eſt, legitimam tutelam minima capitis deminutione non amplius tolli.

Quia

Quia agnatio juris civilis nomen] Sicut & familia, cujus appendix eſt agnatio. Neque obſtat, quod etiam aliæ gentes familiarum & agnationum rationem habuerunt: multa enim etiam apud alias gentes obſervantur, quæ tamen non ſunt juris naturalis: quippe non ratione naturali, unde jus gentium æſtimandum, *l. 9. in fin. de juſt. & jur.* conſtituta, ſed civili duntaxat, argumento eſt adoptio, de qua *ſup. tit.* 11. item uſucapio, de qua *lib.* 2. *tit.* 6. tale etiam eſt jus agnationis.

Civilia jura corrumpere poteſt] Quod non ſic accipiendum eſt, quaſi minima capitis deminutione omnia jura civibus tributa amittantur, ſed ea tantum, quæ familiæ illius ſunt propria, è qua capite minutus exit.

Naturalia vero non utique] Οὐ πάντως, 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.*

2 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 tutelaris, ſicubi eſt, aut qui juri dicundo præſunt, tutores, (fere tamen proximos pupilli cognatos,) creant. Ac ne pupilli diu indefenſi maneant, tenetur parens ſuperſtes, aut eo tutelam ſuſcipere recuſante, duo è proximis per defunctum pupillo cognatis, intra certum tempus ſtatutis aut conſuetudine locorum definitum, tutores à magiſtratu petere; qui tum de conſilio eorum, atque etiam ex iis, quod ſine fraude pupillorum fiat, tutores eligit atque conſtituit. Quamobrem pater & mater, iiſve deficientibus, avus & avia, in tutela filiorum ſuorum & nepotum cæteris præferuntur: quibus tamen contutor unus atque alter è cognatis defuncti proximis adjungendus eſt. Patris & avi tutela perpetua eſt: matris & aviæ tranſitu ad ſecundas nuptias finitur: neque ad tutelam admittuntur, niſi prius beneficio Senatusconſulti Vellejani renuntiaverint, juxta diſpoſitionem juris civilis Romanorum, *auth. matri & aviæ & ſeq. C. quand. mul. tut.* Sed nec mater iterum vidua facta tutelam recuperat, uti judicatum refert Mynſ. 3. *obſ.* 84. add. Jo. Gutierez *de tutel. p.* 1. *c.* 8. & 9. Si ex parentibus nemo extabit, tenentur ad minimum duo ex iis, qui pupillum proximè contingunt, unus per patrem, alter per matrem, ſimili modo tutores petere: atque hic quoque proximos tunc eliget magiſtratus, aut ſi illi idonei non ſint, qui proximè ſequuntur, & ita deinceps. Demum ſi cognatorum nemo ſit idoneus, alios ex inquiſitione tutores creabit. Conſule ſtatuta tutelaria Rhynlandiæ. *art.* 12. *cum aliquot ſeqq.* Grot. 1. *manuduct.* 7. Chriſtin. *vol.* 3. *dec.* 147. *n.* 4. *& ſeqq. & deciſ.* 149. ubi refert, moribus Galliæ & Mechlinienſium matrem & aviam non renuntiare Vellejano.

TITULUS DECIMUSSEXTUS.

DE CAPITIS DEMINUTIONE.

Lib. 4. D. Tit. 5.

Continuatio & ſumma Tituli.

IN π hic locus inter reſtitutiones in integrum tractatur *lib.* 4. *tit.* 5. Juſtinianus autem cum in §. *ult. ſup. tit.* docuiſſet, jus agnationis, ac proinde & tutelam legitimam quovis genere capitis deminutionis perimi, inde occaſionem arripuit de ea re plenius ſeparatim diſputandi: quod facit *hoc tit.* ubi primum quid ſit capitis deminutio, definit: deinde diviſo genere in ſuas ſpecies, itidem quid ſint ſingulæ, & quam vim 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, πρότερας καταστάσεως ἐναλλαγή. Apud Paulum in *l.* 1. *eod.* non eſt *prioris Status*, hic eſt, quod à genere, à civitate, à rerum natura tribuitur, *l.* 3. *de int. & releg.* nempe familia, civitas, libertas, *l. ult. h. t.*

Tribus modis] Auſon. *Idyll.* 11. *Triplex libertas capitiſque minutio triplex* nimirum uno ex tribus illis, quæ dixi, amiſſo, contingit capitis deminutio, *d. l. ult.*

COMMENTARIUS.

Capitis deminutio] Verbi capitis varia eſt & multiplex acceptio, ut videre eſt apud Hotomannum & alios in *Lexic.* Hic ſignificat perſonam, locum aliquem in ordine civium proprio obtinentem, quem lo-

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. VINN. Vocabulum hoc è cenſibus Rom. profluxiſſe, oſtendimus in *Antiq. Rom. h. tit.* Et ſane ſemper fere veteres ita loquuntur: *cenſa ſunt capita civium* 260000. Exempla paſſim apud Livium. Quoties itaque civis ſtatum mutabat, nomen ejus è tabulis cenſualibus erat expungendum, adeoque civitas capite minuebatur, vel caput eximebatur de civitate. *l. 2. ff. de publ. judic.* Hinc *caput* pro ſtatu; & *capitis deminutio* pro ſtatus mutatione dici cœpit. HEIN.

Status mutatio] *l. 1. hoc tit. l. 2. de in int. reſt.* Græci, καταστάσεως ἐναλλαγὴ κεφαλῆς ἐλάττωσις. Status quoque vocabulum multa ſignificat: ſed in hoc tractatu accipitur duntaxat pro eo jure, quod ſinguli in civitate habemus, nimirum libertate, civitate, familia, quæ tria ſcite Chremes apud Terentium in *Eunucho act. 4. ſcen. 7. v. 35. ſeq.* his verbis complectitur; *Dico eam eſſe liberam, civem Atticam meam ſororem.*

Tribus modis] Tot enim neceſſe eſt, ſint genera capitis minutionis, quot ſunt, quæ in perſona cujuſque civis conſiderantur, quorumque uno amiſſo ſtatus ejus commutatur, *l. ult. hoc tit.* Qui duo tantum genera faciunt, magnam & minorem, appellatione magnæ maximam & mediam, quæ hic etiam minor dicitur, comprehendunt, quod facit Ulpian. *l. 1. §. ſi filius 4. de ſuis & legit. l. 1. §. capitis minutio 8. ad ſenat. Tertyl.* item Calliſtratus *l. 5. §. ult. de extraord cognit.* VINN. Conf. quæ notavimus ſupra ad §. 4. *de juſt. & jure.* HEIN.

TEXTUS.

De maxima capitis deminutione.

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

NOTÆ.

1. *Vel libertis*] Libertus ingratus jure libertatis exuitur & patrono in ſervitutem redigitur, *l. 2. C. de libert. & eor. lib.* quod & Attico jure obtinuit. Plat. 11. *de legib.* Plut. in *Solon.* Uſurpavit Claudius, Suet. *in ejus vit. c. 25.*

COMMENTARIUS.

CUm omnia amittamus, quæ habemus, libertatem, civitatem, familiam, maximam capitis deminutionem pati dicimur, *l. ult. hoc tit.* Hoc autem iis ſemper accidit, qui ſervi efficiuntur. Nam ſublata libertate tolluntur quoque reliqua duo. Sic Regulus *capitis minor* Horatio, id eſt, ſervus factus per captivitatem. *lib. 3. carm. Ode 5. v. 42.* De modis, quibus quis in ſervitutem redigitur, pleniſſimè explicatum eſt, §. *pen. ſup. de jur. perſ.* & nominatim de ſervitute pœnæ, in §. *pœna ſervus 3. ſup. quib. mod. jus pat. pot.*

Ingratia] 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.

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.*

COMMENTARIUS.

1. *Cur fontibus olim aqua & igni interdici ſolitum?*

Libertas retinetur] *l. 2. §. 1. l. 17. §. 1. de pœn. l. 6. de interd. & releg.* Objici ſolet locus Calliſtrati in *l. pen. §. ult. de extr. cogn.* Sed locus iſte haud dubiè depravatus eſt, & pro *veluti* legendum *vel*, quomodo & in nonnullis codicibus legi teſtatur Accurſius. Alb. Genſilis citra correctionem rem expedit *lib. 3. lect. 10.* ex una particula *veluti* duas faciens *vel uti.* Nimirum Calliſtratus ſub magna capitis deminutione utramque, & qua libertas, & qua civitas amittitur, complexus eſt, quod & aliis familiare eſſe paulo ante monuimus. Niſi quis malit cum Cujacio locum illum de libertate ex jure Quiritium accipere, quaſi jure Quiritium liber non ſit, qui in numero Quiritium non eſt, ut diſputat Cic. *in fin. orat. pro Cæcinna.* VINN. Nihil eſt hac Cujacii ſententia verius. Alia erat libertas juris gentium, alia juris Quiritium, quam luculenter explicavimus in *Antiqu. Rom. adpend. libri 1. §. 25. ſequ.* Illa capitis deminutione maxima; hæc & media eripiebatur. Liv. *lib. 45. cap. 15.* Præclare rem omnem confecit V. C. Ger. Noodt *Obſ. lib. 2. cap. 21.* HEIN.

Cui aqua & igni] Jure à majoribus tradito non licuiſſe, civem, licet noxium, aut ſupplicio capitis afficere, aut libertatem ei civitatemve adimere, multi tradiderunt. Cæſar. *orat. ſua apud Salluſt. de bell. Catil.* Cicero in ſuis *pro Aul. Cæcin. pro dom. ſua, pro Corn. Balb.* Lactant. *lib. 2. cap. 10.* Cæterum cum ad diſciplinæ publicæ vigorem omnino pertineat, delicta & ſcelera malorum hominum impunita non relinqui, inventa ratio eſt, qua civitate, ſalvo inſtituto majorum, expellerentur. Itaque aqua & igni fontibus interdici cœptum eſt, ut his duobus tanquam vitæ humanæ præſidiis deſtituti, ſi exitium ſibi paratum vitare vellent, in exilium proficiſci cogerentur, inque aliam 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, (ſiquidem nulla exilii facta mentione hæc pœna irrogabatur,) ſed tacite tamen morte quodammodo multabantur, vique ipſa expellebantur civitate; cum ſolo aëre vivere aut tegi non poſſent; nec fas eſſet eos aut tecto recipere, aut aqua & igni, cæteriſve, quibus vita continetur,

iuvare, ut ex ead. orat. Ciceronis *pro domo ſua cap.* 29. & 81. liquet.

In inſulam deportatus] Deportatio ſpecies exilii fuit atrociſſima, cum ſcilicet quis ita damnabatur, ut bonis publicatis nervo aut compedibus vinctus & in navim impoſitus à ſervis publicis in certam inſulam deportaretur, ibique in perpetuum concluderetur. Qua pœna manifeſto caput eximitur de civitate, civeſque ad peregrinorum conditionem 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. Jul. pecul. l. pen. in fin. de extr. cogn.* Itaque umbra vetuſti juris adhuc retenta, aqua & igni interdictos noſtri deportatos interpretantur, *l.* 1. §. *hi quibus* 2. *de legat.* 3. *l.* 2. *de publ. jud.* eademque & in aliis locis illorum verborum interpretatio facienda eſt. Conſule Briſſon. *lib.* 3. *ſel. antiq. cap.* 5.

TEXTUS.

De Minima.

3. *Minima capitis deminutio eſt, quum civitas retinetur & libertas, ſed ſtatus hominis commutatur: quod accidit his, qui quum ſui juris fuerint, cœperunt alieno juri ſubjecti eſſe; vel contra, veluti ſi filiusfamilias à patre emancipatus fuerit, eſt capite deminutus.*

NOTÆ.

3. *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. t.*

Emancipatus] Emancipatus capite minuitur, *l.* 8. *in fin. cum l. ſeq. h. t.* quia ut ait Paul. *l.* 3. §. 1. *eod.* emancipari nemo poteſt, niſi in ſervilem imaginariam cauſam deductus; alibi tamen rationem petit à familiæ mutatione, *l. ult. eod.* quod contingit etiam hodie, ſublata licet imagine ſervitutis.

COMMENTARIUS.

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: & numnam poſt, imagine ſervitutis ſublata, capite minui deſierint.*

1 *SED 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.* 8. *ad SC. Tertyll.* ſcribit, hanc capitis deminutionem contingere, ſalvo ſtatu. Quæ videri poſſunt contradictoria. Et utique eſſent, ſi vocabulum ſtatus utroque loco eodem modo acciperet: nulla autem contradictio eſt, ſi eo vocabulo, quod eſt ὁμώνυμον, non in eadem ſignificatione utrobique utatur. Ergo rectè dicit, hanc capitis minutionem contingere ſalvo ſtatu, ſed ſtatu publico, quem quis ut civis habet: rectè item 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. ſec. 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 etſi filiusfam. à patre in adoptionem detur, di-2 cendum 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. & §. antepen. 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 emanci-3 pati 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.* 6. *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. VINN. Paulli ratio ſolida omnino videtur. Hinc quum Virgines Veſtales à pontifice caperentur: id tanquam ſingulare privilegium notat Gellius *lib.* 1. *cap.* 12. quod captæ *ſine emancipatione & ſine capitis minutione è patris poteſtate exierint.* Rationes Vinnii, quibus Paullum oppugnat, non ſunt ma-

maximi ponderis. Nam quod ad primam attinet, unius rei plures cauſſæ eſſe poſſunt. Duo poſteriora ex ipſis Anaſtaſii & Juſtiniani legibus ſolvuntur. Nam quamvis ii imaginarias venditiones ſuſtulerint: voluerunt tamen, ut emancipationes Anaſtaſiana & Juſtinianea ejuſdem cum vetere effectus eſſent: perinde ac ſi venditiones iſtæ fuerint adhibitæ. HEIN.

TEXTUS.

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 permutatur, 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.* 5. §. 2. *de extr. cog.* 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 mutuam ſucceſſionem ex edicto unde cognati vocamur, §. 1. *inf. de ſucc. cogn.*

COMMENTARIUS.

1. *Jus ſanguinis ſeu cognationis quot modis accipiatur.*
2. *Manumiſſos non recipere cognationem ſervitute amiſſam: & beneficio Principis reſtitutos recipere.*

REdit Imp. ad id, quod in §. *ult. ſup. tit.* dixerat, cognationis jus non omnibus modis capitis deminutionis ſolvi, ſicuti ſolvitur agnatio: qua occaſione oblata, ſimul de capitis deminutione, quo res ea planius intelligeretur, differendum putavit; docetque nunc, quod de cognatione dixit, eam capitis minutione non perinde, ut agnationem, perimi, de minima accipiendum eſſe: maximam vero & mediam, utpote quæ mortalitati comparantur, *l. verum.* 63. §. *ſocietas.* 10. *pro ſoc.* etiam intervertere jus cognationis.

Jus quoque cognationis perit] Huic loco obſtare videri poteſt, quod dicit Pomp. *l.* 8. *de reg. jur.* jura ſanguinis nullo jure civili dirimi poſſe. Sed ſciendum eſt, 1
jura ſanguinis ſive cognationis bifariam accipi; vel plane naturaliter, atque pro eo jure, in quo ſola ſanguinis conjunctio ſpectatur; vel pro jure, quod cognatis propter cognationem jure civili vel honorario defertur. Illo modo ſi jus ſanguinis accipias, nullo jure civili dirimi poteſt: ut ecce, jus civile efficere non poteſt, ut qui pater eſt, pater eſſe deſinat, qui frater, deſinat eſſe frater; ut nuptiæ inter patrem & filiam, inter fratrem & ſororem conſiſtant. At poſteriore modo acceptum certis perſonis adimi poteſt; ut puta, poteſt jus civile efficere, ut ne filius patri, frater fratri certo caſu ſuccedat, aut ad bonorum poſſeſſionem unde liberi aut unde cognati vocetur. Nam hæc jura licet naturalia 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 pœn.* unde fit, ut etiam civili conſtitutione, hoc eſt, capitis deminutione, perimantur; excepta tamen ea, quæ ſalva civitate contingit.

Ne quidem ſi manumiſſus] Is qui ſervus aliqua ratione factus eſt, cognationem manumiſſione non recipit, ac proinde ad bonorum poſſeſſionem unde cognati à prætore non vocatur, *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 ſervitute amiſerat, ei reſtituere non poteſt. Planè qui ſervi pœnæ effecti beneficio Principis reſtituuntur, etiam jus cognationis recipiunt, *l.* 1. §. 4. *ad Tertyll. l.* 1. §. *ult. l.* 2. *de bon. poſſ. cont. tab.* Atque hoc quidem jure veteri obtinebat. Juſtinianus autem poſtea etiam libertinos ad ſimi- 2

litudinem 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.* 10. *ſup. de nupt.*

In inſulam deportatus] Deportati quoque jura cognationis amittunt; ſed à Principe reſtituti per omnia priſtinum ſtatum recipiunt, §. 1. *ſup. quib. mod. jus pat. pot. ſolv.*

TEXTUS.

Ad quos Agnatos Tutela pertinet.

7. *Quum autem ad agnatos tutela pertineat, non ſimul ad omnes pertinet, ſed ad eos tantum, qui proximiore gradu ſunt: vel ſi plures ejuſdem gradus ſunt, ad omnes pertinet: veluti ſi plures fratres ſunt, qui unum gradum obtinent, pariter ad tutelam vocantur.*

NOTÆ.

7. *Cum autem ad agnates*] Ex Cajo *l.* 9. *D. de leg. tut.*

Ad omnes] Ita tamen, ut uni decerni poſſit adminiſtratio. *l.* 5. §. 2. *D. de leg. tut.*

COMMENTARIUS.

Qui proximiore gradu] Æquum enim eſt, ut illi onus tutelæ ſubeant, qui & ad ſucceſſionem vocantur, vocantur autem ſoli agnati proximi, *inf. de leg. agn. ſucc.*

Ad omnes pertinet] Si plures ſint agnati eodem gradu, pariter omnibus tutela defertur, *l.* 8. *& l.* 9. *de leg. tut.* nempe quia ad hæreditatem omnes ſimul admittuntur, §. 5. *inf. de leg. agn. ſucc.* Quid ergo ſi aliqui ex proximioribus, vel etiam omnes mortui ſint, vel capite minuti? Et quidem quandiu unus adhuc ſupereſt, & in familia eſt, tutela penes eum remanet, per *l.* 3. §. 5. *de leg. tut.* Cæterum ſi omnes deceſſerint, vel capite minuti ſint, ſequentes in tutelæ adminiſtrationem ſuccedunt, *d. l.* 3. §. *pen.* Qua in re tutela legitima olim differebat à legitima agnatorum hæreditate, in qua placebat ſucceſſionem non eſſe, hoc eſt, ſi proximi defeciſſent, inſequentium gradum non admitti, §. *placebat.* 7. *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.* 8. Idem dicendum videtur & ſi proximus idoneus non ſit ad tutelam gerendam, *arg.* §. *pen. inſt. de curat. l. non ſolum.* 10. §. *ſi libertus.* 7. *de excuſ.* quaſi hic proximus gradus adhuc ſuperſit. Noviſſima Juſtiniani conſtitutione legitima tutela cognatis juxta defertur, ac agnatis, *Nov.* 118. *c.* 5. Ut Platonis quoque lege cautum, ἐπιτρόπους εἶναι τοὺς ἐγγύτατα γένει ὄντας πατρὸς ἢ μητρός. *l.* 11. *de legib.*

TITULUS DECIMUSSEPTIMUS.

DE LEGITIMA PATRONORUM TUTELA.

Lib. 26. D. Tit. 4. Cod. lib. 5. Tit. 30.

Continuatio.

EX quatuor generibus, in quæ tutelam legitimam diſtribuimus, primum explicatum eſt, tutela agnatorum: alterum nunc ſequitur, patronorum, qui & ipſi propriè legitimi tutores ſunt ex ratione & mente legis 12. tabb. *l.* 1. *l.* 3. *de leg. tut.* junct. *l.* 6. §. 1. *de verb. ſign.*

TEXTUS.

Ex ratione L. 12. Tabb. quæ tutelas agnatis idcirco defert, quia hæredes ab inteſtato ſunt, inductum eſt, ut patroni libertorum ſuorum tutelam ſuſciperent, quæ ideò legitima dicitur. l. 3. D. de legit. tut.

Ex eadem lege duodecim tabularum libertorum & libertarum tutela ad patronos liberoſque eorum pertinet, quæ & ipſa legitima tutela vocatur, non quia nominatim in ea lege de hac tutela caveatur: ſed quia perinde accepta eſt per interpretationem, ac ſi verbis legis introducta eſſet. Eo enim ipſo, quod hæreditates libertorum libertarumque, ſi inteſtati deceſſiſſent, juſſerat lex ad patronos, liberoſve eorum pertinere, crediderunt veteres, voluiſſe legem etiam tutelas ad eos pertinere: quum & adgnatos, quos ad hæreditatem lex vocat, eoſdem & tutores eſſe juſſerit: quia plerumque ubi ſucceſſionis eſt emolumentum, ibi & tutelæ onus eſſe debet. Ideò autem diximus, plerumque: quia ſi fœmina impubes manu-

numittatur, ipsa ad hæreditatem vocatur, quum alius sit tutor.

COMMENTARIUS.

NOn quia nominatim] Lege 12. tabb. patronis tutela defertur, non propalam aut nominatim & disertis verbis, quemadmodum agnatos lex vocat, sed per consequentias hæreditatium, quæ ex ipsa lege patronis datæ sunt, *l. 3. pr. de leg. tut.* Ulp. *de tutel.* §. 2.

Per interpretationem] Prudentum scilicet, quibus permissum erat leges publicè interpretari, & consulentibus de jure respondere, §. *responsa prudentum* 8. *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. 17. de legib.*

Ubi successionis est emolumentum] Prudentum collectio fuit, patronos ideo ad tutelam libertorum à lege vocari, quia vocantur ad eorum intestatorum hæreditatem, hoc argumento, quod non aliam ob causam tutela agnatis delata fuit, quam quod & ipsos ad hæreditatem 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. 4. C. de cad. toll.*

A fœmina manumittatur] Interdum alibi est hæreditas, alibi tutela: quod fit, cum illi, qui ad hæreditatem vocantur, non sunt idonei ad tutelam administrandam; ut puta si fœmina manumiserit, aut consanguinea sit pupillo, *d. l. 1.* §. 1. quippe tutela virile munus est, *l. 16. l. ult. de tutel. l. 2. de reg. jur.* Excipiuntur mater & avia, quibus liberorum suorum tutelam gerere tamdiu permittitur, donec ad secundas nuptias transeant, ea tamen conditione, ut inter gesta Senatusconsulti Vellejani auxilio renuntient, *auth. matri & aviæ. cum auth. seq. C. quant. mul. off. tut.*

TITULUS DECIMUSOCTAVUS.

DE LEGITIMA PARENTUM TUTELA.

TEXTUS.

Exemplo patronorum recepta est & alia tutela, quæ & ipsa legitima vocatur: nam si quis filium aut filiam, nepotem aut neptem ex filio & deinceps, impuberes emancipaverit, legitimus eorum tutor erit.

COMMENTARIUS.

DErtia species tutelæ legitimæ parentum est, qui liberos impuberes contracta fiducia emanciparunt; id quod ex constitutione Justiniani semper fieri intelligitur, §. *ult. de leg. agn. succ. l. ult. C. de emanc. lib.* repete quæ notavimus ad §. *præterea. 6. sup. quib. mod. jus pat. pot.* Hæc autem tutela non eodem modo per interpretationem legis 12. tabb. introducta est quo præcedens illa patronorum: neque enim ut lex patronos ad successionem libertorum vocat, ita & vocat parentes ad successionem liberorum emancipatorum: unde Ulpianus hanc tutelam non legitimam, sed *fiduciariam* appellat, *tit. de tutel.* §. 4. Cæterum quia ad similitudinem tutelæ patronorum 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.* hæreditatem vocatur: *l. 10. de suis & legit. l. 2. C. ad sen. Tert.* §. *ult. inf. de leg. agn. succ.* obtinuit ut etiam hæc tutela legitima potius diceretur, 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 DECIMUSNONUS.

DE FIDUCIARIA TUTELA.

TEXTUS.

Filiifam. 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 neptem, vel deinceps impuberes manumiserit, legitimam nanciscitur eorum tutelam. Quo defuncto si liberi ejus virilis sexus existant, fiduciarii tutores filiorum suorum, vel fratris, vel sororis, vel cæterorum efficiuntur. Atqui patrono legitimo tutore mortuo, liberi quoque ejus legitimi sunt tutores, quoniam filius quidem defuncti, si non esset à vivo patre emancipatus, post obitum ejus sui juris efficeretur,

nec in fratrum poteſtatem recideret, ideoque nec in tutelam: libertus autem ſi ſervus manſiſſet, utique eodem jure apud liberos domini poſt mortem ejus futurus eſſet. Ita tamen hi ad tutelam vocantur, ſi perfectæ ſint ætatis: quod noſtra conſtitutio in omnibus tutelis & curationibus obſervari generaliter præcepit.

NOTÆ.

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 perfectæ ſint ætatis] Vid. Bachov. ad §. 13. *inf. de excuſat. Tutor.*

COMMENTARIUS.

GEnerali tutelæ legitimæ appellatione etiam fiduciariam complexi ſumus, *ſup. de leg. agn. tut.* quia & ipſa vicem quadantenus legitimæ ſuſtinet: ut enim tutores legitimi, ita & fiduciarii ipſo jure tutores fiunt & excludunt Atilianos: unde & permixtè iiſdem locis, quibus de legitimis tutoribus diſputatur, etiam de fiduciariis 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. VINN. Proprie fiduciaria tutela fuit, quam *per ſimilitudinem patroni* ſuſcipiebat pater naturalis, qui remancipatum ſibi ab emtore filium manumiſerat. Ulp. *tit.* XI. §. 5. Adeoque hoc nomen ei tutelæ competebat, quam ſuperiore titulo *legitimam parentum tutelam* vocat Juſtinianus. Et ſane, quum contractus fiduciæ inter patrem naturalem & fiduciarium intercederet: vix excogitari poteſt ratio, cur fratrum potius tutela, quam parentum, vocanda ſit *fiduciaria*. Cæterum hæc tutela non minus ex interpretatione legis XII. tabularum fluit, quam illa. Pater enim emancipans veluti patronus eſt, ergo frater emancipati patroni filius. Ergo ad eumdem, mortuo patre, tutela pertinet. HEIN.

Filiorum ſuorum, vel fratris, vel ſororis, vel cæterorum] Obſervandum hic eſt, tres fiduciariæ 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 fiduciarius tutor erit: contra quam Hotom. & Mynſ. exiſtimant. Cur autem ne hic quidem legitimus ſit, mox intelligetur.

Atqui patrono] Πρόληψις. Videri enim poterat dicendum eſſe, hoſce omnes eſſe tutores legitimos, exemplo liberorum patroni, qui patrono legitimo tutore mortuo legitimi fiunt tutores liberti. Sed exemplum hoc diſſimile eſt. Nam lex duodecim tabb. non modo patronos, verum etiam liberos eorum ad legitimam ſucceſſionem libertorum vocat, & conſequenter etiam ad tutelam, eadem videlicet ratione, qua vocantur patroni. Pater autem aut frater 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 affert, particularis eſt, & claudicare videtur in nepote ab avo emancipato. Etenim nepos ſi emancipatus non fuiſſet, poſt mortem avi in poteſtatem patris ſui in poteſtate 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 recidunt; quippe qui & exhæredatus eandem poteſtatem retineat: neque ad patrem, quantumvis hæredem, jus patronatus, quod avus in nepote habuit, tranſit, *per l.* 1. §. *pen. ſi à par. quis man.* ut mirum non ſit eum non ſuccedere in tutelam, qui non ſuccedit in jus patroni, aut in poteſtatem, quæ tutelæ cauſam dedit. Rectè autem hic notant interpp. fiduciarios tutores eſſe deſiiſſe, 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.

Perfectæ ætatis] *l. ult.* §. 4. *C. de leg. hær.* Ætatem autem perfectam appellat, qua completur virilis vigor, nempe annorum quinque & viginti, *l.* 1. §. 2. *de min. l.* 4. *l.* 8. *de leg. tut. l. ult. C. eod. l. ult. C. de his qui ven. ætat.* Quæ notat Cujacius, & Pacius exſcripſit, olim ita jus fuiſſe, ut minores 25. annis legitimi & dativi tutores fierent, &c. falſa eſſe oſtendimus *inf. de excuſ.* §. *item major.* 13.

TITULUS VIGESIMUS.

DE ATILIANO TUTORE, ET EO, QUI EX LEGE JULIA ET TITIA DABATUR.

D. Lib. 26. Tit. 5. C. Lib. 5. Tit. 34. & 36.

Continuatio & ſumma tituli.

PRogreditur nunc Imp. ad tertiam tutelæ ſpeciem, nempe dativam ſive Atilianam, cujus poſtrema ratio eſt; docetque quibus ex legibus, à quo magiſtratu, & quando tutores dentur. Poſtremo nonnihil attexit, quod ad tutores omnes & officium eorum in univerſum pertinet.

TEXTUS.

Jus antiquum, ſi nullus ſit tutor.

Si cui nullus omninò tutor fuerat, ei dabatur in urbe quidem à Prætore Urbano & majore parte tribunorum plebis tutor ex lege Atilia: in provinciis verò à præſidibus provinciarum ex lege Julia & Titia.

NOTÆ.

Ex Lege Atilia] 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 Atilia ſublatum in hac cauſa fuiſſe jus intercedendi collegarum. Hotom.

Lege Julia & Titia] Unica hæc lex fuit, ut lex Julia & Papia, at quando aut à quibus lata ſit, parum conſtat. VINN. Immo conſtat ſatis, eam legem latam eſſe anno U. C. 722. Cæſare Aug. III. & M. Titio Coſſ. Vid. H. Valeſ. *ad Excerpta Peireſc. p.* 61. Atilianam contra anno 443. à L. Atilio Regulo, tribuno plebis, (vid. Liv. *lib.* 9. *cap.* 30.) latam eſſe, demonſtravimus in *Antiqu. Rom. h. t.* §. 9. HEIN.

COMMENTARIUS.

NUllus omnino] Neque teſtamentarius, neque legitimus, aut qui ſub illis continentur, à magiſtratu confirmandus & fiduciarius. Atque hæc ſpecies ex duabus ſummis quæ locum Atiliano tutori faciunt, prima eſt. Altera eſt in §. 1. *hujus ejuſdem tituli.* Duæ autem cauſæ in hoc principio indicantur, quas ad conſtitutionem hujus tutelæ concurrere oportet; una eſt remotior, nimirum leges Atilia, Julia & Titia, quæ quando aut à quibus latæ, parum conſtat: altera propinqua eſt, videlicet factum magiſtratus, cui ex iſtis legibus jus dandi tutores competit, ut in urbe prætori cum tribunis plebis: in provinciis præſidibus earum. Unde diſcimus eos ſolos jus dandi tutores habere, quibus id nominatim lege aliqua conceſſum eſt, *l.* 6. §. 2. *de tutel.*

Majore parte tribunorum] Id eſt, ſex: erant enim decem, *l.* 2. §. 34. *de orig. jur.* Liv. *lib.* 3. *cap.* 30. 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 alioqui vel unius è collegis interceſſione impediri potuiſſet, quod cæteri decreviſſent, ut rectè hic monet D. Hotom. & paſſim teſtatur Livius.

TEXTUS.

Si ſpes ſit futuri tutoris Teſtamentarii.

1. *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 exiſtebat, tamdiu ex eiſdem legibus tutor petendus erat, qui deſinebat eſſe tutor, ſi conditio extiterat, aut dies venerat, aut hæres extiterat.*

COMMENTARIUS.

1. *Tutor ex certo die teſtamento datus cur ſtatim non fiat tutor.*
2. *Cur placeat teſtamentariam tutelam in ſuſpenſo eſſe, quamdiu nemo hæres ex teſtamento exiſtit.*
3. *Quibus caſibus accidat ut inter mortem teſtatoris & aditionem hæreditatis pluſculum temporis intercedat.*
4. *Aliquando etiam ad adeundam hæreditatem impuberi tutorem à magiſtratu dandum.*

HIc alter caſus proponitur, quo tutor à magiſtratu datur, nempe ſi is, qui teſtamento datus eſt, impediatur, quo minus in præſentia tutelam capeſſat. Sic enim in univerſum jus eſt, ut quamdiu ſpèratur 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

Sub conditione aut ex certo die] Ex *d. l.* 11. *de teſt. tut.* De conditione res certa eſt: quippe quæ actus omnes ſuſpendit, §. 4. *inf. de verb. obl.* Dies quoque incertus pro conditione eſt, *l.* 1. §. 2. *l. dies.* 75. *de cond. & dem.*

1 De certo die juſta eſſe poterat dubitandi ratio. Nam ſicut obligationi dies certus adjectus non impedit, quominus quod promiſſum eſt, præſenti die debeatur; §. 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.

2 *Nemo hæres exiſtebat*] Hoc idem traditur in *l.* 10. *pr. de teſt. tut.* & ratio eſt, quia quamdiu pendet aditio hæreditatis, tamdiu quoque in ſuſpenſo ſunt omnia, quæ in teſtamento ſcripta ſunt; atque ut adita demum hæreditate confirmantur, ita ea non adita una cum

3 teſtamento corruunt, *l.* 9. *d. tit.* Poteſt autem fieri, ut inter mortem teſtatoris & aditionem hæreditatis pluſculum temporis intercedat, vel quod hæres ſub conditione inſtitutus ſit, vel quod diebus cretionum aut jure deliberandi utatur. Cæterum hæc ad eum duntaxat caſum referri poſſe videntur, quo confirmatio teſtamenti pendet ab aditione hæredis inſtituti. Nam ſi filium impuberem, quem in poteſtate pater habet, tutore dato ſimul hæredem inſtituit, is ut ſuus hæres & neceſſarius ipſo jure hæreditatem capit, §. 2. *inf. de har. qual.* Atque ut ſtatim poſt mortem patris & ipſo jure hæres exiſtit, ita & tutela hoc ipſo ſtatim confirmatur; cum, ut Jo. Faber loquitur, ſuitas pro aditione ſit, *l.* 14. *de ſuis & leg.* quod latius perſequitur Ant. Fab. *Juriſpr. tit. qui teſt. tut. pr.* 1. *ill.* 18. At finge, patrem filio impubere, cui tutorem dedit, exhæredato extraneum hæredem inſtituiſſe, dum hæres de adeunda hæreditate deliberat, alius interim tutor à magiſtratu petendus erit. Idem dicendum eſt, ſi pater filio emancipato ſive exhæredato ſive præterito tutorem dederit: nam & confirmandus pro teſtamentario eſt. Neceſſe eſt autem prius teſtamentum confirmari aditione hæredis, quam à prætore confirmetur, qui tu-

4 tor datus eſt. Sed &, ſi pater filio emancipato hæredi inſtituto, aut mater liberis, aut extranei extraneis item hæredibus inſtitutis tutorem dederint, adhuc à magiſtratu tutor dandus eſt ad adeundam hæreditatem, quoniam curatoris auctoritas ad hoc inutilis eſt, *l.* 9. *de tut. dat. l.* 19. *de auct. tut. l.* 17. §. 1. *de appell.* Verum hujuſmodi ſpecies non videtur ad propoſitum pertinere, propterea quod Juſtinianus hic agit de tutore non ad unum aliquem actum, ſed ſimpliciter dando.

Qui deſinebat eſſe tutor] Pertinet hoc ad modos, quibus finitur tutela Atiliana, de quibus agitur in §. 2. *& pen. inf. quib. mod. tut. finitur.*

TEXTUS.

Si tutor ab hoſtibus ſit captus.

2. *Ab hoſtibus quoque tutore capto, ex his legibus tutor petebatur; qui deſinebat eſſe tutor, ſi is, qui captus erat, in civitatem reverſus fuerat. Nam reverſus recipiebat tutelam jure poſtliminii.*

COMMENTARIUS.

Ab hoſtibus capto] Idemque erat, ſi tutor legitimus apud hoſtes eſſet, *l.* 1. §. 2. *de leg. tut.* Nam propter incertum eventum tutoris redituri, 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 deceſſerit? Legitimus nimirum, hoc eſt, agnatus proximus tutelam, in prætorio tutore finitam, excipiet, *arg. l.* 9. §. 2. *de tut. & rat. diſtr. l.* 11. §. 3. *de teſt. tut.* Qua ratione dicendum eſt, etiam legitimo tutore capto atque apud hoſtes mortuo, eum, qui interim à magiſtratu datus erat, tutorem eſſe deſinere, atque ad inſequentis gradus agnatos tutelam reverti.

TEXTUS.

Quando & cur deſierint ex dictis Legibus tutores dari.

3. *Sed ex his legibus tutores pupillis deſierunt dari, poſteaquam primo conſules pupillis utriuſque ſexus tutores ex inquiſitione dare cœperunt, deinde prætores ex conſtitutionibus. Nam ſupradictis legibus neque de cautione à tutoribus exigenda, rem pupillis ſalvam fore; neque de compellendis tutoribus ad tutelæ adminiſtrationem, quicquam cavebatur.*

NOTÆ.

3. *Primo conſules*] Quod à Claudio Cæſare inſtitutum tradit Suet. *cap.* 23. Plin. 9. *ep.* 13. datum ſe à conſulibus tutorem Helvidii filiæ.

Ex inquiſitione] Apud Theoph. vulgo legitur κ. *juriſdictionem*, ad quem modum etiam Hotom. locum emendat; ſed perperam, & in MSS. Th. eſt κ. ἀνακρίσεως, teſte Fabrot.

Prætores] Scil ſoli abſque tribunis. Prætorem tutelarem primus fecit M. Antoninus Philoſ. Capitolinus in *ejus vita, cap.* 10.

Neque de cautione] Vid. *inf. de ſatiſd. tut. pr. &* §. 3.

COMMENTARIUS.

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 prætoris potiſſimè pertineret, arguit certè id locus Modeſtini in *l.* 1. §. 1. *de confirm. tut.* in verbis ἐπὶ τῶ ὑπατικῶ ἐξουσίας.

Ex inquiſitione] D. Hotom. reponit, *ex juriſdictione*, quomodo etiam legiſſe videtur Theophilus, qui vertit κ. *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 certa

deſi-

definita est. Discimus autem ex Modestino, quatuor potissimum in rebus eam consistere, ut inquiratur, tutor creandus sitne vitæ frugi, & honestis moribus? sitne locuples? num se ingerere voluerit, ut crearetur? denique num pecunia data tutelam ambierit? *l. scire oportet.* 21. §. *ult. de tut. & cur. dat.*

Prætores ex constitutionibus] Jul. Capitolinus *cap.* 10. hoc tribuit M. Antonino Philosopho; *Prætorem*, inquit, *tutelarem primus fecit, cum ante tutores à consulibus poscerentur, ut de tutoribus diligentius tractaretur.* Atque hic iterum observandum, neque consules neque prætores vi imperii aut magistratus sui jus dandi tutores habuisse, sed tum demum habere cœpisse, postquam id iis specialiter datum est constitutionibus Principum.

Nam supradictis legibus] Duplicem causam affert, cur tandem ex legibus Atilia, Julia & Titia tutores amplius dari non placuerit: una est, quia istis legibus nihil cavebatur de satisdatione à tutoribus exigendâ, rem pupilli salvam fore: altera, quia nihil definiebatur de compellendis tutoribus ad tutelæ administrationem, quod utrumque factum est constitutionibus. Neutrum autem proprium est hujus generis tutorum: nam cautio vel maximè ad legitimos pertinet, ut videbimus *inf. de satisd. tut.* Coactio vero omnium tutorum communis est. Coguntur autem extra ordinem remediis prætoriis, 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 satisd. tut.* Nostris moribus certo loco addici solent, cauponæ sive diversorio, quæ forma compellendi & exequendi **Gpfelinge** vocatur, & apud nos usitata est in præstatione facti, vid. *art.* 31. *ord. just. & art.* 14. *cum* 2. *seq. amp. Inst. cur.* Compelli tamen & alia paratæ sive præsentaneæ executionis via possunt, si hoc consultius videbitur, *art.* 11. *statut. Rhijnland.* 1

TEXTUS.

Jus Novum.

4. *Sed hoc Jure utimur, ut Romæ quidem præfectus urbi, vel prætor secundum suam Jurisdictionem, in Provinciis autem præsides ex inquisitione tutores crearent, vel magistratus jussu præsidum, si non sint magnæ pupilli facultates.*

NOTÆ.

4. *Secundum suam Jurisdictionem*] Prætoris imperium muris urbis definiebatur, præfecti urbis usque ad centesimum lapidem. *l.* 1. §. 1. *de off. præf. urb.*

Præsides] Hoc nomine hic videntur intelligi omnes, qui provincias regunt, non soli legati Cæsaris, *l.* 1. *D. de off. præf.* junct. *l.* 1. *D. de tut. dat.*

Ex inquisitione] Quæ quibus in rebus consistat, docet Modest. *l.* 21. §. *pen. & ult. de tut. dat.*

Magistratus] Intellige municipales, *l.* 3. *d. tit. l.* 2. §. 23. *D. ad sen. Tertyll.* Græci στρατηγὸς appellant. Theoph. & Basil.

COMMENTARIUS.

1. *Jure magistratus quæ competere dicantur: & quæ specialiter tributa.*
2. *Ea quæ jure magistratus competunt, mandata jurisdictione transire, specialiter concessa non item.*
3. *Vocabulo jurisdictionis latè sumpto etiam ea, quæ specialiter tribuuntur, non absurdè eò referri.*

Præfectus urbi] Qua primum lege tutoris dandi potestas præfecto urbis data sit, non memini legisse: datam tamen constat, *l. Titius.* 45. §. *Roma.* 3. *de excus. l.* 1. *C. de tut. illustr.* Olim hic magistratus juri dicundo constituebatur ad tempus, regibus aut magistratibus urbe profectis. Post cœpit constitui ad paucos dies tantum, quoad solemne sacrum feriarum Latinarum peractum esset. Primus Augustus præfecturam urbanam perpetuam fecit, teste Tacito 6. *annal. cap.* 10. 11. Auxit deinde potestatem præfecti Divus Severus, 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 Gruch. 2. *de comit.* 2. VINN. Immo jam ab Augusti temporibus cognitio aliqua de criminibus penes præfectum prætorio fuisse videtur. Id enim velle puto Tacitum *l. c.* verbis: *qui coërceret servitia, & quod civium audacia turbidum, nisi vim metuat.* Mox pleraque crimina à præfecto urbi vindicata. Idem enim Tacitus *lib.* 14. *Annal. c.* 41. auctor est, Valerium Ponticum *ignominia relegationis adfectum, quod reos, ne apud præfectum urbi arguerentur, ad prætorem detulisset.* Conf. Tacit. *Hist. lib.* 2. *cap.* 63. *sequ.* Dosith. *Epist. Hadr. cap.* 7. Unde Severus territorium tantum hujus jurisdictionis ad centesimum ab urbe lapidem protulisse videtur. HEIN. 1

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 præesset, *l.* 2. §. *cumque consules.* 27. *de orig. jur.* Prætori igitur jure magistratus sui competit jurisdictio, & imperium, quod jurisdictioni cohæret, in causis, de quibus, & inter personas, quibus jus reddere jussus est. His opponuntur quæ specialiter lege aliqua vel constitutione magistratui postea tributa sunt, *l.* 1. *de off. ejus cui mand.* Cujusmodi est imperium, quod dicitur merum, *d. l.* 1. item actiones legis, quæ in specie sic appellantur, ut adoptio, emancipatio, manumissio, *arg. l.* 2. *&* 3. *de off. proconf. l.* 1. *de off. jur. d. l.* 1. *C. de adopt.* Paul. 2. *sent.* 25. atque hujus quoque generis est tutoris datio, *l.* 6. §. 2. *de tutel.* Ex quo loco apparet, lege concedi non tantum ea dici, quæ in causis singulis specialiter singulis conceduntur, puta 1

Titio aut Mævio: ſed etiam quæ in univerſum tribuuntur, & ſub nomine officii, puta prætori, præſi-
2 di &c. Quæ jure magiſtratus competunt, natura ſua inſunt juriſdictioni, & ideo mandata juriſdictione tranſeunt; quæ autem ſpecialiter magiſtratui conceſſa ſunt, non tranſeunt: quia ea non ex natura officii ſui habet, ſed ex nova & adventitia auctoritate, quæ ad officium & juriſdictionem magiſtratus, cui tributa ſunt, neceſſario non pertinet. *l.* 1. *de off. ejus cui mand. l.* 8. *de tut. & cur. dat. d. l.* 2. *&* 3. *de off. proconſ.* Cæterum ſi latius verbum juriſdictionis, aut hæc verba, *jure magiſtratus*, accipias etiam ea, quæ ita, uti diximus, magiſtratui ſpecialiter conceſſa ſunt, ad officium ejus aut juriſdictionem pertinere, haud abſurde dixeris, *arg. l.* 1. *de juriſd. l.* 3. *pr. de poſtul. l.* 3. §. 5. *jud. ſolv. d. l.* 2. §. 1. *de off. proconſ.* utique acceſſione novæ auctoritatis ple-
3 nius 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 ſubjectæ ſunt, per *l.* 1. *in fin. l.* 3. *de tut. dat. l. ult. de juriſd.* ut *ſecundum juriſdictionem ſuam* idem valeat, quod *ſecundum territorium juriſdictionis ſuæ*: puta Romæ duntaxat, aut in vicinis urbi municipiis, *arg. l.* 5. *de confirm. tut.* D. Tulden. *hic c.* 3. poſt Mynſ. & alios.

Præſides] Generali nomine præſidis & proconſul & præfectus Ægypti, omneſque, qui provincias regunt, appellantur, *l.* 1. *de 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 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 remiſiſſet, *l.* 1. §. *ſi præſes.* 3. *&* §. *ſi curatores.* 5. *de mag. conv.* Nec admodum diſſimile eſt exemplum legati proconſulis, qui mandata demum a 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. VINN. Mandari non poterat tutoris datio. Diſerte enim Ulpianus *l.* 8. *ff. de tut. & cur. dat. Nec mandante præſide alius tutorem dare poteſt.* Unde recte Vinnius ait, ſuo proprio jure magiſtratus municipales tutores dediſſe, quia id illis conceſſum oratione D. Marci *l.* 3. *ff eod.* at non ſimpliciter, ſed ſi à præſide tutorem dare juſſi ſint. Rem omnem præclare expoſuit V. C. Ger. Nood. *de juriſd. lib.* 2. *cap.* 8. *p.* 127. HEIN.

TEXTUS.

Jus Noviſſimum.

5. Nos autem per conſtitutionem noſtram hujuſmodi difficultates hominum reſecantes, nec exſpectata juſſione præſidum, diſpoſuimus, ſi facultates pupilli vel adulti uſque ad quingentos ſolidos valeant, defenſores civitatum una cum ejuſdem civitatis religioſiſſimo antiſtite, vel alias perſonas publicas, id eſt, magiſtratus, vel juridicum Alexandrinæ civitatis, tutores vel curatores creare: legitima cautela ſecundum ejuſdem conſtitutionis normam præſtanda, videlicet eorum periculo, qui eam accipiunt.

NOTÆ.

5. *Conſtitutionem*] Intelligit *l.* 30. *C. de Epiſc. aud.*

Quingentos ſolidos] Quod ſi pupilli majores ſint quingentenariis, à præſidibus dabitur tutor.

Defenſores civitatum] De defenſoribus civitatum vid. *lib.* 1. *C. tit.* 55. *Novell.* 15. περὶ τῶν ἐκδίκων. Alc. 3. *diſp.* 5.

Religioſiſſimo antiſtite] Ἐυλαβεστάτῳ ἐπισκόπῳ. Th. in conſtitutione. Θεοφιλεστάτῳ, *Deo chariſſimo.*

Juridicum] Cui etiam olim data eſt legis actio, & jus tutores dandi, *l.* 1. §. 2. *D. de off. jurid.* δικαιοδότης 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 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 exſpectato. *l. ſancimus.* 30. *C. de epiſc. aud.* Ergo ſi majores ſint pupilli facultates, juſſus præſidis, ut ante, expectandus erit.

Quingentos ſolidos] Solidum idem eſſe, quod aureum, ex innumeris locis patet. Aureus centum continet valetque ſeſtertios. Ergo quingenti aurei ſive ſolidi efficiunt quinquaginta HS. millia; noſtræ monetæ Caroleos bis mille quingentos. Vid. Briſſon. & Hotoman. *in comm. de verb. ſign.* ex profeſſo autem hanc rem tractant Budæus *de aſſe*, & idem Hotom. *de re nummaria.*

Vel alias publicas perſonas] Id eſt, magiſtratus; quos ſingulæ civitates more ſuo atque inſtituto habent. Cujacius ſcribit, conſtitutionem Juſtiniani exigere, ut legamus, *vel aliis publicis perſonis, vel magiſtratibus.*

Juridicum Alexandrinæ civitatis] Cui etiam jam ante jus tutores dandi conſtitutione D. Marci datum fuit, *l.* 2. *de off. jurid.* & generaliter legis actio, *l.* 1. *eod. tit.*

Eorum periculo] Magiſtratuum nimirum minorum, quorum jam facta eſt mentio. Hi enim ut ſatisdationem exigebant, ita & pupillis in ſubſidium tenebantur,

tur, *tit. de mag. conv.* §. 52. *& ult. inf. de ſatiſd. 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 perfectæ ætatis non ſit, alterius tutela regatur.*

NOTÆ.

6. *Juri naturæ*] Tutela ortum à jure naturali ſumpſit, quippe cui juri omninò conſentaneum, ut alterius prudentia regatur, qui ipſe ſe defendere non poteſt, Cic. 1. *de off. cap.* 34. incrementum autem & formam à jure civili.

COMMENTARIUS.

TUtela ex eorum numero eſt, quæ in genere & quaſi in abſtracto conſiderata ſunt juris gentium in ſpecie & in concreto juris civilis. Nam ut ineuntis ætatis inſcitia atque imbecillitas alterius provectioris prudentia atque arbitrio conſtituatur ac gubernetur, juri naturali conveniens eſt, Cic. 1. *de off. cap.* 34. Ariſt. 1. *pol.* quod & apud omnes gentes proculdubio obſervatur. At forma regendi, qualitas perſonæ tutoris, ejuſque conſtituendi modus, poteſtatis, quam habet, circumſcriptio, hæc omnia ſunt juris civilis, prout quæque civitas ordinaverit.

Perfecta ætatis non ſit] In calce §. *ult. præc. tit.* notavimus, perfectam ætatem in jure civili eam plerumque dici, quæ eſt annorum 25. Hic autem pinguius, non eſſe perfectæ ætatis, accipitur pro, non eſſe puberem, quanquam etiam ad puberes minores 25. annis quod hic dicitur, quadrare poteſt.

TEXTUS.

De tutelæ ratione reddenda.

7. *Quum ergo pupillorum pupillarumque tutores negotia gerant, poſt pubertatem tutelæ judicio rationem reddunt.*

NOTÆ.

7. *Poſt pubertatem*] Vel alio modo tutela finita, *tit. D. de tut. & rat. diſtr.* niſi autem finita ſit tutela, tutelæ agi non poteſt, *l.* 4. *pr. l.* 9. §. 4. *d. t.*

COMMENTARIUS.

1. *Moribus noſtris tutores etiam ſingulis annis rationem reddere adminiſtrationis ſuæ.*

HIc locus obiter tutores admonet officii ſui atque adminiſtrationis, quod in *Pand. & Cod.* copioſè explicatur *tit. de adm. tut.* add. Grot. 1. *man.* 9. *art.* 21. *& ſeqq. ſtatut. Rhynland.*

Poſt pubertatem] Quippe tutelæ agi non poteſt, niſi tutela finita ſit, *l.* 4. *de tut. & rat. diſtr.* ejuſque rei hanc rationem reddit Ulpian. *l.* 9. §. *& generaliter.* 4. *eod. tit.* quod abſurdum ſit à tutore rationem adminiſtrationis negotiorum pupilli repoſci, in qua adhuc perſeveret: quam ob cauſam nec à curatore rationes curæ adminiſtratæ durante officio actione utili ſive tutelæ ſive negotiorum geſtorum exigi poſſunt, *l* 2. *l. rationes.* 14. *C. de 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.*

Tutelæ judicio] In omnibus, quæ fecit tutor, cum facere non deberet, item in his, quæ non fecit, tutelæ judicio rationem reddit, præſtando dolum & culpam & quantam in ſuis rebus diligentiam, *l.* 1. *de tut. & rat. diſtr.* nec poteſt hæc rationis reddendæ neceſſitas à patre teſtamento remitti, *l.* 5. §. *Julian.* 7. *de adm. tut.* quanquam inventarii ſolennis confectio 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. *ſemeſtr.* 39. Rationem reddere noſtratibus eſt, **rekening bewijs en** reliqua **doen.** idque facere noſtro jure tutores tenentur non ſolum finita tutela, ſed etiam quotannis, juxta *art.* 44. *dd. ſtatut.* & ea, quæ in fin. *d. c.* 9. notat Grot quod etiam per univerſam Germaniam obſervatur ex conſtitutione Caroli V. teſte Shneid. *hic* Weſemb. *par. de adm. tut. n.* 3. & jure Canonum jam ante obtinuiſſe arguit Clement. 2. *de relig. dom. &c.* 1. *de celer. agrot.* Zypæ. *not. jur. Belg. de tutor. verſ. tutor.*

TITULUS VIGESIMUSPRIMUS.

DE AUCTORITATE TUTORUM.

D. Lib. 26. *Tit.* 8. *C. Lib.* 5. *Tit.* 59.

Ratio diſpoſitionis.

TRia potiſſimum ſunt, in quibus gubernatio tutoris conſiſtit; in perſona pupilli tuenda; in rebus ejus gerendis; in auctoritate ei præſtanda. Tuitio educationem, inſtitutionem, defenſionemque pupilli continet. In rerum adminiſtratione tutoris officium eſt, ut omnia ex utilitate pupilli bona fide curet. Auctoritas ad ea pertinet, quæ pupillus ipſe gerit; neque aliud eſt, quam

probatio ejus, quod à pupillo vel cum pupillo geritur, *l. 3. hoc tit.* Duo priora hic omissa sunt, & fortasse consulto, quia eorum tractatio prolixior visa est, quam ut operi Hagogico inseri 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 iis facere etiam sine tutoris auctoritate: deteriorem verò non aliter. quàm cum tutoris auctoritate. Unde in his causis, ex quibus obligationes mutuæ nascuntur, ut in emptionibus, venditionibus, locationibus, conductionibus, mandatis, depositis, si tutoris auctoritas non interveniat, ipsi quidem, qui cum his contrahunt, obligantur: at invicem pupilli non obligantur.

NOTÆ.

Auctoritas tutoris] Tutores vel negotia gerunt ipsi, vel pupillis negotium gerentibus auctoritatem interponunt. Ulp. *tit.* 11. §. 24. id est, negotium confirmant, hoc enim est, auctorem fieri, *l. 3. 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 præst.* aut aliquid sibi remitti, *l. 2. D. de accept.* & in universum quantum ad acquirendum non indiget tutoris auctoritate, *l. 11. D. de acq. rer. dom.*

Si aliis promittant] Aut quid remittant, alienentve, *l. 5. l. 9. h. t.* §. *ult. inf. quib. al. lic.* aut hæreditatem adeant, §. 1. *inf. eod.*

Meliorem conditionem facere] Neque enim eis invidendum, ut rem suam augeant sine tutore, qui magis custos datus videtur pupillo, ne rem suam perdat. Fabrot.

Obligationes mutuæ] Qui contractus cum aliis initi ultro citroque obligationem pariunt, initi cum pupillo sine tutoris auctoritate eos solum obligant, qui cum pupillo contraxerunt, *l. 13.* §. *propen. D. de act. empt. l. 33. D. pro soc. l. 1.* §. *ult. D. commod.* à parte autem pupilli claudicant συναλλάγματα.

COMMENTARIUS.

IN *quibusdam causis necessaria*] Ubi tutor ipse negotium gerit, supervacua est auctoritas. At pupillo gerente, quod aliquando necessarium est, puta si de servo manumittendo, aut de adeunda hæreditate agatur, aut constituendo procuratore, §. 1. *inf. eod.* §. *ult. inf. de curat.* locus est auctoritati tutoris; eaque in quibusdam rebus, quæ à pupillo geruntur, necessaria est, in quibusdam non est. In quo hæc distinctio pro utilitate pupillorum recepta est, ut ipsi contrahendo aut aliud gerendo meliorem quidem conditionem suam facere possint, etiam sine tutoris auctoritate; deteriorem 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 judicio tutelæ. Notandum autem est, hanc distinctionem pertinere ad pupillum infante majorem: nam infans ne tutore quidem auctore quicquam gerere potest, vid. *inf.* §. *pupillus. 9. de inut. stip.*

Si quid dari sibi stipulentur] Nullum enim periculum est, stipularier, inquit ille apud Plaut. *in Pseudol. act. 4. scen. 6. v. 14.* Idem est, si paciscantur aut stipulentur, ut id quod debent, iis remittatur aut acceptum feratur, *d. l 28. de pact. l. 2. de accept.*

Aliis promittant] Aut rem suam alienent; actionem remittant; quod eis debetur, repudient; debitam pecuniam solvant, creditam accipiant, *l. 5. l. 9. hoc tit. l. 11. de acq. rer. dom.* §. *ult. inf. quib. al. lic.*

Ex quibus obligationes mutuæ] Ex quibusdam contractibus mutuæ obligationes, id est, ex utraque parte nascuntur, ut in emptione, locatione, mandato, societate, & 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 initi ultro citroque obligationem pariunt, hi si cum pupillo contractum sit sine tutoris auctoritate, ab uno tantum latere constant, eosque solum obligant, qui cum pupillo contraxerunt, pupillos non item, *l. Julianus. 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 conventione saltem naturaliter aliquando obligetur, & quam vim ea obligatio habeat jure civili, disputamus *inf. de inut. stip. sub.* §. *pupillus. 9.*

TEXTUS.

Exceptio.

1. *Neque tamen hæreditatem adire, neque bonorum possessionem petere, neque hæreditatem*

tem ex fideicommiſſo ſuſcipere aliter poſſunt, niſi tutoris auctoritate, (quamvis illis lucroſa ſit,) ne ullum damnum habeant.

NOTÆ.

1. *Neque hæreditatem adire*] Ex Cajo *l.* 9. §. 3. *h. t.* cujus rei non alia ratio quærenda, quam quod facto ſuo ſine tutore ſe obligare non poſſunt. *d. l.* 9. *pr. l.* 8. *D. de acq. hær.* Non pertinet quidem hoc ad ſuos hæredes; beneficio tamen prætoris abſtinentium eadem cauſa, §. 2. *inf. de hær. qual. & diff.* §. 3. *inf. de hær. quæ ab int.*

Neque bonorum poſſeſſionem, &c.] Bonorum poſſeſſionis & fideicommiſſi hæreditatis eadem, quæ hæreditatis jure civili aut directo delatæ, ratio, *inf. lib.* 3. *tit.* 10. *& lib.* 2. *tit.* 23.

COMMENTARIUS.

HÆreditatem adire] Pupillus hæreditatem ſibi delatam ſine tutoris auctoritate adire non poteſt, *l.* 9. §. 3. *hoc tit.* Cujus rei non alia ratio quærenda, quam quod facto ſuo ſine tutoris auctoritate ſe obligare non poteſt, *l.* 8. *de acq. hær. d. l.* 9. *pr. hoc tit.* At inquis, poteſt conditionem ſuam meliorem facere, etiamſi tutor auctor non ſit. fateor; modo ne ipſe obligetur: ideoque à parte pupilli claudicant τὰ συναλλάγματα. Fieri autem non poteſt, ut pupillus hæreditate quæſita non obligetur, ut hæres, creditoribus hæreditariis & teſtamentariis, illis ut defuncti perſonam repræſentans, his ipſa aditione hæreditatis. 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 hæreditas; multaque inſuper in hæredibus eſſe metuenda, vexationem, negotiorum multitudinem, offenſas, invidiam, *l.* 4. *ad ſen. Treb.* Itaque quia judicio animi hic opus ſit, neceſſariam eſſe tutoris auctoritatem, *l.* 189. *de reg. jur.* Quæ ut vera eſſe fateamur: illud tamen adhuc relinquitur; cur non ſaltem favore pupillorum ſuſtineatur hæreditatis acquiſitio, quatenus illis lucroſa ſit. Loquimur autem de pupillis extraneis hæredibus: quippe quibus ad acquirendam hæreditatem aditione opus ſit: nam ſui hæredes ſine facto ſuo ipſo jure hæredes fiunt, etiam ignorantes, *l.* 8. *de acq. hær.* §. 2. *inf. de hær. quæ ab int. def.*

Neque bonorum poſſeſſionem] Ob eandem nimirum rationem: quia bonorum poſſeſſio vi ipſa nihil aliud eſt, quam hæreditas, & in omnibus vice hæredum bonorum poſſeſſores habentur, de quo *inf. lib.* 3. *tit. de bon. poſſ.*

Hæreditatem ex fideicommiſſo] Et hoc eandem rationem habet: nam cum reſtituta hæreditate actiones omnes, quæ hæredi & in hæredem competunt, ex SC. Trebelliano tranſeant in fideicommiſſarium, ſi pupillus ex fideicommiſſo hæreditatem ſuſceperit, eo facto perinde obligabitur, ac ſi quamlibet hæreditatem adiiſſet. De fideicommiſſariis hæreditatibus tractabitur *inf. lib.* 2. *tit.* 23.

Ne ullum damnum habeant] Melius meo judicio Cujac. Hotom. Weſemb. legunt, *quamvis illis lucroſa ſit, nec ullum damnum habeat*, ſine parentheſi: quomodo & apud Cajum legitur in Pand. & legiſſe etiam videtur Theophilus.

TEXTUS.

Quomodo interponi debet.

2. *Tutor autem ſtatim in ipſo negotio præſens debet auctor fieri, ſi hoc pupillo prodeſſe exiſtimaverit. Poſt tempus verò, vel per epiſtolam, aut per nuntium interpoſita auctoritas nihil agit.*

COMMENTARIUS.

EXponitur hic modus ſeu forma interponendæ auctoritatis ex Cajo *d. l.* 9. §. *tutor* 5. *hoc tit.* Hic modus ut legitimus habeatur, duo deſiderat; ut tutor in negotio, quod cum pupillo geritur, præſens ſit; ut ſtatim atque peractum eſt, auctor fiat. Præſentia ideo deſideratur, ut certo cognoſcat tutor, quid negotii, quæ 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.* VINN. Ratio, cur præſens in ipſo negotio ſtatim auctoritatem interponere teneretur, hæc reddi poteſt propior, quod illa interpoſitio auctoritatis fuerit actus legitimus. Quod & inde patet, quod non admittat conditionem. *l.* 8. *ff. h. t.* HEIN.

In ipſo negotio præſens debet auctor fieri] Tutoris auctoritas, perfecto negotio interponitur, ut diſertè ſcribit Ulp. *l. ſi quis.* 25. §. *juſſum.* 4. *de acq. hær.* Quamobrem hæc oratio vel ſic reſolvenda eſt, *Tutor in ipſo negotio præſens ſtatim debet auctor fieri.* Ut intelligamus, & præſentiam tutoris in ipſo negotio, dum adhuc geritur, requiri; & ſtatim ut negotium perfectum eſt, auctorem fieri oportere: quod & arguit mox ſequens illatio. *Poſt tempus vero, &c.* Vel ſi hæc verba, *in ipſo negotio* ad illa, *auctor fieri* referre malis, in ipſo negotio fieri intelligi debet, non quod fit, cum nihil dum geſtum eſt; (quid enim tum probet tutor?) ſed quod fit negotio quidem cum pupillo jam geſto, ſive tractatu præſente tutore habito, ſed ſtatim & in continenti ſubſequitur, & tractatum illum concludit ac firmat. Sic in *l.* 1. *de ſolut.* in ſolutione ſive in re præſenti conſtituere dicitur, in quam cauſam ſolutum velit; qui ſtatim atque ſolutum eſt, conſtituit. Cæterum hæc ſubtilitas hodie inſuper habetur, Autumn. *collat. jur. in d. l.* 9. §. *tutor.* 5. VINN. Vulgo huic §. 2. *h. t.* opponunt *l.* 25. §. 4. *ff. h. t.* ubi & perfecto negotio auctoritatem

interponi poſſe, ait Ulpianus. Conciliationem tentavit Cujac. *Obſ. lib.* 13. *cap.* 31. Gothofredus in *Comment. ad Reg. jur.* 29. *p.* 169. ipſum Ulpiani textum ſollicitat, & pro *perfecto negotio*, reſcribi jubet *provecto negotio*. Acuta, ſed minus neceſſaria correctio. Præſens tutor interponebat auctoritatem, ſed perfecto negotio. Perfectum vero erat negotium, quando id peractum, a quo ſubſtantiam capiebat negotium, e. g. in ſtipulationibus ubi congrue a pupillo reſponſum fuerat, auctoritatem interponebat tutor, tanquam perfecto jam negotio. Hinc elegans illa ac ſubtilis quæſtio in *Fragm. Regul. ex vetere Jcto* §. 15. utrum ſi femina abſens manumittat, tutor auctor fieri debeat, dum femina ſcribat epiſtolam, an dum ſervus cognoſſet dominæ voluntatem? Dubium enim erat, quo momento libertas ἀπαρτίζηται *peragatur*, id eſt, quo momento perfectum ſit negotium? HEIN.

TEXTUS.

Quo caſu interponi non poteſt.

3. *Si inter tutorem pupillumque judicio agendum ſit; quia ipſe tutor in rem ſuam auctor eſſe non poteſt, non prætorius tutor (ut olim) conſtituitur, ſed curator in locum ejus datur: quo curatore interveniente judicium peragitur; & eo peracto curator eſſe deſinit.*

NOTÆ.

3. *Non prætorius tutor ut olim*] Moribus receptum fuerat, ut hoc caſu tutorem habenti tutor daretur. Ulp. *tit.* 11. §. 23. propter ſolemnitatem judiciorum, *l.* 19. *h. t.*

COMMENTARIUS.

Judicio agendum ſit] Nec plures ſint tutores; alioqui niſi cum omnibus pupillo iis 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. & rat. diſtr.*

In rem ſuam auctor eſſe non poteſt] Regula eſt, tutorem in rem ſuam auctoritatem accommodare non poſſe, *l.* 1. *&* 7. *hoc tit.* quemadmodum nec judex quisquam aut teſtis in ſua cauſa eſſe poteſt, *l.* 10. *de jurisd. l. nullus.* 10. *de teſtib.* Et in caſu propoſito hoc alioqui abſurdi eveniret, ut idem in eodem negotio & actor eſſet & reus. At enim nihil prohibet auctoritas, quominus negotium per conſequentias etiam tutori geratur *d. l.* 7. quod exemplo declaratur *d. l.* 1.

Non prætorius tutor] Prætorianum appellari ſcribit Ulp. & moribus pupillo dari, qui cum tutore ſuo legitimo judicio agere vult, *tit.* 11. *de tutel.* §. *moribus.* 24. Hæc igitur exceptio fuit regulæ ejus, quæ prohibet tutorem ad certam rem vel cauſam dari, §. *pen. ſup. qui teſt. tut.* item alterius, qua traditur, §. *interdum.* 5. *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 ſolemni veterum formularum ritu, *inf. tit. de ſucc. ſubl. & tit. de interd.* §. *ult. & C. de form. & imp. ſubl.* quæ per quemvis procuratorem expediri potuerunt, ad ea tractanda & curatorem dari ſufficere viſum eſt. Unde exiſtimo Tribonianum verbum *curatoris* 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, pænè: 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. *& ſeqq.* atque ita judicatum refert A. Fab. *C. tit.* 20. *lib.* 5. *def.* 1. Sand. *lib.* 2. *tit.* 9. *def.* 1. Mynſingerus item excipit ex inquiſitione datos: quod vix eſt, ut probare poſſim. Illud conſtat, matrem & aviam non impediri debito aut credito, quominus filiorum ſuorum aut nepotum tutelam gerant, *auth. ad hæc. C. quand. mul. off. tut.* & multo igitur magis excipiendus pater & avus, ut curia Friſiæ cenſuit, teſte Sand. *d. lib. & tit. defin.* 2.

TITULUS VIGESIMUSSECUNDUS.

QUIBUS MODIS TUTELA FINITUR.

C. Lib. 5. *Tit.* 60.

Continuatio & methodica Tituli explicatio.

DIctum eſt, quibus modis tutela conſtituatur; quæ conſtitutæ vis atque auctoritas: reliquum eſt, ut videamus, quamdiu perſeveret, quibuſque modis ea finiatur. Modi finiendæ tutelæ varii ſunt, tum ex perſona pupilli, tum ex perſona tutoris, tum ex perſona utriusque: item quidam communes ſunt omnibus tutelæ ſpeciebus, quidam proprii quarundam; ſicut ex progreſſu apparebit. In ſumma autem duorum horum modorum altero ſemper finitur, aut ipſo jure, aut interventu magiſtratus.

TEX-

TEXTUS.

De Pubertate.

Pupilli pupillæque, 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, benè putavit, quod in fœminis etiam antiquis impudicum esse visum est, id est, inspectionem habitudinis corporis, hoc etiam in masculos extendere. Et ideò nostrâ sanctâ constitutione promulgatâ, pubertatem in masculis post decimum quartum annum completum illicò initium accipere dispositimus: 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 concurrit, & 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 desig.*

COMMENTARIUS.

1. *Longe ante tempora Justiniani receptum fuisse, ut pubertas etiam in masculis ex annis æstimaretur.*
2. *Suspectum auctori esse, quod scribit Tribon. de nudorum corporum inspectione.*
3. *Vim generationis in fœminis citius incipere, quam in maribus.*
4. *Tutelam muliebrem aliam fuisse ab hac pupillari fœminarum.*
5. *Moribus harum regionum tutelam pubertate non finiri.*

CUm puberes esse] Primus modus finiendæ in persona pupilli tutelæ est pubertas, *l.* 1. *C. quand. tut. vel cur.* Hinc puberes, etsi curatorem accipiunt, in suam tutelam venisse antiqua locutione dicuntur, *inf. de pup. substit. in pr. l.* 8. §. 1. *de bon. poss. sec. tab.*

Sed etiam ex habitu corporis] Fuere olim, qui pubertatem in masculis ex solo habitu corporis æstimabant. Proculejani eum puberem esse dicebant, qui quatuordecim annos expleviſſet: alii eum, in quem & habitus corporis & numerus annorum concurreret, teste Ulpian. *tit.* 11. *de tutel. in fin.* Eam se controversiam sustulisse, abrogataque inspectione corporis pubertatem ex annis tantum æstimari voluisse, scribit Justinianus 1 *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.* apertè testatur, *Romanos pubertatem in annis, non in sponsalibus aut nuptus decernere*; hoc est, ex annorum numero, non ex habitu corporis puberem judicare. Et Macrobius *lib.* 7. *Saturn. c.* 7. sic scribit; *Secundum jura publica duodecimus annus in fœmina, & quartus decimus in puero definivit pubertatis ætatem.* Idem *in somn. Scipion. lib.* 1. *cap.* 6. ait, *tutelam pueris post bis septem annos absolvi.* Idque & Ulpian. noster expressis verbis confirmat *l.* 2. *de vulg. & pup.* indeque est, quod idem Ulpian. scribit, masculis post annum 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 usitatam fuisse: neque est veterum quisquam, qui tam impudicæ rei meminerit. Quod autem in libris Jurisconsultorum & apud Quintilianum *lib.* 4. *Inst. orat.* 2. legimus, dubitatum fuisse, ex habitudine corporis, an ex annis, pubertas metienda esset, non de turpi aliqua nudorum corporum inspectione accipiendum est, sed de externo corporis aspectu & vigore; ut is ex quorundam sententia (quæ tamen non obtinuit) pubes haberetur, qui figura ac dispositione totius corporis liberorum procreationi idoneus videretur, *fac. l.* 4. *C. qui test. fac.* Etenim habitus sive habitudo Latinis scriptoribus σχῆμα & formam corporis significat. Cic. *pro Cæl. c.* 24. *Quintus Metellus cum floreret integra ætate, optimo habitu, maximis viribus.* Liv. *lib.* 4. *Fœdior corporis habitus, pallore ac macie perompti.* Terent. *in Eunuch. act.* 2. *sc.* 3. *v.* 11. *Qui color, nitor, vestitus, quæ habitudo est corporis?* Sic auctor ad Herenn. bonam corporis habitudinem appellat, integram corporis constitutionem. Unde & eos, qui obesiore erant corpore, habitiores dicebant. Terent. *Eunuch. act.* 2. *sc.* 4. *v.* 22. *Si qua habitior paulo, pugilem esse ajunt.* Plaut. *Epid. act.* 1. *scen.* 1. *v.* 8. *Corpulentior Hercle atque habitior.* Rævardus 4. *var.* 10. existimat, Triboniano imposuisse Platonem, qui *lib.* 11. *de legib.* convenientiam ætatis ad matrimonia definiri vult per judicem, nudos omnino mares, nudatasque usque ad pubem fœminas inspicientem: Tribonianumque ea, quæ de pubertate ex habitu corporis æstimanda apud Jurisconsultos legerat, ex imaginaria illa Platonis lege interpretatum. In contrarium tamen moventur Hotomannus & Ant. Matthæus *Coll. Inst.* 2. *disp.* 2. auctoritate Quintiliani, qui *declam.* 279. scribit, nudari corpora puerorum, & ab judicibus inspici. Sed confictum hoc esse non dubito, ut ferè fit in scholasticis exercitationibus. VINN. Similia olim mihi in mentem venere *lib.* 1. *Antiqu. Rom. h. t.* §. 2. *sequ. p.* 224. Sed vide tu, sis, Viri amplissimi Corn. Bynkersh. *Obs. lib.* 3. *cap.* 24. Deinde ante Justinianum adeo certum non fuisse pubertatis terminum, vel inde patet, quod ipsi patres annum pubertatis liberis testamento præfinirent, modo decimum quartum, uti in *l.* 49. *ff. de legat.* 1. *& l.* 22 *ff. quando dies leg ced.* modo decimum sextum, uti in *l.* 31 §. 2. *ff. de leg* 3. *l.* 36. §. 1. *l.* 48. *ff. de condit. & demonstr. l.* 46. *ff. ad SC. Trebell.* modo decimum octavum, uti in

in *l.* 101. §. 3. *ff. de cond. & demonſtr.* Et hinc eſt, quod Paullus Apoſtolus heredem pupillum ſub tutoribus eſſe ait ἄχρι τῆς προθεσμίας τοῦ πατρός. *Gal. IV.* 2. Vid. Merill. *Obſ. lib.* 5. *cap.* 16. HEIN.

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 Macrob. *lib.* 1. *in ſomn. Scipion. cap.* 6. ſcribit; *De tutela*, inquit, *fœminæ propter votorum feſtinationem maturius biennio, quam pueri, legibus liberantur.* Quod autem generationi citius admoventur, id idem Macrob. 7. *Saturn.* 7. infirmiori earum naturæ adſcribit: nam & exilia poma celerius matureſcere, robuſta ſerius. Phyſici etiam hanc rationem afferunt, quod facilius eſt pati, quam agere: in generatione autem fœ-
4 mina paſſive ſe habet. In univerſum autem, ut ſcribit Ariſt. 7. *de hiſt. animal.* Θᾶττον τὰ θήλεα τῶν ἀρρένων ἡ νεότητα, ἡ ἀκμὴν λαμβάνει, ἡ γῆρας. Alia ab hac pupillari fœminarum tutela fuit muliebris, de qua Ulp. *in frag. tit.* 11. Nam & poſt pubertatem mulieribus tutor dabatur, non ad negotia earum adminiſtranda, ſed ad auctoritatem præſtandam in ſolemnibus & civilibus, veluti ad judicia, ad dictionem dotis, ad alienandas res mancipi. Ulp. *d. loc.* Niſi dicamus, ex jure veteri hæc referri, quo jure mulieres perpetua tutela continebat, teſte Boëtio *in Top. Cic.* Nam non temerè loca illa omnia, quibus traditur, tutelam in fœminis anno duodecimo finiri, & curatorem ſuccedere, à Triboniano interpolata dixerim: quamvis id affirmet *Revard. 2. var.* 10. Obſtat enim locus Macrobii 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 præſunt uſque ad juſtam eorum ætatem, hoc eſt, donec 25. annos implerunt, D. Gudelin. *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 definunt, §. 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.

SEcundo finitur in pupillo tutela quavis capitis deminutione: ſive enim adrogatus ſit, ſive deportatus, ſive in ſervitutem redactus, tutela extinguitur, *l.* 14. *pr.* & §. 1. & 2. *de tutel.* unde hic locus deſcriptus eſt. Miſcentur autem hic modi, quibus & ex perſona tutoris tutela finitur, §. 4. *inf. eod.*

Adrogati ſint,] Ratio eſt, quia definunt 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. quæ ex del.* Conſtat autem, deportatos peregrinæ conditionis fieri, ideoque pro mortuis in iis, quæ juris civilis ſunt, qualis eſt tutela, haberi, §. 1. *ſup. quib. mod. jus pat. pot. ſolv. l.* 17. §. 1. *de pœn.*

In ſervitutem redigatur] Puta, ſi pupillus jam doli capax ob ingratitudinem patrono iterum in ſervitutem tradatur: quo exemplo utitur Theophilus, idque fortiori ratione, quam ſi deportatus ſit, quia cum civitate ſimul & libertatem amittit, §. 1. *ſup. de cap. dem.*

Si ab hoſtibus captus] 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, æquè 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.

USque *ad certam conditionem*] Vel uſque ad certum tempus: nam ut ad certam conditionem teſtamento datus, exiſtente conditione tutor eſſe deſinit: ita datus ad certum tempus, finito tempore deponit tutelam, *l.* 14. §. *ult. de tut. l.* 8. § 1. & 2. *de teſt. tut.* §. *pen. inf. hoc tit.* Hoc autem modo finitur tutela ex perſona tutoris, & proprius eſt tutelæ teſtamentariæ, ut docemus *ſup. qui teſt. tut. dar.* §. 3. Eſt & modus, qui huc pertinet, quo finitur tutela Atiliana: 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 Atil. tut.* add. quæ ad §. *ad certum tempus.* 3. *ſup. qui teſt. tut. dar.*

TEXTUS.

De morte.

3. *Simili modo finitur tutela morte pupillorum, vel tutorum.*

COMMENTARIUS.

HIc modus & ad omnem tutelam & ad perſonam utriuſque ex æquo pertinet: eo autem maximè ſpectat, ut intelligamus, pupillo mortuo, ne ratione quidem bonorum, quæ poſt mortem ſuperſunt, tutelam perſeverare; mortuo tutore, hæredes ejus in tutelam non ſuccedere, *l. antepen. de tutel. l. ult. §. 1. de mun. & hon. l. 4. 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: ceteræ non pereunt. Sed pupilli & pupillæ capitis deminutio, licet minima ſit, omnes tutelas tollit.*

NOTÆ.

4. *Legitima tantum perit*] Agnatorum ſcil. hodie id non obtinet; quia jure noviſſimo in totum ſublata eſt agnationis, & cognationis differentia, pariterque cognati cum agnatis ad legitimam tum hæreditatem, cum tutelam vocati. *Novell. 118. c. 5.*

COMMENTARIUS.

PEr quam libertas vel civitas] Hic modus ſolvendæ tutelæ communis eſt, ut notavi *ſup. ad §. 1.* eandemque in tutore, quam in pupillo rationem habet.

Legitima tantum tutela perit] Nimirum quia & perit agnatio, ob quam ea defertur, *§. ult. ſup. de leg. agn. tut.* Legitima autem patronorum tutela huc nunquam pertinuit, 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. filiusfam. 9. de his qui ſui vel al. jur.* In tutela autem nemo eſſe poteſt, niſi qui ſit ſui juris. Atque hæc ratio eſt cur pupillo adrogato tutela pereat, tutore non item.

TEXTUS.

De tempore.

5. *Præterea, qui ad certum tempus teſtamento dantur tutores, finito eo deponunt tutelam.*

NOTÆ.

5. *Ad certum tempus*] V. g. ad biennium. *l. 14. §. 3. D. de tutel.*

COMMENTARIUS.

DIxi ad §. 2. *hujus tit.* Hoc autem modo quamvis tempore, ipſo tamen jure tutela finitur. Etenim tutela non in ullo jure propriè quæſito conſiſtit; alioqui 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 temporalia, ita & ipſa cum factis incipere & finiri poſſunt: argumento ſit uſusfructus, *l. un. §. pen. quand. dies uſ. leg. ced.*

TEXTUS.

De Remotione & Excuſatione.

6. *Deſinunt etiam tutores eſſe, qui vel removentur à tutela ob id, quod ſuſpecti viſi ſunt: vel qui ex juſta cauſa ſe excuſant, & onus adminiſtrandæ tutelæ deponunt, ſecundum ea, quæ inferius proponemus.*

NOTÆ.

6. *Se excuſant*] In perpetuum, non ad tempus, §. 5. *tit. ſeq. l. 16. D. de tut. dat.*

COMMENTARIUS.

PRoponuntur 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 VIGESIMUSTERTIUS.

DE CURATORIBUS.

D. Lib. 27. Tit. 10. C. Lib. 5. Tit. 70.

Continuatio & ſumma Tituli: tum genera curatorum diſtincta.

TRanſit 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 nulla 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. Quamobrem sic rectè definietur curatio, potestas jure constituta ad curandas res ejus, qui quoquo modo rebus suis supereſſe ipse non potest. Ex hac definitione facilè intelligere poteris, & quæ communia sunt curæ cum tutela, & quæ discrepantia, maximè si cum ea conferas definitionem tutelæ, eaque, quæ ad illam illustrandam scripsimus sub §. 1. *sup. de tutel.* Cæterum & in processu pleraque iterum notanda erunt.

TEXTUS.

De adultis.

Mascuſi quidem puberes, & fœminæ viripotentes usque ad vicesimum quintum annum completum curatores accipiunt: quia licet puberes sint, adhuc tamen ejus ætatis sunt, ut sua negotia tueri non possint.

NOTÆ.

Ad vigesimum quintum annum] *l.* 1. *in fin. D. de min.* post quod tempus completur virilis vigor, quæ Græcis ἀκμή. belle Cujac. ad *d. l.* 1.

Curatores accipiunt] Nisi ætatis veniam à Principe impetraverint, *C. de his qui ven. ætat. imp.*

Negotia sua tueri] Et ideo quamvis qui in tutelam suam venit, sui potens est, αὐτεξούσιος ἑαυτοῦ, nondum tamen est αὐτεξούσιος τοῦ αὐτοῦ. Fabrot. *l.* 20. *D. de rit. nupt. l.* 8. *C. eod.*

COMMENTARIUS.

1. *Cur tutela in fœminis citius, quam in maribus finitur: cura eadem ætate in utrisque.*
2. *Quare fœminæ biennio maturius, quam masculi, ætatis veniam impetrare possint.*
3. *Quid consuetudine harum regionum circa utrumque illud receptum.*
4. *Quando dies cœptus pro completo habeatur, & contra.*
5. *Cur placeat ætatem 25. annorum finem afferre curationi.*
6. *Cur tam curiosè de curatore adolescentibus dando caveatur, cum nihilominus si capti fuerint, in integrum restituantur.*

1 USque ad vicesimum quintum annum] Tutela in maribus tardius finitur, quam in fœminis, quia fœminæ, ut superius dictum est, citius pubescunt. At cura in utrisque eodem tempore finitur, nimirum post annum vicesimum quintum. Et vero nulla ratio est, cur fœminæ maturius, quam masculi, cura liberari debeant, cum potius diuturniore cura continendæ videantur, propter sexus fragilitatem, ob quam & in perpetua cura olim fuere. Et jure quidem ordinario ante hanc ætatem curatio non finitur. Cæterum adolescentes, honestate morum præditi, post annum vicesimum; fœminæ, quas morum honestas mentisque solertia commendat, post annum octavum decimum, ætatis veniam à Principe impetrare possunt, ut ex eo tempore res suas sine curatoribus administrent: ac tum quidem in integrum non restituuntur, *l.* 1. & 2. *C. de his qui ven. ætat.* sed tamen in eo adhuc simili conditione cum cæteris minoribus sunt, quod immobilia sine decreto alienare aut obligare non possunt, *l.* 3. *C. d. tit.* Cur autem hoc fœminis biennio maturius conceditur? D. Bachovius negat solidam ejus rei rationem dari posse. D. Brederodius in *not. ad Schneid.* hanc affert, quod quamvis judicium muliebre ἐπὶ τὸ πλεῖστον infirmius sit virili, tamen quæ natura solertiores sunt, si ad virtutem pergant, celerius maribus prudentes fieri: propterea quod vehementiores multo in fœminis affectiones fiut, quam in viris. Moribus patriæ non solum Princeps aut 3 summus magistratus, sed etiam Curia provincialis ætatis veniam concedere solet, aliique judices ordinarii, quibus id facere jure legitimo competit: neque veniæ concessio continet jus prædia alienandi sine cognitione judicis, nisi & hoc ex magna causa, & quidem à supremo magistratu, expresse indultum sit auctore Grot. 1. *man.* 10. vide Groenew. *de legib. abrog. ad tit. C. de his qui ven. ætat. & 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 **Voogdye** aut **Momberschap**/ & tutores curatoresque **Voogden** aut **Momboirs**/ pupilli & minores indiscriminatim **Wezen**. Cæterum etiam ante eam ætatem tutela sive cura finitur, contracto scilicet matrimonio: quanquam tunc ex causa à judice ad tempus prorogari potest: quod & tunc locum habet, cum ætate finita est, Grot. *d. loc.* Statuto Leidensium 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 cœpto aut nondum completo læsus sit, poterit adhuc in integrum restitui. *l.* 3. §. *minorem.* 3. *D. de minorib.* Ad 4 quem locum Glossa notat, diem cœptum pro completo haberi, quoties id alicui utile est, aut alioqui favorabile, ut in usucapionibus, *l.* 6. *de usuc.* in testamenti factione, *l.* 5. *qui test. fac.* in manumissionibus *l.* 1. *de manumiss.* quo etiam pertinet *l. anniculus.* 134. *de verb. sign.* In honoribus quoque favoris gratia constitutum esse, ut annus inchoatus pro pleno habeatur, *l.* 8. *de mun. & hon.* Contra autem, ubi favorabile est, non numero dierum, sed momentis temporum annum dividi, diem cœptum pro completo non haberi, ut in temporalium actionum præscriptione. *l.* 6. *de obl. & act.* in vacatione tutelæ, *l.* 2. *de excus.* & in casu proposito, ita & Costal. ad *l.* 3. §. 3. *de minor.* Cur autem placeat ætatem 25 annorum finem afferre cura- 5

tio-

tioni; 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 & conſtantiæ mentis veſtigia emergere: conquieſcente ſcilicet illa humorum ac corporis perpetua agitatione ac perturbatione, cui adoleſcentes obnoxii. Quamobrem & juſta, perfecta, integra, robuſta hæc ætas in libris noſtris appellatur, Græcis ἀκμὴ dicitur. Pulchrè D. Cujac. *ad tit. de min. in pr.* add. Magir. 6. *Phyſiolog.* 5. Quanquam igitur naturæ lege certa ex annorum numero perfectæ ætatis definitio non eſt, niſi κατὰ πλάτος, tamen ex his, quæ diximus, abundè patere arbitror, hanc ætatis juſtæ definitionem non eſſe juris merè poſitivi, ut exiſtimat Bachovius. VINN. Immo eſſe videtur juris mere poſitivi, nec magis naturalis ratio movit Romanos, ut anno ætatis XXV. minorennitatem finirent, quam Saxones, ut anno XXI. Definitus hic annus videtur lege Lætoria, quæ ideo *quinavicenaria* dicitur Plauto in *Pſeud. act.* 1. *ſcen.* 3. *v.* 69. Annum vero potiſſimum XXV. electum arbitror a Lætorio, quia vulgo Romani longiſſimum humanæ vitæ ſpatium C. annis circumſcribebant. *l.* 56 *ff. de uſufr.* Plin. *lib.* 7. *Hiſt. nat. cap.* 4. Sen. *de brev. vitæ cap.* 3. Ejus ergo primum quadrantem juventuti tribuebat Lætorius, & hinc eamdem anno ætatis XXV. finiri exiſtimabat. Obſervationem hanc collegæ olim conjunctiſſimo, Nic. Hieronymo Gundlingio, me debere lubens fateor. HEIN.

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 prætorem naturalem æquitatem ſecutum, auxilium adoleſcentibus adverſus captiones polliceri; & in *fin. d. l.* 1. addit, ideo eos uſque ad viceſimum quintum annum curatorum
6 auxilio regi. Sed quid opus fuit de curatore adoleſcentibus dando tam curioſè cavere, cum ſi capti fuerint, prætor eos in integrum ſe reſtituturum polliceatur, nec iis minus ſubveniat, qui curatorem habentes eo auctore quid geſſerunt? *tot. tit. C. ſi tut. vel cur. int.* Nimirum magis decorum atque honeſtum viſum eſt, in tempore occurrere & providere, ne minores capiantur, quam ut aſſiduis 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 facilè 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 finiri, 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 excuſatione, remotione.

TEXTUS.

A quibus dentur Curatores.

1. *Dantur autem curatores ab eiſdem magiſtratibus, à quibus & tutores. Sed curator teſtamento non datur: datus tamen confirmatur decreto prætoris vel præſidis.*

NOTÆ.

1. *Teſtamento non datur*] *l.* 6. *D. de confirm. tut. l.* 2. *C. eod. L.* 12. tabb. permiſſum parenti, non Curatorem, ſed tutorem teſtamento dare.

COMMENTARIUS.

Ab eiſdem magiſtratibus] Igitur Romæ à præfecto urbi vel prætore; in provinciis à præſidibus; in municipiis aut agris municipiorum à magiſtratibus municipalibus, juxta diſtinctionem traditam, §. *nos autem.* 5. *ſup. de Atil. tut. l.* 3. *D. de tut. dat.*

Teſtamento non datur] Idem traditur in *l.* 7. *C. de teſt. tut.* At quamobrem? nimirum quia puberes, quibus ſolis curator datur, ipſi, ſi velint, res ſuas adminiſtrare poſſunt: de quo mox plura. Eademque ratio eſt, cur pater liberis ſuis puberibus ſubſtituere non poſſit, ſcilicet, quia ea ætate ipſi ſibi teſtamentum facere poſſunt. *l.* 2. *de vulg. & pup.*

Datus tamen confirmatur] Sive à patre, ſive à matre datus ſit: & confirmatur perinde ut tutor teſtamento non legitimè datus, *l.* 1. *in fin. l.* 2. §. 1. *l.* 6. *de conf. tut. l.* 2. *C. eod.* ac proinde naturam ſapit teſtamentarii, *l.* 7. *ff. rem pup. ſalv.* Eſt autem credibile, hanc curatoris teſtamento dati confirmationem poſt conſtitutionem M. Antonini primum introductam fuiſſe, qua cavit, ut omnes adulti curatores acciperent, ſecundum ea, quæ mox dicemus.

TEXTUS.

Quibus dentur.

2. *Item inviti adoleſcentes curatores non accipiunt, præterquam in litem: curator enim & ad certam cauſam dari poteſt.*

NOTÆ.

2. *Inviti adoleſcentes*] Et ideò ipſi ſoli ſibi curatorem petere poterant, *l.* 1. §. *ult. D. qui pet. tut.* Ubi autem petentibus ſemel Curator datus eſt, hujus curatoris auxilio uſque ad annum 25. regi debent, ita cape *l.* 1. *in fin. D. de min.*

Præterquam in litem] Sive minor ſit actor, ſive reus: quia legitimam perſonam per ſe ſtandi in judicio non habent, *l.* 2. *C. qui leg. perſ. ſtand. in jud.* Vide fuſius in comment. infr.

COMMENTARIUS.

1. *Adoleſcentes olim invitos curatorem non accepiſſe; neque id mutatum conſtitutione D. Marci.*
2. *Reſponſio ad loca, quæ in contrarium afferuntur.*

HIc locus quanquam in foro nullum uſum habet, (conſtat enim adoleſcentes etiam invitos,

hodiernis moribus curatores accipere;) tamen ad juris Romani cognitionem multum conferre poteſt diligens ejus expoſitio. Ait, *inviti.* 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.* Rævardus 1. *var.* 17. & Cujac. in *l.* 1. *de excuſ.* ſocordiam Triboniani accuſant, qui ex veteri jure legis Lætoriæ hic repetiverit, quod jampridem conſtitutione D. Marci abrogatum erat. Sed enim & ex reſponſis recentiorum jurisconſultorum & ex poſteriorum Impp. reſcriptis manifeſtè evincitur, etiam poſt D. Marci conſtitutionem non omnes minores curatores accipere coactos. Veluti ex eo, quod Papinianus ſcribit, *l.* 13. *in fin. de tut. dat.* non niſi minoribus deſiderantibus curatores dari ſolere; & quod Modeſtin. *l.* 2. §. *pen. & ult. qui pet. tut.* non licere aliis curatores minoribus petere, ſed ipſos minores duntaxat ſibi petere poſſe. Item ex eo, quod Impp. Diocletian. & Maximianus Attiano minori reſcribunt, *l.* 2. *C. de in int. reſt.* intereſſe utrum is curatorem habeat, an non habeat: ſi habeat, contractum ab Attiano initum jure non ſubſiſtere; ſi non habeat, ſubſiſtere, implorandamque eſſe reſtitutionem in integrum. Denique non uno in loco invenias adoleſcentes ſine curatoribus propoſitos, ut in *l.* 7. §. 2. *de min. l. muto.* 43. §. 3. *de proc. l.* 1. *l.* 7. *C. qui pet. tut.* Vix hæc componi poterunt, niſi à capite rem arceſſamus. Igitur cum lege 12. tabb. dè 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 adoleſcentium abundè proviſum eſt, atque inſuper permiſſum curatores 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 poſtularent. Quod quoniam odioſum erat, & pudorem eorum, quibus curator dabatur, ſuggillabat, tandem M. Antoninus Philoſophus de curatoribus ita ſtatuit, *ut omnes adulti curatores acciperent non redditis cauſis.* auctore Capitolino *in Marco. cap.* 11. Horum autem verborum hunc eſſe ſenſum apparet, ut deinceps ex conſtitutione Antonini omnes adoleſcentes indiſcriminatim curatores accipere poſſent, remiſſa neceſſitate allegandi & probandi cauſas, ob quas peterentur, quod exigebat lex Lætoria: non, inquam, ut inviti acciperent, ſed ut ſine periculo exiſtimationis, ſi vellent, curatorem habere poſſent. (Meminit legis Lætoriæ etiam Cic. 3. *de offic. cap.* 15. & 3. *de nat. Deor. cap.* 30. Plautus *in Pſeud. act.* 1. *ſcen.* 3. *v.* 69. quinam vicenariam appellat ut nonnulli exiſtimant.) Nulla igitur ratio eſt, cur Triboniani incuſemus oſcitantiam, cum ne quidem poſt conſtitutionem Antonini inviti adoleſcentes curatorem acceperint. Quid ergo reſpondemus ad ea, quæ huic ſententiæ paulo ante objecimus? Nempe quod Imp. initio *hujus tituli* ait, puberes uſque ad viceſimum quintum 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 removere, 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 magiſtratuum decreta ut ambitioſa Impp. interpretantur, & improbant: quoniam ſolius Principis ſit ætatis veniam concedere: adi & Franc. de Amaya *lib.* 1. *obſ. jur. cap.* 9. VINN. Quum crucem figat hic paragraphus viris doctiſſimis: rem exemplo Vinnii noſtri a capite arceſſemus. Legibus XII. tabularum ſoli furioſi accipiebant curatores. Nam quamvis vulgo & prodigos addant ob *l.* 13. *ff. de cur. furioſ.* §. 3. *Inſt. h. t.* & Ulpian. *fragm. tit.* 12. §. 1. vix tamen dubitaverim, quin id intelligendum ſit eodem modo, quo & legitima patronorum tutela è XII. tabulis repetitur. §. *un. de leg. patr. tut.* Nam in *l.* 1. *ff. de curat. furioſ.* moribus id initio introductum eſſe ſcribitur, id eſt, ut ego interpretor interpretatione prudentum, qui furioſis adſimilabant prodigos, quia & ipſi furioſum rerum ſuarum faciebant exitum. *l.* 12. §. 2. *ff. de tut. dat. l.* 1. *pr. ff. de cur. fur.* Quia ergo curatio quodammodo ignominioſa habebatur, ei non ſuberant adoleſcentes, niſi ipſi peterent, idque cautum fuerat lege Lætoria. Vulgo equidem exiſtimant, hac lege tantum adoleſcentibus dementibus & laſcivis datos eſſe curatores; eamque ſententiam ipſe ſequutus ſum in *Antiqu. Rom. l.* 1. *tit.* 23. §. 6. ſed ſic vix novi quid ſanxiſſet M. Antoninus, quum jam pridem omnes dementes & prodigi curatores ex lege XII. tabularum earumque interpretamentis acceperint. Fefellit ergo pleroſque locus Julii Capitolini *in vita Marci cap.* 10. *De curatoribus vero quum ante non niſi ex lege Lætoria, vel propter laſciviam vel propter dementiam, darentur, ita ſtatuit, ut omnes adulti curatores acciperent, non redditis cauſis.* Verum non dicit Capitolinus, ex lege Lætoria tantum dementibus & laſcivis curatores datos eſſe, ſed ante Antoninum fuiſſe trium generum curatores, alios ex lege Lætoria datos eſſe adoleſcentibus, alios ob laſciviam ex moribus, alios ob dementiam ex legibus XII. tabularum. Addit deinde, quid novi ſanxerit Antoninus, nimirum, *ut omnes adulti curatores acciperent, non redditis cauſis.* Ergo ex lege Lætoria curatores accipiebant adoleſcentes, non omnes, ſed, qui peterent, & quidem cauſa probata: Adoleſcentes ergo non inviti accipiebant: ſed petentes. Petendi vero plures eſſe cauſſæ poterant, quia nemo temere cum minoribus vellet contrahere, & horum tamen intereſſet, ut contractus iniretur. Quum vero plerumque curatores peterent, ſi-

si quando contrahere vellent æs alienum : sapienter additum fuerat legi Lætoriæ, curatores iis datum iri *redditis caussis*. Procul dubio enim inquisivit prætor, quod negotium explicaturus esset minor, & an expediret illi curatorem dari? Talis fuit lex Lætoria. At aliter Marcus Imp. rationes iniit, qui omnes minores curatores accipere jussit, non redditis caussis. Recte ergo *l.* 33. §. 1. *ff. de admin. & peric. tut.* dicitur, *officium tutorum, curatoribus constitutis, finem accipere.* Recte in *h. l.* §. 3. *ff. de min. omnes adolescentes in ætatem usque* XXV. *annorum curatorum auxilio regi*, dicuntur. Ita enim omnino sese res habere cœpit post Marci constitutionem. Quid ergo de verbis Justiniani, qui invitos negat curatores accipere? An cum Rævardo *lib.* 1. *Var. cap.* 17. inscitiæ arguemus Tribonianum, jus ex lege Lætoria antiquum pro novo & recepto obtrudentem? Quasi vero verisimile sit, Tribonianum in re dupondiis nota errare potuisse. An cum Vultejo §. nostrum de curatore in litem, vel cum Vinnio *l.* 1. *ff. de min.* de eo qui jam curatorem accepit, interpretabimur? At neutram conciliandi rationem verba admittere videntur. Potius dixerim, etiam post Marci constitutionem non nisi petentes accepisse curatores: eumdem tamen imperatorem voluisse, ut omnes acciperent. Prius ex *l.* 13. §. *ult. ff. de tut. & cur. dat. l.* 2. §. *penult. & ult. ff. qui pet. tut.* posterius ex Julio Capitolino patet. Invenienda ergo erat ratio, qua adolescentes veluti cogerentur curatores petere. Et id eo modo facile fiebat, quod non prius tutela finita crederetur, quam quis curatorem petiisset. Quo pertinent *l.* 33. §. 1. *ff. de admin. & per. tut.* & *l.* 5. §. 5. *ff. eod.* Non ergo obtrudebatur curator invitis; sed dabatur petentibus. Petere autem debebant omnes, quia non prius rerum suarum administrationem accipiebant, quam petiissent. His ambagibus opus videbatur, quia vulgo curatelæ minorum ignominiosi quid inesse videbatur. *l.* 3. *C. de integr. rest.* Atqui multi adolescentes, inquis, olim sine curatoribus res suas administrarunt: idque discimus ex *l.* 7. §. 2. *ff. de min* & *l.* 3. *C. de in integr. restit.* Respondeo id ad factum non ad jus pertinere. Nam & impuberes aliquando negligentia eorum, qui tutores petere tenebantur, sine custodibus erant, uti ex toto titulo *qui petant tut. vel. curat.* colligimus: nec tamen inde sequitur, ut existimemus, in arbitrio fuisse impuberum, sine tutoribus agere mallent, an custodi subesse. Hæc paullo prolixius, quia vulgo parum accurate traduntur. HEIN.

Præterquam in litem] Sive litem minor intendat, sive excipiat, *l.* 2. *C. qui leg. pers. stand in jud.* quod ideo comparatum est, ne minoribus agentibus aut judicio conventis adversarius elusorio judicio lædatur, cum sententia adversus minores indefensos lata nullius momenti sit, *l. contra.* 54. *de re jud.* Idem & in aliis rebus simili æquitatis ratione receptum, veluti si debitor velit aut cogatur minori solvere, *l.* 7. §. 2. *de min.* si is, qui tutor fuit, rationem administrationis suæ reddere desideret, *l.* 7. *C. qui pet. tut.*

Ad certam causam] Duplex igitur hic inter tutelam & curam differentia animadvertitur: una est, quod curator non detur invito, tutor invito detur, *l.* 6. *de tut. & cur. dat.* altera quod curator ad certam causam dari potest, tutor non potest, §. *certe.* 4. *sup. qui test. tut. dar.* Neutrum autem horum moribus hodiernis observatur, ut alibi ostendimus.

TEXTUS.

De furiosis & prodigis.

3. *Furiosi quoque & prodigi, licet majores viginti quinque annis sint, tamen in curatione sunt adgnatorum ex lege duodecim tabularum. Sed solent Romæ præfectus urbi, vel prætores, & in provinciis præsides, ex inquisitione eis curatores dare.*

NOTÆ.

3. *Furiosi quoque*] *l.* 1. *D. de cur. fur.* Ulp. *tit.* 12. §. 1. Cic. 2. *de invent. c.* 50. & 3. *Tusc. c.* 5.

Prodigi] Quibus dissolutè viventibus bonis interdictum, *l.* 6. *de verbor. oblig.* §. 2. *infr. quib. non est permiss. fac. testam.* Ulp. *d. loc.*

COMMENTARIUS.

1. *Prodigo ne ipso jure, sive eo ipso, quod prodigus est, bonis interdictum intelligi debeat; an vero ad id requiratur sententia magistratus.*

NOn uti tutela quædam impuberum legitima est, ita & cura quædam minorum puberum. Tutela legitima agnatis proximis lege defertur propter spem certam successionis, *l.* 1. *de legit. tut.* Cura autem nulla ob ætatem lege delata est, quia puberes testamentum facere, & præteritis agnatis, quem vélint, sibi hæredem instituere possunt. Unde jam intelligitur, cur ob furorem, vel prodigalitatem, à lege curatores dentur: nimirum quia furiosi & prodigi, qui non magis, quam impuberes, testamentum facere possunt, certos successores habent agnatos, quos ideo & curatores esse lex voluit.

Licet majores] Et magis igitur si minores sunt. Nam lex omnes furiosos & prodigos solis pupillis exceptis in curatione agnatorum esse voluit. Cæterum postquam minores omnes ex oratione D. Marci curatores accipere cœperunt, placuit curatorem minori 25. annis furioso, non ut furioso, sed ut adolescenti dari, non propter furorem, sed propter ætatem, *l.* 3. §. 1. *D. de 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 juris ratione 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 professo cum Fabro congreditur 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. c.* 50. & 3. *Tusc. c.* 5. *Si furiosus existat, agnatûm gentiliumque*

que in eo pecuniaque ejus potestas esto. Unde nonnulli existimant, legem de prodigo nihil nominatim caviſſe, ſed per interpretationem ita acceptam eſſe, propter ſucceſſionis emolumentum, quod ut furioſo, ita & prodigo mortuo, ex lege apud agnatos eſt, *arg. tit. de leg. patr. tut. 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 profun-
1 dit. Unde vulgo quæri ſolet, an prodigus intelligendus ſit, qui facto 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 judicis; ſed propriam 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 vetus formula apud Paul. 3. *ſent.* 4. Nimirum bonorum adminiſtrationis ademptio ſive interdictio non juris eſt, ſed jurisdictionis, hoc eſt, nemini ſpeciatim bonorum adminiſtrationem lex interdicit, ac ne poteſt quidem interdicere: ſed generaliter interdici jubet omnibus, 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 interdici bonis dicitur, *d. l.* 1. *de cur. fur. l.* 18. *qui teſt. fac. l.* 5. §. 1. *de acq. hær.* propterea quod lex id fieri jubet, & quia à lege curatorem & adminiſtratorem bonorum accipit. Bene igitur & rationi juris convenienter Horatius 2. *ſerm.* 3.

------ *Interdicto huic omne adimat jus*
Prætor, & ad ſanos abeat tutela propinquos.

Furioſi alia ratio eſt: nam cum furor per ſe emineat, ut furioſo bonis à magiſtratu interdicatur, non requiritur: at vero, an quis prodigus haberi debeat, ex multis & variis circumſtantiis æſtimandum eſt, de quibus magiſtratum cognoſcere & pronuntiare oportet: ne quis 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, deſinit ipſo jure eſſe in curatione, *d. l.* 1. *de cur. fur.* Sed ne hoc quidem excludit cognitionem & declarationem magiſtratus: utique neceſſe eſt, ut publicè & apertè de eo conſtet, uti communiter DD. noſtri, teſte Angelo, ſtatuunt. Atque hoc etiam concedo, ſi quis contraxerit cum manifeſtè luxurioſo, eoque, quem ſciebat, pecuniam illico malè conſumpturum, dici poſſe, eſſe quod ſibi imputet, *arg. l.* 8. *pro emt.* Vigl. *in* §. 2. *inf. quib. non eſt perm. teſt. fac.* Mynſ. *hic.* Gail. 2. *obſ.* 51. Paul. Buſ. *ad l.* 6. *de verb. obl.* Ant. Fab. *C ſuo. de cur. fur. def.* 7. Decher 2. *diff.* 8. *num.* 8. D. Tuld. *hic cap.* 4. *& ad tit. C. de cur. fur.* Chriſtin. *vol.* 1. *deciſ.* 163. Noſtris moribus ſemper requiritur ſententia declaratoria ejuſque publicatio, teſte Grot. 1. *manud.* 11. add. Jod. Damhoud. *c.* 8. *de tut. & cur. mun. num.* 26.

Sed ſolent Romæ] *L.* 1. *de cur. fur. l.* 8. §. *ult. de tut. & cur. dat.* qua tamen in re, quam minimum poteſt, magiſtratus à lege duodecim tabb. recedit: nam aliis adminiſtrationem dare non ſolet, niſi agnati aut nulli ſint, aut minus idonei, *l.* 13. *de cur. fur.* ut non abſolutè hæc cura ex legitima facta ſit honoraria.

TEXTUS.

De mente captis, ſurdis, &c.

4. *Sed & mente captis, & ſurdis, & mutis, & qui perpetuo morbo laborant, (quia rebus ſuis ſupereſſe non poſſunt) curatores dandi ſunt.*

COMMENTARIUS.

Mente captis] Furioſus utique & mente captus, hoc eſt, demens ſive amens: nam furor definitore Cicerone 3. *Tuſc.* eſt *mentis ad omnia cæcitas.* Plerumque tamen ſeparantur, ut in *l. diem proferre.* 27. §. *coram.* 5. *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 ἄνους, ἀνόητος; furioſus μανιώδης. Cic. *in Piſon. c.* 20. *Ego te non vecordem, non furioſum, non mente captum, non tragico illo Oreſte aut Athamante dementiorem putem?* Hoc autem diſtare furioſum à mente capto interpp. noſtri docent, quod ille rabie quadam animi agatur, quales fabulæ memorant Athamantem, Herculem, Ajacem, Oreſtem; hic magis in quiete ſit, nec ulla ferè ſigna oſtendat extrinſecus; quod vitium plerumque naturale & perpetuum eſt. Furioſorum autem duo ſunt genera; nam in quibuſdam morbus perpetuus eſt, & continua mentis abalienatio; in quibuſdam remiſſionem & intervalla habet, *l.* 14. *de off. præſ. l.* 12. §. 2. *de judic. l. ſi cum dotem.* 22. §. *ſi maritus.* 7. *ſol. matr. l.* 6. *C. de cur. fur.*

Surdis & mutis] De ſurdis & mutis eſt in *l.* 8. §. 3. *de tut. & cur. dat.* generatim de omnibus, qui in ea cauſa ſunt, ut ſupereſſe rebus ſuis non poſſint, *l.* 12. *eod. tit.* de cæcis nihil cautum: quippe qui rei ſuæ familiari, ſi nihil aliud impediat, ſatis bene præeſſe poſſint.

TEXTUS.

De Pupillis.

5. *Interdum autem & pupilli curatores accipiunt, ut puta, ſi legitimus tutor non ſit idoneus: quoniam habenti tutorem tutor dari non poteſt. Item ſi teſtamento datus tutor, vel à prætore aut præſide, idoneus non ſit ad adminiſtrationem, nec tamen fraudulenter negotia adminiſtret, ſolet ei curator adjungi. Item loco tutorum, qui non in perpetuum, ſed ad tempus à tutela excuſantur, ſolent curatores dari.*

NOTÆ.

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.

Habenti tutorem tutor dari non poteſt] Regula juris civilis paſſim in hoc argumento tradita, *l. idem fiet* 27. *de teſt. tut. l. cum jure.* 9. *C. qui pet. tut. l. ſi ſororis.* 9. *C. qui dar. tut. &c.* Cujus vera ratio eſt, quæ a Weſembecio redditur, quod cum tutor perſonæ pupilli & univerſo ejus patrimonio datus intelligatur, *§. datus.* 17. *inſ. de excuſ.* hoc jus ei invito, quamdiu tutor manet, ſine injuria adimi aut minui non poſſit appoſito alio tutore. Curator autem rectè adjungitur juvandi & ſublevandi tutoris cauſa; & volenti ac petenti item tutor. Cæterum nullum uſum hæc regula hodiernis moribus habet, Grot. *lib.* 1. *introd. c.* 7. & jure Romano non unam exceptionem. Nam primo habenti tutorem tutor dari poteſt aliarum rerum, *l. propter litem.* 21. *§. ult. de excuſ.* nempe patrimonii pupilli, quod in alia provincia habet, *l. tutores.* 39. *§. patruus.* 8. *de adm. tut.* Deinde ſi tutor furere cœperit, aut mutus vel ſurdus factus ſit, complura Senatuſconſulta facta eſſe Cajus auctor eſt, ut in ejus locum alius tutor detur, *l. pen. de tutel.* Idem denique traditum 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 interim dari, *l.* 10. *§. ult. de excuſ.* item propter abſentiam eorum omnium, qui ad tempus excuſantur, *l.* 15. *& l. ſeq. de tut. & cur. dat.* Exiſtimo, prætorem pro qualitate morbi aut diuturnitate abſentiæ modo tutorem, modo curatorem dediſſe, veteresque hiſce nominibus promiſcuè ſæpè uſos.

Nec tamen fraudulenter] Nam fraudulenter in re pupilli verſanti non curator adjungitur, ſed tutela interdicitur, *l.* 6. *C. de ſuſp. tut. §. ult. inſ. eod.* Hæc autem clauſula in legitimo tutore omiſſa eſt, cujus exiſtimationi propter neceſſitudinem parcitur, etiamſi quid fortè 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 tut. dat.* aut ob aliam neceſſariam aut juſtam cauſam, *l.* 16. *eod.* In ejus autem locum, qui in perpetuum excuſatur, alius tutor ſufficitur, *l.* 11. *§.* 1. *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 pupilli adminiſtrare poſſit, & pupillus vel abſit, vel infans ſit, quem velit actorem. periculo ipſius tutoris prætor, vel qui provinciæ præerit, decreto conſtituet.

NOTÆ.

6. *Actorem*] Pomponius adjutorem tutelæ vocat, *l.* 13. *§.* 1. *de tutel.*

Conſtituet] Id eſt, decernet editum, & nominatum à tutore, & ob hanc cauſam etiam periculo tutoris, *l.* 24. *de adm. tut. & l.* 13. *§.* 1. *de tutel.*

COMMENTARIUS.

NOn ſemper ex cauſis, quas diximus, tutori curator à magiſtratu additur; ſed ſolet decreto prætoris actor conſtitui periculo tutoris, quotieſcumque aut diffuſa negotia ſunt, aut dignitas, vel ætas, aut valetudo tutoris id poſtulat, *l. decreto.* 24. *de adm. tut.* quem adjutorem tutelæ appellat Pompon. *l.* 13. *§.* 1. *de tutel.* Curator quoque ex iiſdem cauſis ſimiliter actorem dat, *l. un. C. de act. à tut. ſeu cur. dand.*

Vel abſit, vel infans ſit] Nam ſi præſens ſit & fandi potens, nihil neceſſe eſt prætorem adire actoris decreto conſtituendi cauſa, cum pupillus, ut dominus, auctore tutore procuratorem conſtituere poſſit, *d. l. decreto.* 24. *de adm. tut. l.* 11. *C. de proc.*

Periculo ipſius tutoris] Quamvis tutor curatoris ſibi adjuncti periculum non præſtet: actor tamen & adjutor tutelæ periculo tutoris conſtituitur, licet decretum interveniat, *d. l.* 13. *§.* 1. *de tutel. d. l. decreto.* 24. *de adm. tut.* Hoc ideo, quia is, qui nominat, idoneum eſſe promittere videtur, *arg. l.* 1. *de mag. conv. l.* 4. *§.* 3. *de fidej. & nominat.*

TITULUS VIGESIMUSQUARTUS.

DE SATISDATIONE TUTORUM VEL CURATORUM.

D. Lib. 27. *Tit.* 7. *C. Lib.* 5. *Tit.* 57.

Continuatio, & Argumentum Tituli, cum ſumma plerorumque, quæ tutelæ & curæ communia.

HActenus dictum eſt de tutoribus & curatoribus diſtinctè & ſeparatim; expoſitumque, quæ tutelæ, quæ etiam curæ ſint propria. Quæ nunc ſequuntur, ſatisdatio, excuſatio, ſuſpecti accuſatio & remotio, promiſcua ſunt, & utriuſque muneris communia. Quamobrem quæ fortè de uno genere brevitatis cauſa dicemus, ea de altero quoque intelligenda ſunt. Hic autem titulus, quamvis ſimplicem inſcriptionem, duo tamen capita habet: unum eſt de ſatisdatione à tutoribus

bus in præparatione ad officium exigenda, cui respondet titulus in Pand. *rem pup. salv. for.* alterum de magistratibus in subsidium conveniendis: de quo *tit. Pand. & C. de mag. conv.* Præter satisdationem & duæ aliæ res sunt, quæ hic omissæ à tutoribus & curatoribus omnibus exiguntur, inventarii rerum pupillarium confectio, *l.* 7. *de adm. tut. l. ult. C. arb. tut. l. tutores.* 24. *C. de adm. tut.* de quo adi Christin. *vol.* 3. *decis.* 151. *n.* 6. *& seqq. & decis.* 163. *n.* 7. *& seqq.* Grot. 1. *manud.* 9. deinde ut jurent, se rem ex fide atque ad utilitatem curæ suæ commissorum gesturos esse, *Nov.* 72. *c. ult. unde auth. quod generaliter. C. de cur. fur.* Ad hæc pro officio administrationis bona tutoris & curatoris pupillo & adolescenti tacitè pignori sunt obligata, *l. pro officio.* 20. *C. de adm. tut. & ibi DD.* Christin. *d. decis.* 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 judicis, *l. lex quæ.* 22. *C. de adm. tut. & ib. DD.* add. Christin. *d. decis.* 151. *cum seqq.*

TEXTUS.

Qui satisdare cogantur.

Ne tamen pupillorum pupillarumve, & eorum, qui quæve in curatione sunt, negotia à curatoribus tutoribusve consumantur vel diminuantur, curet prætor, ut & tutores & curatores eo nomine satisdent. Sed hoc non est perpetuum; nam tutores testamento dati satisdare non coguntur: quia fides eorum & diligentia ab ipso testatore adprobata est. Item ex inquisitione tutores vel curatores dati satisdatione non onerantur: quia idonei electi sunt.

NOTÆ.

Eo nomine satisdent] Id est pupillum vel adultum datis fidejussoribus securum faciant, *l.* 1. *& pass. D. rem pup. salv. for.* hoc enim est satisdare. Græci ἐγγύας παρέχειν. Prætoriæ stipulationes, qualis hæc est, cautionem pignoratitiam regulariter non admittunt, *l.* 7. *de stip. prat.*

Testamento dati.] Ut & ex testamento confirmati, *l.* 3. *de conf. tut.* paternum testimonium pro satisdatione sufficit, *l.* 7. §. 5. *D. de curat. fur.* neque enim tutor à patre nisi spectatæ fidei, & diligentiæ eligi solet. *l.* 36. *de excus.* excipe casus, *l.* 8. *cum* 2. *seqq. de conf. tut.*

Ex inquisitione] *l.* 4. *C. de tut. qui sat. non ded.* & regula est, ubi locus est inquisitioni, cessat satisdatio. *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.*

COMMENTARIUS.

1. *Quando pignora in vicem satisdationis admittantur?*
2. *Plures fidejussores unius tutoris beneficium divisionis non habere. At ex persona plurium tutorum actionem inter fidejussores dividi.*
3. *Nullum esse genus tutorum, in quo non aliqui satisdandi lege soluti.*
4. *Quid circa satisdationem, & nonnulla alia, apud nos observetur?*

Eo nomine satisdent] Satisdare propriè est, fidejussoribus datis cavere, *l.* 1. *qui satisd. cog.* Atque hoc prætoriæ stipulationes regulariter desiderant, *l. prætoria.* 7. *de prat. 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; & tædiosam habent custodiam; quod notat Castr. ad *d. l.* 1. *qui satisd. cog.* Quod si cautio pro re certa aut quan- 1
titate præstanda sit, etiam pignora admittit, *l.* 1. §. *jubet.* 9. *de collat. l.* 2. §. 3. *quod legat.* Itaque satisdare tutelæ aut curæ nomine est, stipulanti pupillo vel adolescenti, sive alii, cui de ea re stipulandi jus est, promittere se pupillum vel adolescentem indemnem præstiturum, datis in eam rem fidejussoribus, qui quod tutorem ex ea causa præstare oportebit, spondeant: unde hæc cautio dicitur satisdatio de indemnitate pupilli vel adolescentis, & passim satisdatio rem pupilli vel adolescentis salvam fore. Si plures fidejussores à 2
tutore dati sunt, singuli in solidum tenentur, & conveniri possunt; neque beneficium divisionis, quod cæteri fidejussores ex epistola D. Adriani habent, ad fidejussores tutoris pertinet. *l. ult. rem pup. salv.* Cæterum 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 judicium tutelæ venit, id etiam hac stipulatione continetur: ac proinde non tantum damna illata, sed etiam lucra neglecta, *l.* 9. *d. tit. l.* 1. *de tut. & rat. distr. l. si tutor.* 15. *de adm. tut.* VINN. Recte Vinnius, stipulationem pro tutore committi demum finita tutela. Ita enim diserte Ulpian. *l.* 4. §. 4. *ff. rem pup. salv. fore.* Sed turbare videtur *l.* 11. *ff. eod.* ubi Neratius: *Cum rem salvam fore pupillo cavetur, committitur stipulatio, si quod ex tutela dari fieri oportet, non præstetur.* Unde quidam ajunt, stipulationem statim committi, tutore non præstante, quod eum facere oportebat, sed agi demum posse, finita tutela. Verum salva res est. Non agit Neratius de tempore, quo committatur stipulatio, sed de modo, quo committatur, adeoque ea conciliandi ratione non opus videtur. HEIN.

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 3
aliqui satisdandi 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. d. tit.* At cur hos omnes à satisdatione immunes esse placuit contra utilitatem, ut videtur, pupillorum? Respondemus,

mus, nihil hic fieri contra utilitatem pupillorum: tantum ubi illis ſatis bene proſpectum eſſe creditur, incivile viſum eſt, ſatisdationem exigi, vitiſque ſpectatæ fidei ac diligentiæ hoc onus imponi. Tales autem habendi ſunt, qui vel teſtamento, vel ex inquiſitione dantur, ob cauſas, quas mox exprimit Juſtinianus. Patrono autem liberiſque ejus etſi ſatisdatio remittitur, id tamen non fit niſi cauſa cognita, *d. l.* 5. §. 1. *de leg. tut.* Parentem autem manumiſſorem vel maxime hac lege ſolutum eſſe convenit.

Tutores teſtamento dati] Extra quam ſi facultatum dati à patre tutoris facta ſit deminutio, vel morum ante celata aut ignorata emerſerit improbitas, vel inimicitiæ cum patre exarſerint, *l.* 4. *de teſt. tut. l.* 8. *& 2. ſeqq. de conf. tut.* Tutores quoque, qui non legitimè teſtamento dati, aut omnimodo aut ex inquiſitione confirmandi ſunt, ſatisdatione non onerantur: cæteri ſatisdant, *l.* 1. §. 2. *& aliquot ll. ſeqq. d. tit.* §. *ult. ſup. de tutel. & ib. not.*

Ab ipſo teſtatore approbata] Quippe parentes nemini tutelam liberorum ſuorum committere ſolent, niſi ei, cujus benevolentia, fides ac diligentia eis ſatis cognita perſpectaque ſit, *l. amiciſſimos.* 36. *de excuſ.* ut merito paternum teſtimonium pro ſatisdatione 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, Papinianus ſcribit, 4 *l. ſi impuberi.* 13. *in fin. de tut. & cur. dat.* Olim apud nos nemo tutor idoneus ſine ſatisdatione æſtimabatur: verum hodie prudentiæ & religioni eorum qui rebus pupillaribus præſunt, ea res committitur, qui non ſolent ſatisdationem à tutoribus exigere, contenti eorum jurejurando; præſertim ſi teſtamento dati ſint, quod & paſſim alibi obſervatur. Joan. à Sande *lib.* 2. *tit.* 9. *def.* 9. Extat formula jurisjurandi in *Stat. tutelar. Rhijnland. 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 præſunt, vid. Grot. 1. *manud.* 9. ubi etiam tractat, an tutores, & quinam mercedem adminiſtrationis petere poſſint? item, quando tutoribus liceat quæſtorem conſtituere? & quædam alia ad tutoris adminiſtrantis & quæſtoris conſtituti officium pertinentia.

TEXTUS.

Quatenus ſatisdatio in iis, qui ſatisdare non compelluntur, locum habere poſſit.

1. *Sed ſi ex teſtamento vel inquiſitione duo plureſve dati fuerint, poteſt unus offerre ſatisdationem de indemnitate pupilli vel adoleſcentis, & contutori ſuo, vel concuratori præferri, ut ſolus adminiſtret; vel ut contutor, aut concurator ſatis offerens præponatur ei, ut & ipſe ſolus adminiſtret. Itaque per ſe non poteſt petere ſatisdationem à contutore vel concuratore: ſed offerre debet, ut electionem det concuratori vel contutori ſuo, utrum velit ſatis accipere, an ſatisdare. Quod ſi nemo eorum ſatis offerat, ſiquidem adſcriptum fuerit à teſtatore, quis gerat, ille gerere debet: quod ſi non fuerit adſcriptum, quem major pars elegerit, ipſe gerere debet, ut edicto Prætoris cavetur. Sin autem ipſi tutores diſſenſerint circa eligendum eum, vel eos, qui gerere debent, Prætor partes ſuas interponere debet. Idem & in pluribus ex inquiſitione datis comprobandum eſt, id eſt, ut major pars eligere poſſit, per quem adminiſtratio fiat.*

NOTÆ.

1. *Poteſt unus offerre*] Unius ex pluribus tutoribus ſatisdationi non obnoxiis provocatione fieri poteſt, ut cæteri ſatisdationi ſubjiciantur, aut huic parato ſatisdare 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 interponere] Id eſt cauſa cognita ſtatuere, quis tutelam geret, *d. l.* 3. §. 7. *l.* 14. §. 1. *D. de ſolut.* Sorte rem hic dirimi non placet, quia vertitur in præjudicium alterius. Accurſ.

COMMENTARIUS.

1. *Provocatione unius ex pluribus tutoribus ſatisdationi non obnoxiis fieri poſſe, ut cæteri ſatisdationi ſubjiciantur.*
2. *Tutelam non tam commodè à pluribus, quam ab uno adminiſtrari: ideoque Prætori curæ eſſe, ut adminiſtratio in unum derivetur: & quis in ea re ordo.*

HIc locus exceptionem quandam continet eorum, 1 quæ de tutoribus teſtamento aut ex inquiſitione datis ſatisdatione non onerandis initio dicta ſunt: nam etſi directo ab his ſatisdatio exigi non poteſt, ſi tamen plures ſint hujuſmodi tutores, provocatione unius fieri poteſt, ut cæteri ſatisdationi ſubjiciantur, ſi huic parato ſatisdare adminiſtrationem committi nolint. Id quod ſumma ratione à Prætore introductum eſt. Nam cum periculum, adminiſtratione non diviſa, commune ſit omnium tutorum, &, quod culpa unius 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 ſatisdationem ad ſecuritatem collegarum offerenti, aut ſi ipſi adminiſtrare malint, eadem conditione adminiſtrent, collegamque ſuum qui ſatis obtulit, præſtita cautione itidem ſecurum reddant. Porro quoniam tu- 2 tela non tam commodè à pluribus, quam ab uno ad-

miniſtrari ſolet: (quippe plures ad adminiſtrationem admiſſi ſæpè diſſenſione aut æmulatione 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 Prætori 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 ſatisdationi non obnoxiis; ſatisdationem offert, geſtio 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 ſtatuat, quis tutelam gerere debeat, *dd. ll.* Sorte hic rem dirimi non placuit; quia vertitur præjudicium alterius, Gloſſ. *in verb partes.* Enimverò hæc ita obtinent, ubi de tutelæ adminiſtratione uni aut paucis committenda agitur: nam ſi omnes gerere velint, aut tutelam inter ſe dividi vel in partes, vel in regiones, audiendi ſunt, ne inviti alienum periculum ſubire cogantur, *d. l.* 3. §. *pen. & ult. cum l. ſeq. de adm. tut.* Idemque eſt, ſi omnes parati ſint ſatisdare, *d. l.* 17. *de teſt. tut.* ut tamen maximè idoneum prætor eligere poſſit, *l. quod ſi.* 18. *d. tit.* Porro nec judicio teſtatoris ſemper in hac re ſtatur, nec ſatis offerens ſemper præfertur, ob cauſas, quas affert Ulpian. *d. l.* 3. §. 3. *de adm. tut. d. l.* 17. §. 1. & 2. *de teſt. tut.*

Per ſe non poteſt petere] Dativus vel teſtamentarius tutor ſive curator à collega ſuo ſatis petere non poteſt: ſed offerre ei debet, utrum ſatis accipere velit, an dare. *l.* 7. *rem pup. ſalv. for.* Scilicet ita: aut ſatisda, aut ſatis accipe.

In pluribus ex inquiſitione] Ex interpretatione videlicet edicti & oratione DD. fratrum: ſiquidem verba edicti ad teſtamentarios tantum pertinent, *l. ſi nemo* 19. §. 1. *de teſt. tut.* Illud hic prætereundum non eſt, etiamſi uni adminiſtratio decernatur, non idcirco tamen honorarios tutores, id eſt, eos, qui non adminiſtrant, per omnia immunes eſſe à periculo tutelæ: ſed excuſſis prius facultatibus ejus, qui geſſit, etiam hos conveniri poſſe, quippe quorum munus ſit, obſervare actus tutoris gerentis, rationes inſpicere, & malè verſantem ſuſpectum facere, *d. l.* 3. §. 2. *de adm. tut.* D. Tuld. *cap.* 4.

TEXTUS.

Qui ex adminiſtratione tutelæ vel curationis tenentur.

2. *Sciendum autem eſt, non ſolùm tutores vel curatores pupillis vel adultis cæteriſque perſonis ex adminiſtratione rerum teneri: ſed etiam in eos, qui ſatisdationem accipiunt, ſubſidiariam actionem eſſe, quæ ultimum eis præſidium poſſit afferre. Subſidiaria autem actio in eos datur, qui aut omninò à tutoribus vel curatoribus ſatisdari non curaverunt, aut non idoneè paſſi ſunt caveri. Quæ quidem tàm ex prudentum reſponſis, quam ex conſtitutionibus imperialibus etiam in hæredes eorum extenditur.*

NOTÆ.

Subſidiariam actionem] Quæ in ſubſidium pupillis datur, & adultis, excuſſis prius adminiſtratoribus, eorumque fidejuſſoribus. Vide fuſiùs in *Commentario* infrà.

COMMENTARIUS.

1. *Qui quando præter tutores & curatores pupillis & minoribus teneantur, & quo quiſque ordine conveniendus?*

PArs hujus tituli altera, in qua agitur de actione ſubſidiaria, quæ pupillis vel adultis cæteriſque perſonis, tanquam ultimum præſidium, datur adverſus magiſtratus, qui ſatisdationem 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 ſatisdationi obnoxios eſſe diximus.

Subſidiariam actionem] Quæ ex re ipſa hoc nomen accepit, quia in ſubſidium pupillis datur, ſi à tutoribus eorumve fidejuſſoribus ſuum conſequi nequeant; ut hæc actio ultimum eis ſit perfugium, & tanquam ſacra anchora, *l.* 4. & 5. *C de Mag. conv.* Quo res melius intelligatur, ſciendum eſt, primo loco convenien- 1
dos 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 cæteros onerare. Si omnes geſſerunt, unum eligi poſſe, & in ſolidum conveniri, *l.* 2. *C. d. tit. l.* 6. *arb. tut.* ſed electo tum triplici beneficio ſuccurri; diviſionis & cedendarum actionum, exemplo fidejuſſorum, *l.* 1. §. & *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 præſtiterit, *d. l.* 1. §. & *ſi fortè.* 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 everſis jam ejus facultatibus, *d. l.* 2. *C. de div. tut. l. Lucius.* 46. §. *pen. de adm. tut.* Conventione autem tutorum mutuum periculum non finitur: 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.

hic. Atque hic pupillo consistendum, si à tutoribus satisdatum non est, quia testamento aut ex inquisitione dati. Si verò tales sint, ut satisdare debuerint, nec exacta sit satisdatio, post tutores statim ad magistratus venitur, qui officium suum in exigendo neglexerunt, ut *hoc text.* Exacta autem cautione proxime post tutores hæredesque eorum conveniuntur dati fidejussores, iisque deficientibus, hæredes eorum. *l.* 3. *de fidej. & nom. & har. tut.* Atque ad extremum, excussis omnibus & administratorum & fidejussorum bonis, si solidum pupillus nondum consecutus est, subsidiaria actio est in magistratus, qui satisdationem acceperunt. *l. Lucius.* 46. §. *pen. de adm. tut. l.* 4. *C. de Mag. conv.* Nonnunquam tamen prius ad magistratus venitur, quam ad contutores, si nimirum his nihil imputari possit, quod vel satis à contutore non exegerint, vel suspectum eum non fecerint, *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 passi sunt caveri] Quoties vitiosè cautum est, non videtur cautum, *l.* 6. *qui satisd. cog.* Atque hic notant, paria esse, utrum quid non fiat, an non debito modo. Sed hoc interest, quod ubi omnino cautum non est, statim magistratus conveniri possunt: ubi cautum est, licet non idoneè, fidejussorum bona prius excutienda sunt, quam ad magistratus veniatur.

In hæredes] Non tamen similiter tenentur hæredes magistratuum, ut ipsi magistratus, nam nec hæres tutoris negligentiæ nomine tenetur. Nam magistratus quidem in omne periculum succedit: hæres ipsius doli tantum, & dolo proximæ culpæ succedaneus est, *l.* 4. *de Mag. conv. l.* 2. *C. eod.* Etenim si magistratus tanta fuit negligentia, ut aut omnem cautionem omitteret, aut evidenter cum minus idoneis fidejussoribus contraheret, ipsum hoc casu loco fidejussoris habendum placuit, *l.* 6. *eod.*

TEXTUS.

Si tutor vel curator cavere nolit.

3. *Quibus constitutionibus & illud exprimitur, ut nisi caveant tutores & curatores, pignoribus captis coërceantur.*

COMMENTARIUS.

Pignoribus captis] Pignora ideo dicuntur: quia aliquandiu, & donec aliquid fiat, retinentur: eaque pars fuisse videtur multæ dictionis. Quod si in contumacia perseverent, removendi à tutela, ut suspecti, *l.* 3. *C. de susp. tut.*

TEXTUS.

Qui dicta actione non tenentur.

4. *Neque autem præfectus urbi, neque prætor, neque præses provinciæ, neque quisquam alius, cui tutores dandi jus est, hac actione tenebitur: Sed hi tantummodò, qui satisdationem exigere solent.*

NOTÆ.

4. *Qui satisdationem 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 potuerint.*
2. *Moribus hodiernis perexiguum actionis subsidiariæ usum esse.*

Cui tutores dandi jus est] Κατ' ἐξοχὴν, vel jus plenum & liberum quale item habent proconsules cæterique, quibus provinciæ regendæ commissæ, *l.* 1. *de tut. & cur. dat. l.* 1. §. 1. *D. de Mag. conv.* alioqui & magistratus municipales jus dandi tutores habent, sed circumscriptum, aut pendens ab arbitrio & jussu majorum magistratuum, *l.* 3. *d. tit.* junct. §. *sed hoc jure* 4. *sup. de Atil. tut.* Locus hic descriptus ex *l.* 1. §. 1. *de Mag. conv.*

Qui satisdationem exigere solent] Ut magistratus & defensores civitatum, οἱ τραπηγοὶ καὶ ἐκδικοὶ τῆ πόλεως, Theoph. Item scriba præsidis vel prætoris, *l. ult. C. eod.* ait, *exigere solent.* Potuitne ergo & ipse prætor 1
cautionem exigere? & potuisse non dubito: *l.* 2 *& 3. rem pup. salv.* Igitur & præsides potuerunt. Nusquam tamen reperimus in eos actionem subsidiariam dari: sed contra, generaliter non dari: fortassis propter eminentiam dignitatis eorum: vel quia absurdum videtur, eis, qui sine satisdatione tutorem dare poterant, fraudi esse, quod singulari erga pupillum affectu ducti, quo certius ei cautum esset, fidejussores exegerint. In his regionibus actioni subsidiariæ vix locus est, ut 2
supra quoque monuimus: neque in Germania usum ejus testatur Treutl. *vol.* 2. *disp.* 9. *thes.* 7 In Gallia quoque desuetudine abrogatam ex Bugnion *lib.* 1. *de leg. abrog. fatyr.* 2. refert Gothofr. *ad rubr. C. de Mag. conv.* quod miror à Barone adnotatum non esse. Planè si quid dolo malo in satisdatione exigenda magistratus feciisse 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. *præd. loc.* Pap. *lib.* 10. *tit.* 4. *art.* 10.

TITULUS VIGESIMUSQUINTUS.

DE EXCUSATIONIBUS TUTORUM VEL CURATORUM.

D. Lib. 27. Tit. 1. C. Lib. 5. Tit. 62.

Ratio ordinis, & quædam προθεωρία.

TRactationem 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 æquo ad tutores & curatores pertinet. Excuſare ſe nihil aliud eſt, quam juſtam cauſam apud magiſtratum allegare, ad obtinendam à tutela ſive delata ſive ſuſcepta immunitatem. Ajo, ſive delata, ſive ſuſcepta. Nam excuſationum uſus eſt & ante & poſt ſuſceptam adminiſtrationem, ut ex ſequentibus apparebit. Ajo, juſtam cauſam: nam niſi excuſatio juſta atque ad eam rem conſtituta cauſa nitatur, non eſt audienda. Etenim tutela munus publicum eſt, cujus ea conditio, ut id, niſi juſta cauſa afferatur, neque delatum detrectari, neque ſuſceptum deponi poſſit, *l.* 3. §. 1. *& 4. l. 6. de mun. & hon. l.* 1. & paſſim *de vac. mun. l.* 1. *de adm. tut.* Cauſæ excuſationum variæ ſunt: hic octodecim ferè enumerantur, plures in *Pand. & C. hoc tit.* Atque harum omnium quædam certæ ſunt, & legibus ita definitæ, ut ſimpliciter ſint recipiendæ; cujuſmodi ſunt numerus liberorum, adminiſtratio fiſci, abſentia reip. cauſa, &c. aliæ arbitrariæ, quæ cauſa cognita à magiſtratu vel recipi, vel rejici poſſunt; quales ſunt, verbi cauſa paupertas, adverſa valetudo, imperitia literarum.

TEXTUS.

De numero liberorum.

Excuſantur autem tutores & curatores variis ex cauſis: plerumque tamen propter liberos, ſive in poteſtate ſint, ſive emancipati. Si enim tres liberos ſuperſtites Romæ quis habeat, vel in Italia quatuor, vel in provinciis quinque, à tutela vel cura poteſt excuſari, exemplo cæterorum munerum, nam & tutelam & curam placuit publicum munus eſſe. Sed adoptivi liberi non proſunt: in adoptionem autem dati naturali patri proſunt. Item nepotes ex filio proſunt, ut in locum patris ſui ſuccedant: ex filia non proſunt. Filii autem ſuperſtites tantum ad tutelæ vel curæ muneris excuſationem proſunt: defuncti autem non proſunt. Sed ſi in bello amiſſi ſunt, quæſitum eſt, an proſint? Et conſtat eos ſolos prodeſſe, qui in acie amittuntur. Hi enim, qui pro republica ceciderunt, in perpetuum per gloriam vivere intelliguntur.

NOTÆ.

Propter liberos] Ex Mod. *l.* 2. §. 2. *& ſeqq. D. h. t. l.* 1. *C. qui num. lib.* vide fuſius 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, propriè enim Reipubl. munus non eſt, *l.* 6. §. 15. *D. h. t.* vide *Comment.*

Adoptivi liberi non proſunt] Olim proderant, quem morem reprehendit P. Scipio apud Gell. 5. 19.

Qui in acie amittuntur] *l.* 18. *hoc tit.* & ita cape Mod. *in l. ult. de vac. mun. in bello amiſſus.* Gell. 2. *c.* 15. *aut bello amiſit.* non per cauſam belli, in obſidione fortè; ſed in acie, in prælio, Salluſt. *in eo bello trecenti milites deſiderati*, vide *Comm.*

COMMENTARIUS.

Propter liberos] Romanis ſtudium fuit matrimonia omnibus modis invitare, quod publicè intereſſe credebant, juſta ſobole repleri civitatem: quam ob cauſam & pœnis cœlibes, & maritos, qui liberos ſuſcepiſſent, præmiis affecerunt: quod effectum maximè legibus Juliis 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.* Hotom. *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. *h. t. l.* 1. *C. qui num. lib.*

Sive emancipati] *l.* 2. §. 3. *hoc tit. l.* 2. §. *incolumes.* 5. *de vac. mun.* quippe hæc immunitas non tam propter onus domeſticum educationis liberorum conceditur, ut vulgo exiſtimant, quam ut præmium & remuneratio πολυπαιδων, De jure trium liber. vide Duar. 1. *diſput.* 40. VINN. Et multo accuratiorem M. Vertran. Maurum *de jure liberorum.* HEIN.

Tres liberos Romæ, in Italia quatuor &c.] *l.* 1. *C. qui num. lib. ſe exc.* Hinc apparet, diſcrimen aliquod loci adhuc relictum fuiſſe inter Latinos, provinciales, cæteroſque cives, qui urbem incolerent, etiam poſt conſtitutionem Antonini, in *l. in orbe.* 17. *de ſtat. hom.* quamvis omnes ex eâ 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.

Th. transfert & ad novam Romam, τὴν Κωνσταντινοπόλιν, & Thraciam, τὴν Θρᾴκην. VINN. Fruſtra hoc præmium parentum Vinnius refert ad reliquias diverſorum jurium civitatis, Latii, & provinciarum. Hic enim non ad diverſos ſtatus hominum reſpicitur, ſed ad locum, ubi quiſque habitaret. Hinc civem in provincia quinque; provincialem Romæ tres liberi excuſabant. Simile privilegium pro diverſo loco habitationis diverſum eſt in *l.* 2. *C. Theod. de integr. reſtit.* Hinc nec *princ. Inſt. quib. al. licet*, huc pertinet. Alia enim eſt Italia, aliud *ſolum Italicum*. Illa Alpibus & utroque mari finitur: Hoc, ubicunque coloniæ Italici juris occurrebant, erat. Vid. V. C. Schulting. *Jurisp. Ant. p.* 619. HEIN.

Exemplo cæterorum munerum] Perſonalium nimirum: nam à patrimonialibus muneribus, quæ rerum & poſſeſſionum propriè onera ſunt, numerus liberorum non excuſat, *l.* 2. §. 4. *l.* 10. *& ſeq. de vac. mun.* neque ab honoribus muneribuſque his cohærentibus, *d. l.* 2. §. 1. niſi major ſit, videlicet ſedecim liberorum, *l.* 5. §. 2. *de 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 propriè non eſt munus publicum: neque enim rem publicam, ſed privatam pupilli tutor tractat: nec reipubl. peculiariter intereſt pupillis tutores dari, *l.* 2. §. *pen. in fin. ad municip.* ſed per conſequentias & impropriè loquendo; quia ad curam publicam pertinet, orbos ac pupillos tueri ac defendere, *l.* 2. §. 2. *qui pet. tut.* Hinc facile intelligitur, cur Modeſtinus neget tutelam eſſe munus reipubl. *l.* 6. §. *tutela.* 15. *hoc tit.* Ad quid ſi dicamus, ideo tutelam appellari munus publicum, quia cuivis è populo non ſecus ac cætera munera, publicè injungi poteſt?

Adoptivi liberi non proſunt] Quod & generaliter traditum eſt *d. l.* 2. §. 2. *de vac. mun.* & ratio eſt, quia hæc beneficia patribus data ſunt, qui numero civium rempubl. auxerunt. Meminit Tacitus. 15. *annal. cap.* 19. Senatusconſulti facti tempore Neronis, quo cautum erat, *ne liberi adoptivi ad præmia patrum prodeſſent.*

In adoptionem dati proſunt] Ex quo manifeſtè liquet, quod paulo ante diximus, hanc immunitatem magis eſſe beneficium πολυπαιδίας, quam levamentum oneris domeſtici.

Nepotes ex filio] Scilicet demortuo, *l.* 2. §. *non ſolum.* 7. *hoc tit.* nam ex filio emancipato nati avo ideo non proſunt: quia ille ei prodeſt, & hi patri ſuo. Quod ſi plures ſint ex uno filio nepotes, non ſinguli ſingula capita conſtituunt, ſed unum univerſi, patremque omnes ſimul repræſentant, *d. loc.* quod & in cæteris muneribus obtinet, *l.* 3. *C. de his qui num. lib.* 10.

Ex filia non proſunt] Non quia in avi materni poteſtate non ſunt: nam nec emancipati, nec in adoptionem dati in poteſtate patris manent, quos tamen prodeſſe conſtat, ſed quia duobus prodeſſe non debent: proſunt autem patri ſuo aut avo paterno, *l.* 2. *C. qui num. lib.*

Superſtites] *l.* 2. §. 4. *hoc tit. l.* 2. §. *incolumes.* 5. *de vac. mun.* quippe hi ſoli & reipubl. uſui & parentibus oneri ſunt. Defuncti non proſunt, præterquam bello amiſſi; *d. tit.* Quod Ulp. *l. bello.* 18. *hoc tit.* & Juſtin. *hic* de iis accipi volunt, qui in acie ſeu in prælio, ἐν τῇ συμπλοκῇ 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 occubuiſſet. Ayala *lib.* 3. *de jur. bell. c.* 7. *n.* 21. Qui verò per cauſam belli in obſidione, præſidiis, caſtris abripiuntur, huc non pertinent, *d. l. bello.* 18. De iis, qui pro patria mortem oppetunt, præclare M. Tullius *pro Planc. cap.* 37. *& Philip.* 9. *cap.* 2. Liv. *lib.* 25. *cap.* 38. Diod. Sic. *lib.* 15. ἀντὶ θνητοῦ σώματος ἀθάνατον μνῆμα καταλείπεσθαι. *in Lesbonact. hortat.*

TEXTUS.

De adminiſtratione rei fiſcalis.

1. *Item divus Marcus in ſemeſtribus reſcripſit, eum, qui res fiſci adminiſtrat, à tutela & cura, quamdiu adminiſtrat, excuſari poſſe.*

COMMENTARIUS.

IN *ſemeſtribus*] Crebra eſt ſemeſtrium D. Marci in libris noſtris mentio. Auctor eſt Suetonius *in Aug. c.* 35. Auguſtum ſemeſtria ſenatorum aliquot conſilia ſibi inſtituiſſe, cum quibus de negotiis ad frequentem ſenatum referendis ante tractaret. Dio *lib.* 53. ſcribit, ex reliquo numero ſenatorum quindecim ad hoc ſorte lectos eſſe ἐς ἐξάμηνον. Quod exemplum Marcus ſecutus videretur, vid. Pet. Fab. *in præfat. ſemeſtr.*

Res fiſci] Vel etiam rem privatam Principis, *l. adminiſtrantes.* 41. *hoc tit.* Huc referunt & exactores tributorum, *l. exactores.* 10. *C. eod.* colonos patrimoniales, *l. ult. C. qui dar. tut.* cæteroſque, quibus Princeps curam alicujus rei injunxit, *l. geometræ.* 22. §. 1. *l. jurisperitos.* 30. *eod.*

TEXTUS.

De abſentia Reipublicæ cauſa.

2. *Item qui reipublicæ cauſa abſunt, à tutela, vel cura excuſantur. Sed etſi fuerint tutores, vel curatores dati, deinde reipublicæ cauſa abeſſe cœperint, à tutela vel cura excuſantur, quatenus reipublicæ cauſa abſunt: & interea curator loco eorum datur, qui ſi reverſi fuerint, recipiunt onus tutelæ: nam nec anni habent vacationem, ut Papinianus libro quinto Reſponſorum ſcripſit: nam hoc ſpatium habent ad novas tutelas vocati.*

NOTÆ.

2. *Reipubl. cauſa abſunt*] *l.* 1. *C. ſi. tut. reipubl. cauſ. l.* 41. *D. h. tit.* quinam reipubl. cauſa abeſſe dicantur, diſce ex *l.* 32. *l.* 35. *l.* 38. *D. ex quib. cauſ. maj.* Vide fuſius & *Comment.* infrà.

Ad novas tutelas vocati] Qui, cum Reipubl. cauſa abeſſent, ad novas tutelas vocati ſunt, reverſi anni

vacationem habent: ſed munus ante ſuſceptum ſtatim reſumi debet, *l.* 10. *pr. & §.* 2. *l.* 45. *D. h. tit. l.* 2. *C. ſi. tut. reipubl. cauſ.*

COMMENTARIUS.

REipubl. cauſa abſunt] *d. l. adminiſtrantes.* 41. *§.* 2. *hoc tit.* Reipubl. cauſa abeſſe dicuntur, qui publici alicujus muneris vel officii cauſa, cui præſunt, ab urbe profecti ſunt, ut ex Modeſtino, Paulo, & Ulp. diſcimus, *l. abeſſe.* 32. *l. qui mittuntur.* 35. *l. ſi qui.* 38. *ex quib. cauſ. maj.* Horum duo ſunt peculiaria: 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* 22. *§.* 1. *& d. l. adminiſtrantes.* 41. *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; οἱ χρείας δημοσίας δήμῳ Ῥωμαίων ἕνεκα ἀποδημήσαντες ἑνιαυτῷ ἔχουσιν ἀνάπαυσιν μὴ τὸ ἐπανελθεῖν. Ergo abſentes municipii cauſa non videntur hanc anni vacationem habuiſſe, contra quam ſentit Weſembec.

TEXTUS.

De Poteſtate.

3. *Et qui poteſtatem aliquam habent, ſe excuſare poſſunt, ut divus Marcus reſcripſit: ſed ſuſceptam tutelam deſerere non poſſunt.*

COMMENTARIUS.

POteſtatis vocabulum apud noſtros aliquando large accipitur, ut iis etiam attribuatur, qui cum magiſtratus non ſint, notionem tamen aut jurisdictionem aliquam habent: ut in edicto. *Quod quiſque juris &c. l.* 1. *§.* 1. item in *l.* 3. *§. ult. de rec. arb. l.* 3. *in fin. ad leg. Jul. Majeſt.* Sæpe item ea vox ſignificat publicam illam jubendi ac coërcendi auctoritatem, quæ magiſtratuum eſt, ſed omnium communis: ut idem ſit magiſtratus poteſtas & imperium. Et hoc eſt, quod Paulus ſcribit, *l. poteſtatis.* 215. *de verb. ſign.* poteſtatis vocabulo imperium in perſona magiſtratuum ſignificari: ac proinde in hac ſignificatione verum eſt, etiam minores magiſtratus imperium poteſtatemque habuiſſe. Nonnunquam etiam καθ' ἐξοχὴν ſoli magiſtratus majores imperium & poteſtatem habere dicuntur, minores ſine imperio & poteſtate eſſe, *l. nec magiſtratibus.* 32. *de injur. l.* 2. *de in jus 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. *§. is qui.* 4. *hoc tit.* Magiſtratus tamen civitatum, τῶν στρατηγῶν τῶν πόλεων, remiſſionem à tutela habuiſſe apertè teſtatur Modeſtin. *l.* 6. *§. remittuntur.* 16. *eod.* add. Cujac. *ad l.* 4. *in fin. eod.* Ant. Fab. 1. *jurispr. hoc tit. pr.* 1. *ill.* 3. Sed vix eſt, ut id hodie obſervetur, Bern. Autumn. *coll. jur. ad d. l.* 6. *§.* 16. VINN. Quamvis magiſtratus municipales à tutela excuſari poſſe tradat Modeſtinus *l.* 6. *§.* 16. *ff. de excuſ.* obſtare tamen videntur *l.* 3. *ff. qui pet. tut.* & *l.* 23. *pr. ff. de excuſ.* ubi idem negari videmus; niſi Modeſtinum per τοὺς στρατηγοὺς duumviros; Paullum & Ulpianum reliquos minores magiſtratus municipales intelligere dicas. Sane & Romæ, cujus inſtituta fere imitabantur municipia, inter magiſtratus *majores* & *minores* diſtinguebatur, quoties de hoc privilegio erat quæſtio. *l.* 17. *§.* 4. *ff. h. t.* HEIN.

Suſceptam deſerere non poſſunt] Magiſtratibus, qui ante ſe miſcuerunt adminiſtrationi, vacatio à tutelis non conceditur, *d. l. non tantum.* 17. *§. ſanè.* 5. in quo differunt ab iis, qui reipubl. cauſa abeſſe coguntur, ut paulo ante dictum.

TEXTUS.

De lite cum pupillo vel adulto.

4. *Item propter litem, quam cum pupillo, vel adulto tutor, vel curator habet, excuſari non poteſt: niſi fortè de omnibus bonis, vel hæreditate controverſia ſit.*

NOTÆ.

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 *Comm.*

COMMENTARIUS.

JUſta cauſa excuſationis non eſt, quod litem aliquam cum pupillo tutor habeat: ſed ſi judicio agendum ſit, quia tutor in rem ſuam auctor fieri non poteſt, curator interim ad hoc pupillo datur, qui judicio peracto curator eſſe deſinit. *§. ult. de auct. tut.* At ſi de omnibus bonis, plurimave eorum parte, aut de hæreditate lis ſit, æquum eſt, excuſationem tutoris recipi, *l. ſi pupillum.* 20. *& l. ſeq. hoc tit.* Imo utile pupillo, etiam nolentem ſe excuſare, à tutela removeri, *d. l. ſi pupillum.* Non tamen in quavis diſceptatione hæreditatis ſimpliciter & ſine cognitione cauſæ recepta fuiſſe videtur tutoris excuſatio, *arg. l. ſi ut allegas.* 16. *C. eod.* Hodie tota hæc quæſtio inutilis: nam *Novella Juſtiniani conſtitutione* 72. *c.* 1. vetatur quilibet creditor aut debitor pupilli tutor ejus eſſe. Dixi ſupra ad *d. §. ult. de auct. tut.*

TEXTUS.

De tribus tutelæ & curæ oneribus.

5. *Item tria onera tutelæ non affectatæ, vel curæ, præſtant vacationem, quamdiu adminiſtrantur: ut tamen plurium pupillorum tutela, vel cura eorundem bonorum, veluti fratrum, pro una computetur.*

COMMENTARIUS.

NEmo ita onerandus eſt alienis negotiis, ut ſua ipſius negligere cogatur: adeoque & pupillorum intereſt tutorem non nimis multis negotiis implicari. Quamobrem placuit, tria onera tutelarum, vel tria onera curationum, vel tria onera permiſtarum tutelarum & curationum, quartæ tutelæ curationisve ex-

excusationem præbere, *l.* 2. §. *ult. & l. seq hoc tit. l. un. C. qui num. tut.* Sufficere item visum est, tria ejusmodi onera esse in una domo; hoc est, unam familiam tria onera tutelarum aut curationum sustinere: ac proinde & tutelarum numerum, quas pater gerit, filio, & quas filius gerit, patri, & quas frater, fratri, qui in ejusdem patris potestate est, ad excusationem prodesse, *l.* 4. §. *ult. eod.* modo tutelæ, quas filii administrant, spectent ad periculum patris. *l.* 5. *eod.*

Non affectatæ] Tutelæ affectatæ in numerum tutelarum non cedunt, *l. spadonem.* 15. §. *est autem.* 15. *eod. d. l. un. C. qui num. tut.* Itaque sive quis lucrum captans ultra se tutelæ obtulit, sive tenuem νόμον χάριν suscepit, ut numerum trium expleret, à quarta non excusabitur, *d.* §. *est autem.* Sic enim verba Modestini, ὁ μετείλεγενομενος ἐπίτροπος, interpretor, μετείλε, scilicet, ἐφανῆ, ἢ ἀσίας. Ut non tutor pauper, quemadmodum Haloander vertit, sed pauperis tutor iis verbis significetur: quam interpretationem & Theophilus juvat: nam Curtius verba Theophili, ἐπιτροπὴν ἐντελεστάτην, perperam interpretatus est, *tutelam opulentam*, cum *tenuissimam* vertere debuerit: quod mirum est, D. Gothofredum non animadvertisse.

Quamdiu administrantur] Id enim maximè consideratur: in tantum, ut, si aut priorum pupillorum ætas prope pubertatem sit, aut eorum, quorum ad tutelam nunc primum tutor vocatur, excusatio non detur. *l. non 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 tutelarum imputat, *l. spadonem.* 15. §. *si civitatis.* 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 periculi in numerum trium computat, *l si is qui* 31. *in fin. pr. hoc tit. l. si quis.* 60. *de rit. nupt.* nimirum, quia qui cessat, principaliter tenetur, & suo nomine perinde ac si gessisset.

Pro una computetur] Tria onera non ex numero pupillorum aut adolescentum computantur, sed ex diversitate patrimoniorum, rationumque & conficiendarum & reddendarum difficultate: nam si tres sint fratres consortes, hoc est, qui indivisum patrimonium habent, pro una tutela est: si tres dissortes, tres sunt tutelæ, *l* 3. *d. l si is qui.* 31. §. *ult hoc tit.* Idemque est & in aliis sive cognatis sive extraneis consortibus aut dissortibus, *d.* §. *ult.* Sed & contra aliquando unius pupilli tutela ob eandem causam ad excusationem sufficere debet, si nimirum tam diffusa, negotiosa & molesta sit, ut pro pluribus cedat, *d.* §. *ult.* cujus rei disquisitio ferè est in arbitrio prætoris tutelaris, ut ex eodem loco intelligitur, & hic notat Bach. Add. Cujac. ad *d. l.* 2. *eod.*

TEXTUS.

De Paupertate.

6. *Sed & propter paupertatem excusationem tribui, tam divi Fratres, quàm per se divus Marcus rescripsit, si quis imparem se oneri injuncto possit docere.*

COMMENTARIUS.

DEsumptus hic locus est ex *l.* 7. *& l. post susceptam.* 40. §. 1. *hoc tit.* Est autem hæc excusatio ex iis quoque, quarum receptio aut repudiatio pendet à magistratu, 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, Mynsinger. Schneid. Wesemb. *hic.*

TEXTUS.

De adversa valetudine.

7. *Item propter adversam valetudinem, propter quam ne suis quidem negotiis interesse potest, excusatio locum habet.*

COMMENTARIUS.

ET hæc causa ex earum genere est, quæ cognitionem magistratus desiderant: neque enim quæcumque valetudo excusat, sed ea, quæ impedimento est, quo minus quis suis rebus superesse possit. *l.* 10. *in fin. l. pen.* §. *ult. hoc tit. l. un. C. qui morb.*

TEXTUS.

De imperitia literarum.

8. *Similiter eos, qui litteras nesciunt, esse excusandos, Divus Pius rescripsit: quamvis & imperiti litterarum possint ad administrationem negotiorum sufficere.*

COMMENTARIUS.

LIteras pro παιδείᾳ 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 caterarum.* 7. *de var. & extr. cogn.* Cic. pro *Sylla*, *c.* 16. *Literæ posteritatis causa repertæ sunt.* Hinc nescire literas dicuntur, qui ne elementarii quidem sunt, hoc est, qui nec legere nec scribere didicerunt, *l.* 3. §. 2. *de accus. l hac consultissima.* 21. *l. nostram* 30. *C. de testam.* ut & è contrario scire literas, qui scribere sciunt, *l. pater.* 93. §. 1. *de acq. her. l. discretis.* 10. *C qui test fac.* Suet. in *Claud. c.* 10. idque ex usu etiam aliorum auctorum, ut multis docet Duar. 1. *disp.* 3. & vel unum illud Neronis apophthegma ostendit; *Velim nescire literas.* de quo Seneca 2. *de Clem. c.* 1. Eandemque loquendi formam etiam Græcis familiarem fuisse argumento est vetus illud proverbium, quo Plato usus est 3. *de legib.* μήτε νέων μήτε γραμματα εἰδέναι. Nec dubito, quin Just. *hic* & Paul. *l.* 6. §. *ult. eod.* eodem modo hac locutione utantur, ut nescire literas iis sit, neque legere scire, neque pingere: & imperiti literarum Justiniano ἀγράμματοι, Modestino in *d.* §. idem quod ἀναλφάβητοι. Nam dicere se studiis literarum imbutum non esse, & ἀπαιδευσίαν hic causari, sanè quam ineptum est.

Quam-

Quamvis & imperiti literarum] Axioma discretum est; Quamvis imperiti literarum non sint negotiorum expertes; tamen à tutela sunt excusandi. Cui per connexum contradicere videtur Paul. *d. l.* 6. §. *ult.* Si imperiti literarum non sint negotiorum expertes, à tutela non sunt excusandi. Sunt qui particulam *quamvis* hoc loco notam esse volunt exceptionis, contra perpetuum & certum Latini sermonis usum. 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 memoriæ omnia credat, ab eo exigi non oportet; nec satis tutum, vicaria aliorum opera in commentariis & ephemeridibus conscribendis uti. Quod si tutela non sit magni patrimonii ἐντελὴς, aut alias satis expedita, cui gerendæ sufficiat quivis non hebeti ingenio neque expers negotiorum, nulla ratio est, cur quis ob solam imperitiam literarum ab ea excusetur. Atque ita Paulum tempero in *d. l.* 6. §. *ult.*

TEXTUS.

De inimicitia Patris.

9. *Item si propter inimicitias aliquem testamento tutorem pater dederit, hoc ipsum præstat ei excusationem, sicut per contrarium non excusantur, qui se tutelam administraturos, patri pupillorum promiserant.*

COMMENTARIUS.

Propter inimicitias] Quo molestiam exhibeat inimico; ἵνα ὑποβληθῇ ἐνοχῇ τῷ πράγματι; *ut subjiciatur litibus & negotiis*, *d. l.* 6. §. διδωσιν. 17. Nam si testator bona mente eum tutorem dedit, cui inimicus antea infensusque fuit, hoc ipso videtur facta gratiæ 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.* 15. §. 1. *hoc tit. l. ex sententia.* 29. *de test. tut.* VINN. Sunt, qui inde novum fingunt tutelæ *pactitiæ* genus. Sed frustra. Ejusmodi enim tutor vere est testamentarius, quamvis promissio occasionem patri dederit, hunc tutorem dandi, & ita etiam intelligenda *l.* 29. *fin. ff. de test. tut.* In Germania tamen & illustria & privata exstant tutelæ pactitiæ exempla, de quibus B. Strykius *in Usu ff. lib.* 26. *tit.* 1. §. 14. & collega conjunctissimus olim Petr. à Ludewig. in *Differ. jur. Rom. & Germ. in tutel. differ.* 4. HEIN.

TEXTUS.

De ignorantia Testatoris.

10. *Non esse autem admittendam excusationem ejus, qui hoc solo utitur, quod ignotus patri pupillorum sit, divi fratres rescripserunt.*

COMMENTARIUS.

Ignotus patri] *d. l. spadonem.* 15. §. *qui dixerit.* 14. Excipiunt DD. post Glossam hic, nisi quis dicat se ibi domicilium non habere, ubi ad tutelam vocatus est, *l. ul.* §. *ult. eod.* sed hoc genus est excusationis omnium commune.

Divi fratres] Marcus Antoninus Philosophus, & Ælius Verus, T. Antonini Pii filii, Adriani nepotes, qui primi duo Augusti appellati, & fastis consularibus sic inscripti sunt, auctore Spartiano in *Ælio Vero. cap.* 1. Appellantur & fratres Imperatores, *l. fratres.* 33. *de pœn. l. si adulterium.* 38. §. *fratres.* 4. *ad leg. Jul. de adult.* vid. Ant. Augustinum *lib. sing. de excus. ad* §. ἔτι ἀπολύεται. 18. *l.* 6. *hoc tit.* & Cujac. ibid. Obiter addo, Divos à jurisconsultis appellari Imperatores, qui post obitum in Deos relati erant ea ἀποθεώσεως solemnitate, quam describit Herodian. *lib.* 3. postquam & templa iis constitui, ac sacerdotes & sodales creari, & ludi fieri, omnesque divini honores decerni solebant, ut ex Tacito, Tranquillo, Spartiano, Capitolino, aliisque id genus auctoribus discimus.

TEXTUS.

De inimicitiis cum patre pupilli vel adulti.

11. *Inimicitiæ, quas quis cum patre pupillorum vel adultorum exercuit, si capitales fuerunt, nec reconciliatio intervenit, à tutela vel cura solent excusare.*

NOTÆ.

11. *Cum patre pupillorum*] *d. l.* 6. §. 17. Paul. 2. *sent.* 27. idem est si cum pupillis vel adultis, l. 3. §. 12. *D. de susp. tut.* ubi Ulp. ait etiam ob hanc causam removeri.

COMMENTARIUS.

1. *An homini Christiano conveniat, ad excusationem tutelæ obtendere inimicitias?*

NUnc de inimicitiis paulo pluribus & distinctius agamus. Ait, inimicitias capitales, quas quis cum patre pupillorum exercuit, nisi intervenerit reconciliatio, solere excusare. Inimicitias capitales intelligo quascumque graviores, quæ vel vitam, vel libertatem, vel existimationem petunt. *arg. l. 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. cap.* 5. qui legem Domini sic accipiebant; *Diliges proximum tuum, & odio habebis inimi-*

micum tuum. Christianis & piis non convenit. Et sanè ita est, nisi ratio afferatur, cur inimicitiæ excusare debeant; qualis hic occurrit, videlicet ut liceat siniſtram suspicionem hoc obtentu vitare, & antevenire remotionem. Ait, *cum patre pupillorum.* Idem est si pupillis ipsis vel adultis inimicus sit. *l.* 3. §. *si tutor.* 12. *de susp. tut.* Ait, *nec reconciliatio intervenit.* Reconciliatio aut apertè 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 inimicitiis dedit, puta quod eum, quem tutorem dedit, aliquando capitis accusaverit, aut insigni contumelia affecerit, ad excludendam excusationem necessaria est aperta reconciliatio. *arg.* §. *seq.* Nam illius est remittere injuriam, cui illata est. Ait, *solent excusare.* Et merito: nisi enim hujusmodi tutores & curatores ultro se excusent, inviti removentur, *d. l.* 3. §. *si tutor.* 12. *de susp. tut.*

TEXTUS.

De statu controversia à Patre pupilli illata.

12. *Item is, qui statum controversiam à pupillorum patre passus est, excusatur à tutela.*

COMMENTARIUS.

SI tutor statu controversiam à patre pupilli passus sit, id est, si eum pater in servitutem petierit, hoc par interdum, ac si capitis accusasset, *l.* 14. *ff. de bon. libert.* & hic tutor omnimodo excusandus, etiamsi pater eum postea testamento tutorem dederit, ut jam diximus. Is etiam excusatur à tutela, qui talem controversiam movet pupillo, serio & bona fide, non dedita opera, ne tutelam subeat, & calumniæ causa, quod ex rescripto Marci & Veri (ita legendum esse textus Græcus ostendit) proponitur in *l.* 6. §. *amplius.* 18. *hoc tit.* VINN. Sed non solum ad statum libertatis restringendus videtur hic §. verum etiam, si quis alterum civem vel filium familias negasset, huic tutela liberorum actoris obtrudi haut potuisse videtur. HEIN.

TEXTUS.

De Ætate.

13. *Item major septuaginta annis à tutela & cura se potest excusare. Minores autem viginti quinque annis olim quidem excusabantur: nostra autem constitutione prohibentur ad tutelam vel curam adspirare: adeò ut nec excusatione opus sit. Quâ 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 animadversus.*

SEnes æquè ac magistratus veteres reveriti sunt, *l.* 5. *de jur. immun.* quæ reverentia consistebat in assurgendo, in loco dando ac cedendo, domo deducendo ac reducendo. Juvenalis *satyr.* 13. *v.* 54.

Credebant hoc grande nefas & morte piandum,
Si juvenis vetulo non assurrexerat.

add. Valer. *lib.* 2. *c.* 1. Cic. 1. *Off. cap.* 34. Gell. *lib.* 2. *c.* 15. Fuit etiam venerabilis senectus excusatione honorum & vacatione munerum personalium. Ab honoribus excusabant anni 60. in urbe Senec. *de brev. vit. c.* 20. *Lex à quinquagesimo anno militem non cogit: à sexagesimo senatorem non citat.* Idem tamen 2. *Controv.* 65. annos exigit. A decurionatu excusabant anni 55. *l. non tantùm.* 11. *de decur.* à tutelis cæterisque muneribus personalibus anni 70. *l.* 3. *de jur. immun. l.* 2. *hoc tit. l. un. C. qui atat.* In *l. ult. C. qui atat. vel profess. lib.* 10. pro LV. legendum LXX. ut contextus ostendit, & monet Cujac. Cæterum hæc ita procedebant, nisi aliter consuetudo vel lex municipalis definiret, *d. l. non tantùm.* 11. *l.* 2. *de vac. mun.*

Major septuaginta annis] In immunitatibus cœptus annus pro completo non habetur: quamobrem ad vacationem tutelæ non sufficit ingressum esse aut agere annum septuagesimum, sed egressum esse oportet; *l.* 2. *hoc tit. l.* 3. *de jur. immun.*

Minores olim quidem excusabantur] Hic locus & constitutio Justiniani in *l. ult. C. de leg. tut.* multis imposuit. Constat minorem 25. annis testamento tutorem rectè dari: sed ita datum perinde haberi, ac si sub conditione, aut ex die datus esset, cum major 25. annis factus fuerit; ut interim nec tutelam administret, nec ullo effectu pro tutore habeatur, §. 2. *sup. qui test. tut. l. quæro.* 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 Atil. 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 & successionis ex lege tutor est: sed quia jus administrandæ tutelæ ante justam ætatem non habet, curator interim ad hoc à magistratu dabitur, §. *ult. sup. de curat. d. l.* 10. §. *pen.* 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.* Revise quæ scripsi ad §. *ult. sup. de cap. demin.* A magistratu tutor sub conditione aut ex die dari non potuit, *l.* 6. §. 1. *de tutel.* Ergo nec minor 25. annis: quippe 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 ἐν τῇ νεότητι pro tutore ullo effectu habebitur, ac ne quidem post ἄκμην 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. ult. Cod. de leg. tut.* De legitimis & dativis loquitur conſtitutio: liberam patris voluntatem teſtamento de tu-
I tela 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 omiſsâ excuſatione ipſe minor tutelam gerere potuerit, aut alius ſimul à magiſtratu dandus fuerit, qui interim periculo minoris gereret. Quæ omnia tam abſurda & à ratione juris veteris aliena ſunt, ut mirum ſit Cujacium, Hotom. Weſemb. ipſumque adeo cuſtodem Triboniani Ant. Fabrum hic dormitaſſe. Quod ſi quid novi hic conſtitutum videri poſſit, erit illud unum, quod Bachovius exiſtimat, ut jam non amplius agnato proximo, ſi minor ſit, tutela legitima ullo modo deferatur, ſed ea ætate inſuper habita, ſoli ex agnatis proximis tutores fiant, qui ſunt perfectæ ætatis: at ſi proximi omnes minores ſint, ut ſequentes vocentur; quos olim excluſos fuiſſe, ac ne durante quidem ἀφηλικίᾳ proximi ad adminiſtrationem tutelæ admiſſos jam oſtendimus. VINN. Ego vero non auſim Juſtinianum tam ſupinæ ignorantiæ arguere. Certiſſimum eſt, veteres non ſolum minores, ſed & impuberes admiſiſſe non ſolum ad tutelam teſtamentariam, verum etiam legitimam. Clariſſime id liquet ex Ulpian. *tit.* 11. §. 20. *&* 22. quamvis interea dum adoleſcerent, prætor alium tutorem daret, niſi ſe excuſaret. Impuberem a magiſtratu dari non potuiſſe facile conceſſerim: at de minore vix dubito, quum ſumta toga virili puberes ad officia virilia admitti ſolerent. Poſtquam vero hæc mutavit Juſtinianus, leges antiquiores Tribonianus juri novo more ſuo accommodavit, veluti *l.* 16. §. 1. *ff. de tut. l.* 4. *l.* 8. *ff. de legit. tut. l.* 1. *ff. de fidejuſſ. & nominat.* idque & Cujacius ad *tit. Inſt. de fiduc. tut.* & V. C. Ant. Schulting. *Juriſpr. Antejuſtin. p.* 601. fatentur. Aliis argumentis Tribonianum contra Vinnium defendit B. Huber. *Digreſſ.* 1. 3. *cap.* 24. HEIN.

Nec pupillus] Si verum eſt, quod diximus, agnatum proximum, quamdiu minor eſt, tutelam gerere non poſſe, ineptè atque inutiliter videtur quæri, an pupillus ad legitimam tutelam pupilli ſit vocandus. Nam & ſi fingamus, alterum infantem eſſe, alterum pubertati proximum, exiguum tamen tempus ſuperfuturum eſt adminiſtrationi. Et in *l.* 10. §. *pen. hoc tit.* non de impubere quæritur, ſed de adoleſcente ſive minore 25. annis: nam ἀφήλιξ, qui & ἀνήλιξ, Græcis non eſt ἄνηβος, ſed νέος, hoc eſt, adoleſcens, τὴν ἡβὴν μὲν ὑπερβὰς, ἐλάττων ἢ κὲ ἑπταετῶν, ut paſſim apud Theoph. & Harmenop.

Quum incivile ſit] Hæc ratio nihil aliud efficere videtur, quam ut nè minori tutelæ adminiſtratio permittatur. Atqui nec jure veteri ea minori permiſſa fuit. Sed, ut dixi, falſo credidit Juſtinianus, periculo minoris interim tutelam ab alio adminiſtrari ſolitam; nam ideo ſe jus vetus mutaſſe ſcribit, ut cuique immineat pro ſua tantummodo adminiſtratione periculum, ne alieno onere alius prægravetur. Itaque tutelam vel curam ſubire, hoc loco dixiſſe exiſtimari poteſt, pro eo, nempe periculum tutelæ ab alio adminiſtrandæ, ſuſtinere.

TEXTUS.

De Militia.

14. *Idem & in milite obſervandum eſt, ut nec volens ad tutelæ onus admittatur.*

COMMENTARIUS.

MIlites armatæ militiæ ad inſtar minorum, ne volentes quidem ad tutelam aut curam gerendam admittuntur, *l.* 4. *C. qui dar. tut. l.* 8. *C. de legat.* ne videl. 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, & Medicis.

15. *Item Romæ grammatici, rhetores & medici, & qui in patria ſua has artes exercent, & intra numerum ſunt, à tutela & cura habent vacationem.*

COMMENTARIUS.

STudiorum liberalium profeſſores, grammatici, ſophiſtæ, rhetores, qui publicæ juventuti proſunt; item medici, quemadmodum à reliquis muneribus, ita & à tutela & cura vacationem habent, *l.* 6. §. 1. *hoc tit. & tit. C. de profeſſ. & med. lib.* 10. Habent & Philoſophi, *d. l.* 6. §. 5. Muſicos, quamvis eorum ars ingenua ſit & liberalis, non habere tradit Cujac. in *d. l.* 6. §. 1. allegans *l.* 4. *C. de excuſ. mun. lib.* 10. quo loco pro *Hydraulæ* videtur legiſſe *Muſici.* Nec poëtæ habent, *l.* 3. *C. de profeſſ. & med.* licet divini ſpiritus mereantur. Legum quoque doctores non habent, exceptis iis, qui Romæ docent, *d. l.* 6. §. *legum.* 12. Cæterum ex Conſtitutione Conſtantini omnes habent, *l.* 6. C. *de profeſſ. & med.*

Qui in patria ſua] Profeſſores & medici ita demum hac immunitate gaudent, ſi in patria ſua doceant, aut medeantur, non in aliena. Eſt autem duplex patria: una propria ſive originalis: altera communis, quæ eſt Roma, *l. Roma.* 33. *ad munic.* Quamobrem qui Romæ docent, etiamſi Romæ nati non ſint, immunitatem habent, *l.* 9. *de vac. mun.* ſive ſalariarii ſint, ſive non ſint, *l.* 6. §. *Roma.* 11. *h. 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

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 haberent, in unaquaque civitate lege definitus erat, *d. l. 6. §. 2.* præterquam philoſophorum: Ἀλλὰ τὸ σπανίους εἶναι τοὺς φιλοσοφοῦντας, *d. l. 6. §. de philoſophis*, quem numerum excedere non licebat, *d. l. 6. §. 3.* niſi quis propter excellentiam præſtantiamque doctrinæ, ὁ ἄγαν ἐπιστημων, immunitate ſupra numerum donaretur, *d. l. 6. §. valde. 10.* Eſt & tertia conditio hic omiſſa, ut bene & ſedulo ſuo munere fungantur, ſeque adoleſcentibus utiles præbeant: alioqui denuo ab ordine reprobari poſſunt. *d. l. 6. §. 6. l. 2. l. 8. C. de profeſſ. l. 11. §. 3. de mun. & hon.* Colligunt hinc DD. ſtudioſos, qui gnaviter literis non incumbunt, etiamſi in catalogum relati ſint, privilegiis ſcholarium gaudere non oportere, ceſſante ſcilicet ratione inductiva privilegiorum, ſecundum Aldobrand. *num. 19.* Schneid. *num. 6. hic*, quanquam vix eſt, ut hoc obtineat: conſule Wameſ. *cent. 1. conſ. 20.* Chriſtin. *vol. 5. deciſ. 36. & 49. num. 14. & ſeqq.* Add. Groenew. *de ll. abrogat. ad l. 6. Pand. h. 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 continuos, ex quo cognoverint ſe tutores vel curatores datos, ſe excuſare debent, cujuscumque generis ſint, id eſt, qualitercumque dati fuerint tutores, ſi intra centeſimum lapidem ſint ab eo loco, ubi tutores dati ſunt. Si verò ultrà centeſimum lapidem habitant, dinumeratione facta viginti millium diurnorum, & amplius triginta dierum: qui tamen, ut Scævola dicebat, ſic debent computari, ne minus ſint, quam quinquaginta dies.*

NOTÆ.

16. *Qualitercumque dati*] Sive à magiſtratu, ſive teſtamento, ſive lege, nam & legitimos tutores ſe excuſare poſſe conſtat, *l. 3. §. 8. D. de leg. tut. l. 1. C. eod. l. 9. C. qui dari tut.* & prius dixerat, cujuſcumque generis.

COMMENTARIUS.

1. *An poſt conſtitutionem D. Marci adhuc immediatè à delatione tutelæ appellari potuerit?*
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. *Proponenda & diſceptanda excuſationis qua forma apud nos obſervetur.*

Aliis 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 alioqui 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 1
cum antea non minus à delatione tutelæ, quam alterius muneris appellaretur, Marcus Antoninus tutelam à cæteris muneribus ita ſecrevit, ut tutor datus non amplius rectà à datione provocaret: ſed ſi quas ſe habere putaret juſtas excuſationis cauſas, eas intra præſtituta tempora proponeret, quas ſi judex rejeciſſet, tum demum licentiam appellandi haberet; qui verò ad alia munera vocarentur, illi non aliter quam olim, hoc eſt, quam appellatione 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 ἀμέσως appellaſſent, ſed à rejectione 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 Modeſtin. *l. 13. eod.* & Impp. *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 minimè hoc loco admittenda. Tutores neceſſe non habent appellare; ergò, 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. Tulden. *hic. c. 11. & ad tit. C. eod.* Chriſtin. *vol. 3. deciſ. 171. n. 12.* Perez. *in C. hoc tit. n. 16.* Grot. *1. manud. c. 7.* Eſt verò hoc argumentum, nihil hic tutorum cauſa conſtitutum eſſe. Convenientius fortaſſe viſum eſt atque æquius: ut qui tutorem dediſſent, ipſi prius de cauſa excuſationis ſummatim cognoſcerent, eamque vel acciperent vel repudiarent, cum nihil eorum interſit, tutorne 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 judices conſtituerentur, 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, συνεχῶς, continenter, & ſine interruptione nulliſque exemptis currunt, ad diſcrimen utilium, è quibus ſubducuntur omnes dies, quibus experiundi juris ſui poteſtas non eſt, *l.* 1. *de div. & temp. præſ.* de quo fortaſſis alibi plura.

2 *Ex quo cognoverint*] Quinquaginta dies excuſationibus profitendis conſtituti tutoribus & curatoribus non cedunt ex quo dati ſunt, ſed ex quo cognoverint ſe tutores aut curatores datos eſſe, *d. l.* 13. §. *quinquaginta. 9. 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.* 7. Porrò nec antea quam à die cognitionis cedere exiſtimo quatuor illos menſes diſceptando & finiendo excuſationis negotio conſtitutos; ne alioqui contingat, ut prius finiatur tempus excuſationis, quam incipiat, quod perquam eſſet abſurdum. Nec eſt contrarium quod Paulus in *d. l.* 38. menſes illos ex die nominationis numerat: nam Paulo eo loco idem dies eſt nominationis & cognitionis: quippe qui ſolum excludere vult tempus, quo allegata ſit excuſatio: quaſi dicat quatuor illos menſes non currere à die propoſitæ excuſationis, quod videri poterat, ſed à die nominationis, cognitæ ſcilicet, non factæ. Ant. Fab. 1. *jurispr. hoc tit. pr.* 1. *illat.* 7.

Se excuſare debent] Non ſolum venire tutor & adire judicem intra 50. dies debet, ſed neceſſe eſt, ut intra id tempus ſe excuſet, id eſt, cauſam excuſationis ſpeciatim alleget & conteſtetur, quam etſi fortè mox non perſequatur, nihilo tamen magis ei obſtabit præſcriptio 50. dierum, cum ad negotium peragendum ei adhuc ſuperſint 70. dies: niſi ἀφοσιώσεως χάριν, hoc eſt, defunctoriè, perfuſoriè, aut ut Contius vertit, dicis cauſa, adierit, ut deſiſteret ſtatim, & adverſarium traheret, *d. l.* 13. §. ἀπὸ χρὴ. 6. Conteſtanda autem eſt excuſatio vel in jure ad tribunal prætoris, vel apud acta, vel χαμόθεν, id eſt, *de plano*, per libellum, *d. l.* 13. §. χρὴ δὲ μίαν. 10. Nam etſi tutor per libelli oblationem & ſubſcriptionem non excuſatur: *l. excuſare.* 25. *eod.* eo quod excuſatio pro tribunali diſceptanda & excutienda eſt, quia opus eſt decreto: per *l.* 9. §. 1. *de off. proc. l. omnia.* 71. *de reg. jur.* tamen ad ſubmovendam præſcriptionem conteſtatio vel per libellum facta ſufficit. Illud non ſatis expeditum eſt, an & abſens tutor excuſari poſſit. Negat Accurſ. quem ſequuntur Pet. Fab. ad *l. nemo.* 70 *de reg. jur.* & Ant. Fab. *d. illat.* 7. itemque Bachov. *in Treutl. vol.* 2. *diſp.* 9. *th.* 1. *lit. B.* Mihi contraria ſententia, quæ Cujacii eſt, verior videtur, per textum *l. tutor.* 19. *C. de adm. tut.*

3 Neque video quid obſtet, quominus cauſa excuſationis per procuratorem agatur. Oppoſita ſunt *per libellum & pro tribunali*; non *per libellum* & *in præſentia*, nam & præſens libellum offerre poteſt.

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. §. *quæri* 8. *de leg. tut. l. ſi pupillum.* 20. *hoc tit. l.* 1. *C. de leg. tut. l. ſi fororis* 9. *C. qui dar. tut. arg. l.* 2. §. 5. *hoc tit.* quibus locis eorum ſententia manifeſtè refellitur, qui putant, legitimos tutores ſe excuſare non poſſe, niſi & removeri poſſint, aut ad tempus duntaxat: quo in numero ſunt Hotom. & Giphan. *hic.* Cuj. ad *d. l.* 13. VINN. Unde rectè Theophilus διαφέρει εἴτε τεσταμεντάριοι εἴτε λεγίτιμοι. Theophilum contra Cujacium & Giphanium accuratè defendit B. Huber. *Præl. ad Inſt. h. t.* §. 20. HEIN.

Intra centeſimum lapidem] Ad profeſſionem excuſationis 50. dies dantur, ſi is, qui tutor datus eſt, ſit in eadem civitate vel intra centeſimum lapidem; ſi ultra ſit, ad veniendum dantur ſinguli dies in ſingula 20. millia, & præterea 30. dies; ita ut computatis itineris diebus, & illis triginta, tutor non pauciores habeat, quam quinquaginta, quod latius perſequitur Modeſtin. *d. l.* 13. §. 1. *& ſeqq.* Obiter addo, lapidem pro milliario ſive mille paſſibus accipi: quæ appellatio inde manavit, quod ſingula milliaria poſitis ſingulis lapidibus, ſive columnis lapideis ſpatiorum ſigna inſcripta habentibus Tib. Gracchus, auctore Plutarcho, *in Gracch. p.* 838. diſtinxerat. Initium autem & finem omnes viæ Italiæ capiebant ab aurata illa columna, quæ Romæ in capite fori ad ædem Saturni poſita erat, nimirum ab aureo illo urbis milliario monumentis veterum tantopere nobilitato. VINN. Addi ea de re debet Bergierius *de viis militaribus*, ubi hæc & alia plena manu feruntur. HEIN. In hiſce regionibus proponendæ & diſceptandæ excuſationis hæc ferè forma ſervatur, ut ſi quis tutelam ſibi delatam ſuſcipere detrectet, is intra tres ſeptimanas, ex quo cognoverit ſe tutorem datum eſſe, competentes magiſtratus ſolito ſeſſionum die adeat, ibique cauſas excuſationis alleget probetque: quibus auditis & cognitis ſine mora negotium peragitur: &, ſi juſtæ ac ſolidæ videantur, excuſato recuſante alius in 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. *ſtatut. Rhijnland.* Grot. 1. *manud.* 7. De forma compellendi tutores ad tutelam capeſſendam dictum eſt ſub §. 1. *ſup. de Atil. tut.*

TEXTUS.

De excuſatione pro parte Patrimonii.

17. *Datus autem tutor ad univerſum patrimonium datus eſſe creditur.*

COMMENTARIUS.

ARbitror cum D. Hotomanno & Weſembec. §. hunc mutilum eſſe, & decerptum ex Marciano, *l. propter litem.* 21. §. 2. *hoc tit.* Hoc autem indicare velle Juſtinianum, tutorem, qui pro parte bonorum ſe excuſat;

cuſat, audiendum non eſſe: quippe qui non parti bonorum, ſed univerſo patrimonio datus intelligatur: cujus regulæ exceptio traditur *d. l.* 21. niſi ſe excuſet, ne ultra centeſimum lapidem in aliena provincia tutelam gerat.

TEXTUS.

De excuſationibus propriis Curatorum. De Tutelæ geſtione.

18. *Qui tutelam alicujus geſſit, invitus curator ejuſdem fieri non compellitur: in tantum, ut licet paterfamilias, qui teſtamento tutorem dedit, adjecerit, ſe eundem curatorem dare, tamen invitum eum curam ſuſcipere non cogendum, divi Severus & Antoninus reſcripſerunt.*

COMMENTARIUS.

QUæ præcedunt cauſæ excuſationum, tutelæ cum curatione communes ſunt, ſequuntur duæ propriæ curationis, quarum una proponitur hoc §. altera §. ſeq.

Curator ejuſdem fieri non compellitur] Romanis ad excuſationem curatoris 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 fideicommiſſo libertatem acceperit, nam in hujuſmodi libertos nihil juris patronus conſequitur, excepto quod ſine venia in jus ab iis vocari non debeat, *l.* 14. §. 3. *l. nequaquam.* 24. *hoc. tit.*

TEXTUS.

19. *Iidem reſcripſerunt, maritum uxori ſuæ curatorem datum excuſare ſe poſſe, licet ſe immiſceat.*

COMMENTARIUS.

1. *Quarum rerum uxoris maritus curator eſſe prohibeatur?*
2. *Jurisconſultos verbo excuſandi ſæpè abuti.*
3. *Quæ hodiernis moribus mariti in bona uxoris poteſtas.*

ALtera cauſa excuſationis, propria curationis in marito, uxori ſuæ, puta minori 25. annis, aut men-
1 te captæ, curatore dato. Ait, *curatorem datum.* At quorum bonorum? nam dotis etiam dominus jure civili maritus eſt, *inſ. quib. alien. lic. l. dote* 9. *C. de rei vind.* Si de jure veteri quæritur, non eſt dubitandum, quin omnium, quæ extra dotem mulier habet, quæ Græcis παραφέρνα dicuntur, licet expreſsè uſum earum rerum ſibi non receperit, ac reſervarit. Hoc enim & cauſæ prohibendi convenit, quam mox afferemus, & ſententiæ veterum conſtitutionum indiſtinctè loquentium, *l.* 2. *C. qui dar. tut. l.* 4. *l. licet.* 17. *C. h. 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.* 21. *C. de procur. l. pen. ad leg. Falc.* Sed quæritur de uxore minore 25. annis, aut mente capta, quæ paraphernа habeat? Huic, inquam, maritus eorum bonorum curator dari indiſtinctè jure veteri prohibentur, non receptitiorum 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.

Excuſare ſe poſſe] Sæpè noſtri verbo excuſandi abu- 2
tuntur, eoſque etiam excuſari ajunt, qui tutores aut curatores eſſe non poſſunt: ut cum dicunt, inimicitias capitales præſtare excuſationem, διδόναι ἄφεσιν ἐπιτροπῆς, §. *inimicitia.* 11. *ſup. l.* 6. §. διδῶσιν. 17. *eod.* patrui cum pupillo de hæreditate contendentis excuſationem recipiendam. *l. ſi pupillum.* 20. *eod.* luminibus captum, mutum, ſurdum, furioſum excuſationem habere, *l. unic. C. de morb.* quos omnes tamen certum eſt tutelam gerere non poſſe, *l.* 3. §. *ſi tutor.* 12. *de ſuſp. tut. l. licet.* 17. *C. hoc tit.* cujus eadem effectu ſpecies eſt cum ea, quæ hic proponitur; nihil enim refert, uxori maritus, an ſocer nurui curator detur. Hoc autem loco Juſtinianum verbo excuſandi abuſum eſſe conſtat ex *l.* 2. *C. qui 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 univerſum ne quis credat, certum eſſe argumentum tutoris jure dati, quòd excuſationem habere dicatur. In tantum autem maritus prohibetur uxori ſuæ curator conſtitui, ut ſi conſtitutus prudens ſe immiſceat, infamiæ labem contrahat, ſicut & illi infames fiunt, qui contra Senatusconſultum pupillam vel adultam ſibi matrimonio jungunt: eadem enim utriuſque prohibitionis ratio eſt, ne ſcilicet fraus adminiſtrationis tegatur, dum uxor vel propter blanditias mariti nolet, vel propter metum ejus non audebit ab eo exigere rationes, *l.* 4. *l. licet.* 17. *C. hoc tit.* junct. *l.* 5. *l.* 7. *C. de interd. matr. l. libertum.* 64. §. 1. *de rit. nupt.* Dubito autem cum Bachovio, an hæc poſterioribus conſtitutionibus conſentanea ſint.

Licet ſe immiſceat] Qui excuſare ſe poteſt, is ſi neglecta excuſatione ſe miſcuerit adminiſtrationi, poſtea ſe excuſare volens non auditur, quaſi juri ſuo tacitè renuntiaverit, *l non tantum.* 17. §. 5. *ſanè. hoc tit. l* 2. *C. ſi tut. falſ. allèg.* 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 removentur, *l. ſi pupillum.* 20. *hoc. tit.* §. *item major.* 13 *ſup. eod.* Atque hæc quidem jure Romanorum ita ſe habent. Cæterum moribus noſtris uxor eſt 3
in curatione & 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 antenuptialibus expreſſè aliter cautum fuerit, D. Neoſtad. *obſ. rer. jud. 9. in not.* Grot. 1. *manud.* 5. eademque ferè & apud cæteros Europæ populos mariti in uxorem hodie poteſtas eſt, ut ex Weſemb. Chaſſan. & Covar. refert Gudelin. *lib.* 1. *de jur. noviſſ. c.* 8. & D. Tulden. *ad tit. de curat.* §. 1. *ſup.* Apud Friſios adminiſtratio marito permiſſa, alienatio ſine conſenſu mulieris non item. Sande *lib.* 2. *tit.* 4. *def.* 2.

TEXTUS.

De falſis allegationibus.

20. *Si quis autem falſis allegationibus excuſationem tutelæ meruerit, non eſt liberatus onere tutelæ.*

NOTÆ.

20. *Falſis allegationibus*] Ubi adde, ex eo tempore, quo datus eſt tutelæ obligatum eſſe.

COMMENTARIUS.

DEcretum, quo tutor, falſis allegationibus uſus, abſolutus eſt, ipſo jure nullum eſt, neque eum periculo tutelæ eximit, *l.* 1. *l. ult. C. ſi 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 VIGESIMUSSEXTUS.

DE SUSPECTIS TUTORIBUS VEL CURATORIBUS.

D. Lib. 26. Tit. 10. C. Lib. 5. Tit. 43.

Continuatio & ſumma Tituli.

EX tribus quæ ad tutores & curatores communiter attinentia Juſtininianus tractanda ſuſcepit, duo expoſita ſunt, ſatisdatio, & excuſatio. Supereſt tertium & ultimum, ſuſpecti tutoris vel curatoris accuſatio & remotio; quod hoc poſtremo hujus libri titulo nunc explicat. Oſtendit autem ſtrictim, unde ea accuſatio deſcendat, qui, apud quos, & à quibus, accuſari poſſint; inde, qui ſint ſuſpecti, & quibus ex factis tales arguantur & removeri debeant, docet; ac promiſcuè, quæ hujus accuſationis remotioniſque ſit vis atque poteſtas.

TEXTUS.

Unde ſuſpecti crimen deſcendat.

Sciendum eſt, ſuſpecti crimen ex lege duodecim tabularum deſcendere.

COMMENTARIUS.

Suſpecti crimen ex lege duodecim tabb.] Ex Ulpian. *l.* 1. §. 2. *hoc tit.* Eoque pertinere creditur, quod Cicero ſcribit 3. *de Offic. cap.* 15. *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 hujus verbi ſignificatio, ſic enim accipitur in *l.* 7. *de accuſ. l.* 5. *de calum. l. propter.* 21. *de Senat. Silan.* & apud Cicer. *pro Roſc. Amerin. Tria ſunt*, inquit, *quantum exiſtimare poſſum, quæ obſtant hoc tempore Sexto Roſcio, crimen adverſariorum, & audacia, & potentia.* Quamobrem licet Theoph. rectè verterit κατηγορίαν: cauſa tamen non erat, cur interpretem ejus Curtium, novumque utriuſque ἀναφορέως editorem Gothofredum carperet Bachov. quod in Latina verſione *crimen* retinuerint.

TEXTUS.

Qui de hoc crimine cognoſcunt.

1. *Datum autem eſt jus removendi tutores ſuſpectos, Romæ prætori, & in provinciis præſidibus earum, & legato proconſulis.*

NOTÆ.

1. *Legato proconſulis*] Jus removendi ſuſpectos tutores magiſtratibus competit vi ſuæ Juriſdictionis, & ideo ea mandata ſive in ſpecie ſive in genere, tranſit in eum cui mandata eſt, *l.* 1. §. 3. & 4. *hoc tit.* ergo etſi præſes mandaverit, quod malè negat Cujac. 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 juriſdictio ſuſpectum poſtulari poſſe.*

DAtum eſt] Hoc non ita accipiendum eſt, quaſi jus de ſuſpectis tutoribus cognoſcendi eoſque removendi ſpeciali aliqua lege aut ſenatusconſulto Prætoribus aut præſidibus datum ſit: quemadmodum cum dicimus jus dandi tutores alicui datum eſſe, hoc ſic accipimus, datum eſſe nominatim vel à principe, vel lege, vel ſenatu, *l.* 1. *l.* 3. *de tut. & cur. dat. l.* 6. §. 2. *de tut.* ſed jus hoc removendi tutores prætoribus & præſidibus more concedi propter vim imperii, hoc eſt,

iis

iis competere vi & poteſtate magiſtratus ſui ſive juriſdictionis, ut de judicis dandi licentia, quam iidem magiſtratus habent, ſcriptum eſt in *l. cum prætor.* 12. §. 1. *de judic.* 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* 8. *de tut. & cur. dat.* Cognitio de ſuſpectis & remotio juriſdictionis eſt, eaque ſive in ſpecie ſive in genere mandata, in eum, cui mandata eſt, tranſit. *l.* 4. *in pr. de Off. ejus cui mand. l.* 1. §. 4. *hoc. tit.* Rurſus jus dandi tutoris etiam magiſtratibus municipalibus certa lege conceſſum eſt, *l.* 3. *de tut. & cur. dat.* §. 4. & 5. *ſup. de Atil. 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 mandatæ, *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 dicundi tranſit, etiam concurrat ex accidenti pupillorum utilitas; quorum ſcilicet intereſt ut plures de ſuſpecto cognoſcere poſſint, ne diutius perfidus tutor in patrimonio pupilli graſſetur. Pari ratione, & ſi prætor mandaverit juriſdictionem, poterit apud eum, cui mandata eſt, ſuſpectus poſtulari, *d. l.* 1. §. 4. *verſ. ergo.* Idemque omnino dicendum, ſi præſes mandaverit. Nec eſt contrarium, quod apud Marcianum *l.* 1. §. *ſuſpecti.* 11. *ad ſen. Turp.* legimus, ſuſpecti tutoris accuſationem pro tribunali tantum examinari poſſe, & nullum alium de hujuſmodi quæſtione, quam præſidem, poſſe pronuntiare. Nam cognoſcente & pronuntiante eo, cui mandata eſt juriſdictio, ipſe qui mandavit, cognoſcere, & pronuntiare intelligitur, & ille hujus vice, non ſua, fungi, *l.* 1. §. 1. *l.* 3. *de Off. ejus cui mand. l. ſolet.* 16. *de juriſd. l.* 1. §. 1. *quis à quo app.* Solum excludere voluit Marcianus magiſtratus inferiores in municipiis & civitatibus, qui pro tribunali, ubi hæc quæſtio diſceptanda, non cognoſcunt licet juriſdictionem aliquam habeant. Sic in *l. ubicumque.* 105. *de reg. jur.* quæ etiam ad propoſitam ſpeciem pertinet, cum prætor deſiderari dicitur, ubicumque cauſæ cognitio neceſſaria eſt, non excluditur is cui à prætore juriſdictio mandata eſt, ſed duumviri ſive magiſtratus municipales, quibus ea quæ majoris cujuſdam poteſtatis ſunt, facere non licet, *l. ea, quæ.* 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 alterius generis tutores. Quare etſi legitimus fuerit tutor, accuſari poterit. Quid ſi patronus? Adhuc idem erit dicendum: dummodò meminerimus, famæ patroni parcendum eſſe, licet ut ſuſpectus remotus fuerit.*

COMMENTARIUS.

Poſſunt quidem omnes tutores] Item omnes curatores, ſive adoleſcentis, ſive furioſi aut prodigi curam gerant, *l.* 3. §. 2. *eod.* ſed & curator ventri datus ſuſpectus poſtulari poteſt *d. l.* 3. §. 3. Locus hic deſcriptus eſt ex *l.* 1. §. *oſtendimus* 5. *eod.*

Quare etſi legitimus] Indicare videtur, facilius tutores teſtamentarios & dativos ut ſuſpectos accuſari & removeri poſſe, quam legitimos, eoſve, qui vinculo neceſſitudinis aut affinitatis pupillo conjuncti ſunt: quibus potius curator adjungendus eſt, quam ut notata fide atque exiſtimatione removeantur, *l. ſi tutor.* 9. *eod.*

Famæ patroni parcendum] Quod de patrono hic dicitur, idem vel magis ad parentem pertinet: & fortaſſis ne poſtulari quidem ſuſpectus parens potuit, ſed ſimpliciter curator ei adjungendus fuit. Illud conſtat, liberto & filio ſemper honeſtam & ſanctam perſonam patris & patroni videri debere, *l. liberto* 9. *de obſ. par. & patron.* Atque hinc eſſe, quod nullæ actiones famoſæ, ac ne illæ quidem, quæ fraudis vel doli ullam mentionem habent, adverſus parentes patronoſve inſtitui poſſint: ſed ex quibus cauſis actio in alios famoſa datur, ex iiſdem adverſus illos in factum detur, omiſſa doli mentione, *l. non debet.* 11. *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 hæ ſolæ, quæ pietatis neceſſitudine ductæ, ad hoc procedunt: ut puta mater: nutrix quoque & avia: poteſt & ſoror. ſed & ſi qua alia mulier fuerit, quam prætor propenſa pietate intellexerit, ſexus verecundiam non egredientem, ſed pietate productam, non ſuſtinere injuriam pupillorum, admittet eam ad accuſationem.*

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.*

COM-

COMMENTARIUS.

DEscripta hæc sunt ex Ulpiano, *l.* 1. §. *consequens.* 6. *hoc tit.* Ait, *quasi publicam.* quæ nota est improprietatis. Revera enim hæc accusatio publica non est. Nam sive finem ejus spectes, non persequitur injuriam reipubl. iliatam, sed pupillo: sive formam & exercitionem, non extra ordinem à præfecto urbis aut præsidibus de hoc crimine quæritur, ut de criminibus publicis, *l. ord.* 8. *de publ. jud. l.* 1. §. *ult. de pœn.* sed ut de re pecuniaria in privatis judiciis à prætore vel præsidibus, iisve, quibus ab his mandata est jurisdictio, *arg. l. ult. de priv. del.* Ad hæc qui publico judicio aliquem reum facit, is subscribere in crimen, quod intendit, debet, *l.* 3. §. 1. *de accus.* & desistens ab accusatione, incidit in senatusconsultum Turpilianum: quorum neutrum est in postulatione suspecti, *d. l. ult. de priv. del. l.* 1. §. *suspecti.* 11. *ad Turpil.* Cur igitur hæc accusatio dicitur publica? nimirum quia publicæ similis est in eo, quod omnibus patet: quod publicarum proprium est, §. 1. *inf. de publ. jud.* Cui addi & alterum potest, quia & nullo accusante ipse magistratus ex officio manifestè suspectum repellere potest. *d. l.* 3. §. *præterea.* 4. *hoc tit.* junct. *l.* 13. *de off. præs. 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 eæ tantum mulieres, quæ pupillo necessitudinis aliquo vinculo junguntur; verum etiam quævis aliæ, quas modo commendet pietas & verecundia: ut intelligamus, majorem esse suspecti tutoris accusandi licentiam, quam criminis publici judicii intentandi: quippe cum mulieri permissum non sit publico judicio quenquam reum facere, præterquam si suam aut suorum injuriam persequatur, *l.* 1. *& l.* 2. *de accus. l. de crimine.* 12. *C. qui accusar. non poss.* In tantum pupillorum gratia à consuetudine judiciorum deflexum est. Athenis quoque publica erat hæc actio, Jul. Poll. 8. *c.* 6. quod ex Platonis lege descendit, *lib.* 11. *de legib.* Usus autem non servat, vid. Groenew. *de ll. abrog. ad tit. ff. de pop. act.*

TEXTUS.

An pubes vel impubes.

4. *Impuberes non possunt tutores suos suspectos postulare: puberes autem curatores suos ex consilio necessariorum suspectos possunt arguere: & ita Divi Severus & Antoninus rescripserunt.*

COMMENTARIUS.

HÆc eadem traduntur in *l.* 7. *hoc tit. l.* 6. *C. eod.* Ait, *impuberes non possunt, &c* In postulandis suspectis tutoribus principaliter perpendendum est, an quid segniter aut fraudulenter 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. & §. præterea.* 4. *eod.*

Puberes autem curatores 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. præst.* 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. præst.* Quapropter si in hoc quoque accusationem suspecti similem esse volumus accusationi publicæ, videri poterit, nihil esse in proposito speciale, quia suam injuriam minor persequitur, qui curatorem suum suspectum facit.

Ex consilio necessariorum] Quorum in ea re præscriptum minor sequetur: quod si illi nolint in accusationem consentire, judicis à minore aditi officium erit, videre ne quid detrimenti minor capiat, *arg. l. si cum dotem* 22. §. *nec non.* 7. & ibi Bart. *solut. matr.* Cantiuncula & Mynsi. *hic.*

TEXTUS.

Qui dicatur suspectus.

5. *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.*

COMMENTARIUS.

HOc §. in genere docet Imp. quis sit suspectus, & unde talis esse deprehendatur. Ait, suspectum esse qui non ex fide tutelam gerit. quod sic accipiemus, non tantum si fraudulenter & callide in rebus pupilli versetur, suive quæstus aut commodi causa res administret: sed etiam si negligenter aut segniter, neque ea integritate ac sollicitudine, qua oportet, *l.* 3. §. *ult. hoc tit. l.* 5. *C. eod.* Nec tutori quicquam prodest, quod solvendo sit, quod satisdederit, vel nunc offerat: non enim ex patrimonio principaliter, sed ex moribus suspectus æstimandus est, *l.* 5. *l.* 6. *eod. d. l.* 5. *C. eod.* §. *ult. inf. eod.* & pupillo semper utilius est, sic ei prospici, ut ab initio nullum damnum sentiat, quam ut postea laboret de consequenda indemnitate, *arg. l. ult. C. in quib. caus. in int. rest. non est nec.* quod Papinianus noster sic expressit: *Expedit pupillo, rem suam salvam habere, quam tabulas rem salvam fore cautionis. d. l.* 5. *eod.*

Anteaquam tutelam gerere incipiat] Puta si vel satisdare nolit, *l.* 1. *l.* 3. *C. de tut. qui sat. non ded.* vel contumax sit, *l.* 3. *C. hoc tit.* vel si ob ignaviam aut negligentiam non gesserit, aut dolo fecerit, quominus gereret, *l.* 4. §. *ult. eod.* & generaliter si qua justa causa sit, ob quam videatur rejiciendus, *arg. l.* 3. §. *si tutor.* 12. *eod.* VINN. Inprimis huc pertinent casus in §. 9. & 10. *h. t.* item mores, qui suspicionem negligentiæ vel doli injiciunt. §. *ult. h. t.* HEIN.

TEX-

TEXTUS.

De effectu remotionis.

6. Suspectus autem remotus, siquidem ob dolum, famosus est: si ob culpam, non æquè.

NOTÆ.

6. Ob dolum famosus] *l.* 1. *D. de his qui not. infam.* Debet autem decreto causa significari: alias integra existimatione tutela abibit, *l.* 4. §. 1. *& 2. D. h. t.*

Ob culpam non æquè] Hoc est, segnitiem, inertiam, negligentiam, ineptiam, rusticitatem, *l.* 3. §. *ult. eod.* Theoph. Δι' ῥᾳθυμίαν. 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. depos.* VINN. Eleganter hanc *l.* 7. §. 1. *ff. h. t.* explicat B. Huberus ex *l.* 32. *ff. depositi*, quæ similiter distinguit, sitne depositarius in suis rebus diligens, an supinæ & enormis socordiæ. Vid. *Prælect. ad Inst. h. t.* §. 7. HEIN.

COMMENTARIUS.

1. *Culpæ nomen & generale esse & speciale.*
2. *Genera culpæ obiter distincta atque exposita.*
3. *Ob latam culpam remotus an famosus fiat, & quid moribus nostris?*

ACcusationis finis est remotio. Cæterum pro qualitate causæ & admissi, alii simpliciter removentur, alii cum nota infamiæ, alii etiam aliter & nonnunquam gravius puniuntur. Qui salva aut notata existimatione removeantur, ostenditur hoc §. propriæ pœnæ 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 ἀκουσίως, id est, sine
1 animo & proposito fraudandi. Etsi enim culpa generali significatione etiam dolum continet: Cic. 1. *de Off. cap.* 26. *Cavendum, ne major pœna 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 incon-
2 sultum à consulto & malitioso. Genera 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. *depos. l pen.* §. 2. *de jur. & fact. ign.* Atque hæc plerumque ἀφελεστικῶς dicitur culpa dolo proxima, *l.* 8. §. 3. *de precar. l.* 8. *pr. de edend. l.* 1. §. 2. *si is qui test. lib.* Levis est omissio diligentiæ, quam vulgo homines frugi in suis rebus adhibere solent, *l. hæredes.* 25. §. *non tantum*, 16. *fam. ercisc. l.* 1. *de tut. & rat. distr. l.* 8. §. 4. *de obl. & act.* Leviſſima est omissio ejus diligentiæ, quam in suis rebus præstare solet diligentissimus paterfam. & ferè per oppositum indicatur, cum diligentia præstari dicitur simpliciter, *l.* 5. §. 2. *commod. l.* 23. *de reg. jur.* quod loco magis opportuno latius explicabitur. Culpæ autem nomine non intelligit hic Imperator culpam latam, sed le-
3 viorem: siquidem lata culpa, præterquam in crimine corporalem pœnam ingerente, *l.* 7. *ad leg. Corn. de sicar.* semper dolum interpretatione juris repræsentat *l. magna.* 226. *de verb. signif. d. l. quod Nerva.* 32. *depos. l.* 1. §. 1. *si mens. fals. mod. l.* 8. §. 3. *de prec. l.* 1. §. *is 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 pœnali, *l.* 1. §. 2. *si is qui test. lib.* Unde etsi dolus tantum præstari dicitur, tamen ea appellatione etiam culpa lata intelligitur, *l. contractus.* 23. *de reg. jur. l.* 5. §. 2. *commod.* §. *pen. inf. quib. mod. re cont. obl.* Nec movere debet, quod verbum culpæ hic simpliciter & sine distinctione dolo opponitur: quotiescumque enim hoc fit, aut quoties culpæ verbum absolutè ponitur, toties in usu juris significatur levis duntaxat, *d. l.* 5. §. 2. *commod. l.* 23. *de reg. jur. l.* 11. *de neg. gest. l.* 5. §. 3. *de in lit. jur. l.* 1. §. *sepè.* 35. *depos. cum similib.* Frustra igitur objicitur, quod in dubiis benigniora præferenda, *l. semper.* 56. *de reg. jur.* quod pœnæ legum interpretatione moliendæ, *l. pen. de pœn.* 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 pœn.* 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 tutorem remotum infamem fieri, non solum, si ob fraudem remotus sit, quod in tutela grassatus fuerit, aut sordidè egerit vel perniciosè pupillo, aut aliquid interceperit ex rebus pupillaribus; *l.* 3. §. *nunc videamus* 5. *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.* & interpretatione atque effectu juris dolus est, *d. l. quod Nerva.* 32. *depos. l. magna.* 226. *de verb. sign.* Eos autem qui ob leviorem culpam, segnitiem, rusticitatem, inertiam, simplicitatem, vel ineptiam removentur, in ea causa esse, ut integra existimatione tutela abeant. *d. l.* 3. §. *ult. hoc tit.* quod & jam olim docuit Claud. Cantiuncula contra plerosque interpretes, qui negant, latam culpam infamare: quo in numero etiam sunt Schneid. & Wesembec. Planè mitior hæc sententia moribus nostris accommodatior est, quia à veteris disciplinæ severitate multum descivimus: de quo queritur D. Tulden. *in comm. hic c. ult.* Illud constat, causam remotionis decreto exprimendam esse, ut appareat de existimatione; nam si causam remotionis non significaverit decreto suo prætor, fama remoti non læditur, *l.* 4. §. 1. *& 2. eod.*

TEXTUS.

De effectu accusationis.

7. *Si quis autem suspectus postulatur, quoad cognitio finiatur, interdicitur ei administratio, ut Papiniano visum est.*

COMMENTARIUS.

PEndente causæ cognitione interdicitur tutori administratio, atque alius interea in locum ejus in administratione rerum ordinatur, *l. eum quem. 7. C. hoc tit.* ipsaque adeo postulatione suspecti etiam citra decretum id effici videtur, *l. quod si. 14. §. 1. in fin. de solut.* Et rectè: nam ut suspectum non convictum in totum removere 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 defin. 2. de susp. tut.*

TEXTUS.

Quibus modis cognitio finitur.

8. *Sed si suspecti cognitio suscepta fuerit, posteaque tutor vel curator decesserit, extinguitur suspecti cognitio.*

NOTÆ.

8. *Extinguitur susp. cogn.*] Sed & si alio modo tutela finita sit, cognitio suspecti solvitur, *l. pen. D. eod. l. 1. C. eod.* & si quid damni pupillus senserit, id sarciri potest actione tutelæ, *l. 4. D. de tut. & rat. dist.* VINN. Ast quia hæc ratio cessat, si ob atrocius factum, & quod animadversionem acriorem mereatur, suspectus sit tutor: non abs re colligere mihi videor, hoc casu suspecti cognitionem, finita interim tutela, non extingui. HEIN.

COMMENTARIUS.

IN hac postulatione nihil petitur, quod pupillo ex bonis tutoris adjudicetur, sed hoc tantum, ut tutor removeatur à tutela: quo remoto si quid damni ex mala ejus administratione pupillus senserit, id sarciri potest actione tutelæ, cui ut locus fiat, actio suspecti instituitur: quoniam durante tutela tutelæ agi non potest, *l. 4. de tut. & rat. distr.* Quibus consequens est, finita quomodocumque tutela solvi cognitionem suspecti, quamvis pridem receptam, *l. pen. C. hoc tit. l. 1. C. eod.* In quo item similis hæc accusatio videtur criminali, quæ ipsa, cœpto licet judicio regulariter morte rei extinguitur, *l. ult. ad leg. Jul. maj. l. 1. l. 2. C. si reus vel accus. mort.* Nam in causa civili, licet pœna quoque petatur, actio judicio semel inclusa salva semper permanet atque in solidum transit in hæredem, *l. omnes. 26. de obl. & act. l. omnes. 139. de reg. jur. §. 1. infr. de perp. & temp. act.*

TEXTUS.

Si tutor copiam sui non faciat.

9. *Si quis tutor copiam sui non faciat, ut alimenta pupillo decernantur, cavetur epistola divorum Severi & Antonini, ut in possessionem bonorum ejus pupillus mittatur; & quæ mora deteriora futura sunt, dato curatore, distrahi jubentur. Ergo ut suspectus removeri poterit, qui non præstat alimenta.*

NOTÆ.

9. *Copiam sui non faciat*] Latitans, dolo absens, non justa de causa. Ex *l. 3. l. 7. §. 2. l. 2. D. h. t.*

Ergo ut suspectus] Bene *ergo.* Nam si non potest removeri, non est cur pupillus mittatur in possessionem, aut bonis tutoris curator detur. Cujac.

COMMENTARIUS.

QUia alimenta pupillo non temerè decernenda sunt, sed causa cognita: quam rem prætor pro modo facultatum pupilli, quas tutor ex vero profiteri jubetur, moderari & expedire debet: *l. 3. ubi pup. educ.* ideo adversus tutorem, qui ne alimenta pupillo decernantur, sui copiam non facit, propria pœna constituta est, eadem nimirum, quæ adversus debitores latitantes, ut pupillus rei servandæ causa in possessionem bonorum tutoris mittatur, quomodo mitteretur creditor in possessionem bonorum debitoris, qui absens non defenditur, ex edicto *quib. ex cauſ. in poſſ. bon. eat.* Quin & plus hic tribuitur pupillo, quam aliis creditoribus: quippe quibus in possessionem missis nuda tantum rerum debitoris custodia & observatio interim conceditur, *l. 12. quib. ex cauſ. in poſſ.* donec ob contumaciam perseverantis sui copiam non facere, prætor de consensu creditorum, curatore constituto, bona distrahi permittat, *tot. tit. 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 suique copiam faciat, tum non tantum quasi contumacem, sed etiam ut suspectum removeri eum oportet: quod tamen & perraro & diligenti habita inquisitione faciendum esse monet Ulpian. *l. 7. §. pen. & ult. hoc tit.* Atque hic quoque sensus est hujus loci, & *l. 3. §. tutor. 14. eod.*

TEXTUS.

Si neget alimenta decerni posse, vel tutelam redemerit.

10. *Sed si quis præsens negat propter inopiam alimenta posse decerni, si hoc per mendacium dicat, remittendum eum esse ad præfectum urbi puniendum placuit: sicut ille remittitur, qui*

qui data pecunia miniſterium tutelæ acquiſierit, vel redemerit.

NOTÆ.

10. *Alimenta poſſe decerni*] A prætore ſcil. 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 & pœna corporali, εἰς τὸ σῶμα, 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 ſuſpect. tut.*

Data pecunia miniſterium tutelæ] Cujac. reſtituit, *Data pecunia miniſteriis, tutelam redemerit*, ex *d. l.* 3. §. 15. *miniſteriis*, id eſt, *officialibus & miniſtris prætoris.* VINN. Scriptum fuiſſe videtur, *qui data pecunia miniſteriis m.* (id eſt, magiſtratuum,) *tutelam adquiſierit.* In *l.* 3. enim §. 15. *h. t.* eſt: qui tutelam corruptis miniſteriis prætoris redemerunt. Tribonianum ergo pro *prætore* ſubſtituiſſe arbitror *magiſtratum*, ex cujus vocis prima littera antecedenti vocabulo juncta natum videtur vocabulum *miniſterium.* HEIN.

TEXTUS.

De liberto fraudulenter adminiſtrante.

11. *Libertus quoque, ſi fraudulenter tutelam filiorum vel nepotum patroni geſſiſſe probetur, ad præfectum urbi remittitur puniendus.*

NOTÆ.

11. *Libertus quoque*] Ex Ulpian. *l.* 2. *D. hoc tit. l.* 10. *C. de adm. tut.*

COMMENTARIUS.

DIximus non multo ante, tutores pro qualitate facti vel ſimpliciter removeri, vel cum infamia nonnunquam etiam gravius ſimul coërceri: quod fit in his delictis, ſi quis præſens negaverit, pupillo quaſi inopi alimenta decerni poſſe, & datis pupillo advocatis mendacii convincatur; ſi quis tutelam corruptis miniſteriis prætoris redemerit; ſi libertus fraudulenter tutelam filiorum patroni geſſerit: quæ tria his §§. proponuntur ex *l.* 2. & *l.* 3. §. *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 edendum quantitatem minuerit: ſi evidenti fraude pupilli bona alienaſſe probetur, *l.* 1. §. *ſolent.* 7. *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, *dd. loc.* & pœna ſcilicet corporali: nam multæ dicendæ jus etiam Prætori, cæteriſque qui jurisdictionem habent, competit. *l.* 2. §. *ult. de judic. l. aliud eſt fraus.* 131. §. 1. *de verb. ſign.* Graviorem autem omnem animadverſionem, ſive imperium, quod dicitur merum, præfectura urbis ſibi vindicavit, *d. l.* 1. *de off. præf. urb.* Apud nos quemadmodum criminum judicia exerceantur, & puniantur extra ordinem, qui delinquunt, dicemus *ſub tit. ult. lib.* 4.

TEXTUS.

Si ſuſpectus ſatis offerat: & quis dicatur ſuſpectus.

12. *Noviſſimè autem ſciendum eſt, eos, qui fraudulenter tutelam adminiſtrant, etiamſi ſatis offerant, removendos eſſe à tutela: quia ſatisdatio tutoris propoſitum malevolum non mutat, ſed diutius graſſandi in re familiari facultatem præſtat. Suſpectum etiam eum putamus, qui moribus talis eſt, ut ſuſpectus ſit. Enimverò tutor vel curator, quamvis pauper ſit, fidelis tamen & diligens, removendus non eſt quaſi ſuſpectus.*

NOTÆ.

12. *Etiamſi ſatis offerant*] Expedit enim pupillo rem ſuam ſalvam tenere, quam habere cautionem, *l.* 5. *D. h. t.* fac. *l. ult. C. in quib. cauſ. in int. reſt.*

Etiam eum] *l.* 8. *D. eod.* Vet. *ſuſpectum enim eum.* Theoph. 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 ſatisdet, *l.* 2. *C. de tut. qui ſat. non ded.*

COMMENTARIUS.

ETiamſi *ſatis offerant*] De eo dictum ſub §. *ſuſpectus*, 5. *ſup. eod.* Ut autem neque divitiæ neque ſatisdatio tutorem ſuſpicione liberant, ita nec ex adverſo eum onerat paupertas. Nam etſi pauperi, qui ſe imparem oneri impoſito docere poſſit; vacatio tribui ſolet, §. *ſed & propter paupertatem* 6. *tit. præced.* aut qui propter inopiam ſatisdare non poteſt, removendus eſt: *l.* 3. *C. de tut. qui ſat. non ded.* nunquam tamen paupertatis occaſione ſuſpectus poſtulari eove nomine removeri debet vir alioqui fidelis & diligens. Ex moribus enim, non ex facultatibus, ſuſpectum argui convenit. *l.* 8. *hoc tit. l.* 5. *C. eod. l. ſi creditores.* 31. §. 1. *reb. auct. jud. poſſ.*

FINIS LIBRI PRIMI.

ARNOLDI VINNII, J. C.

IN LIBRUM SECUNDUM

INSTITUTIONUM IMPERIALIUM COMMENTARIUS

Academicus & Forenſis.

CUM NOTIS AD TEXTUM.

TITULUS PRIMUS.

DE RERUM DIVISIONE, ET ACQUIRENDO EARUM DOMINIO.

D. Lib. 1. *Tit.* 8. *&* *Lib.* 41. *Tit.* 1.

Ratio ordinis, & ſumma tractationis de jure rerum.

NOgnita hominum qualitate & differentia, expoſitoque eo jure, quod cuique pro conditione perſonæ ſuæ competit, quod ex tribus, circa quæ jus omne verſatur, primum eſt, tranſit Imperator ad alterum atque huic proximum, res externas; ut quod lex methodi exigit, eo ordine ſingula explicet, quo ea propoſita ſunt §. *ult. ſup. de jur. nat. gent.* Habet autem hic titulus duplicem inſcriptionem, *De rerum diviſione, & de acquirendo earum dominio.* Nimirum quæ duobus diſtinctis titulis in Pand. tractata ſunt, ea in unum huc retulit Juſtinianus. Et quia in rebus tantum cujuſque 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 facto à rebus dominii noſtri aut ſimilis in rem juris. Poſtremo tractat de obligationibus, idque demum *tit.* 14. *lib.* 3.

TEXTUS.

Continuatio, & duplex rerum diviſio.

Superiore libro de jure perſonarum expoſuimus; modo videamus de rebus, quæ vel in noſtro patrimonio, vel extra patrimonium noſtrum habentur. Quædam enim naturali jure communia ſunt omnium, quædam publica, quædam univerſitatis, quædam nullius, pleraque ſingulorum, quæ ex variis cauſis cuique acquiruntur, ſicut ex ſubjectis apparebit.

NOTÆ.

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. nunt. tit. ſi uſ. pet. & ſi ſerv. vind. & de itin. act. priv. l.* 3. *&* 4. *quæ in fraud. cred.* Nec obſt. *l.* 1. *D. de uſufr. leg.* quia ibi Paul. non diſputat de jure aliquo conſtituto; ſed demum conſtituendo: quod ait in bonis non eſſe, quia dominus hujuſmodi jus formale non habet: nec tamen extra bona; quia habet ſaltem cauſativè, ut loquuntur.

Quædam nullius] Intelligit res divini juris, quibus per excellentiam hoc tribuitur, ut dicantur nullius eſſe.

Pleraque ſingulorum] Nimirum res omnes, quæ in dominio noſtro ſunt, aut quaſi dominio, aliaque in rem vel ad rem jura.

COMMENTARIUS.

1. *An detur tertium genus rerum, quæ neque in bonis noſtris, neque extra bona ſint.*

DE rebus] Quid rei appellatione, quæ alioqui generalis est, hic significetur, docet nos objectorum juris distinctio: nempe quicquid est extra personam & actiones, quod homini usui aut commodo esse possit, sive id divini juris sit, sive humani, sive publici, sive privati, sive corporale, sive incorporale, sive dominium, aut jus aliquod in rem à dominio diversum aut separatum, sive obligatio: nam & ea, ut res in bonis nostris, huc pertinet, quod pluribus ostendemus *sub tit. de oblig. lib.* 3.

Vel in nostro patrimonio vel extra] Patrimonii nomine propriè significari videtur ea pecunia, quam liberi ex hæreditate paterna accipiunt: cæterum consuetudine loquendi obtinuit, ut eo verbo intelligantur omnia, quæ quisque paterfam. habet. Igitur in patrimonio
1 esse, & in bonis esse, idem valent. Sunt, quibus hæc divisio manca videtur, quasi constitui debeat & tertium genus rerum, quæ neque in bonis nostris, neque extra bona sint, cujus generis res, auctore Paulo *l.* 1. *de usufr. leg.* sint servitutes. Quo quidem ego nunquam quicquam audivi futilius. Non erit in bonis nostris ea res, quæ bona nostra & patrimonium auget, *l.* 5. §. 9. *de op. nov. nunt.* quæ pro debito pignori mihi obligata est, juxta *l.* 12. *de pign.* quæ domino prædii dominantis magni sæpe constitit, & quam prædii servientis dominus magno velit redimere? cujus denique persequendæ & tuendæ causa actio aliaque remedia jure prodita sunt? *l. 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. & aest.* Cur igitur actione Pauliana revocantur servitutes per fraudem non utendo amissæ, *l.* 3. *& 4. quæ in fraud. cred.* cum id edictum ad eos tantum pertineat, qui patrimonium suum in fraudem creditorum deminuunt? *l.* 6. *eod.* Aut cur magis res cæteras incorporales in bonis esse dicimus, quam servitutes? Veterum sane nemo est, cui hoc in mentem venerit, ut diceret, servitutem alicui constitutam & quæsitam non esse in bonis ejus, cui constituta & quæsita sit: neque etiam Paulo, qui in *d. l.* 1. non disputat de jure aliquo alicui constituto, sed demum constituendo: cujus tamen disputatio posita est in mera subtilitate. Legavit aliquis usum aut usumfructum itineris per fundum suum. Negat Paulus id legatum subsistere: quia ratio juris non patitur, ut servitus servitutis constituatur: nec esse utile ait ex Senatusconsulto, quo cavetur, ut omnium, quæ in bonis sint, ususfructus legari possit: quia id jus, cujus usus legatus proponitur, in bonis testatoris non fuerit, hoc est, quia testator id jus formaliter & separatum non habuerit: nam utique, ut dominus, jus habebat eundi in suo, poteratque id jus à dominio separare; alterique sub alia qualitate concedere, alium denique eo jure, servitute non constituta, uti volentem prohibere: unde fortassis addidit, nec esse extra bona. Tantum quia dominus, ut dixi, hujusmodi jus formale non habet, hoc est, separatum à jure dominico titulo servitutis, cum nemini res sua serviat, *l.* 5. *si usufr. pet.* usus autem itineris tanquam juris separati & formalis, legatus proponitur; negat, legatum esse usum rei, quæ erat in bonis testatoris: quippe quæ ne erat quidem eo, quo dixi, modo, sed causativè tantum. Esse autem hanc disputationem de apicibus juris, Paulus ipse fatetur, cum legatum aut hujusmodi usus constitutionem admittendam censet beneficio cautionis à legatario præstandæ de restituenda post mortem suam aut capitis deminutionem servitute. VINN. Immo ita nonnunquam loquebantur veteres de rebus corporalibus, quas & *esse*, & in *dominio*, & in *bonis* esse negabant. Quia tamen animo intelliguntur, & utilitatem præstant, hinc nec extra bona sunt. Vid. V. C. Ger. Noodt *Probab. Lib. II. cap.* III. HEIN.

Quædam enim naturali jure communia] Non est nova hæc divisio, sed prioris illius explicatio: quæ eo pertinet, ut intelligamus ea, quæ singulorum sunt, in patrimonio haberi; quæ communia, publica, universitatis, & maxime quæ divini juris sunt, extra patrimonium esse. Aptior ad docendum nonnullis videtur divisio Caji *l.* 1. *hoc tit.* qui sic distinguit, ut dicat, rerum alias esse divini juris, alias humani. Divini juris quæ sunt, nullius in bonis esse, veluti res sacras, religiosas, sanctas. Res humani juris aut publicas esse, quæ & ipsæ nullius in bonis sint; aut privatas, quæ singulorum; una generali appellatione rerum publicarum complectens, quæ hic in communes, publicas, & universitatis distinguuntur. Huic autem divisioni mox aliam subjicit, quod quædam res corporales sint, quædam incorporales; quæ à Justiniano demum traditur, atque exponitur *tit. seq.* Apud Martianum *l.* 2. *hoc tit.* divisio proposita uno membro mutilata traditur, ut liquet ex *l.* 4. *& 5. eod.* VINN. Martianus in divisione sua non tam omisit res publicas, quam easdem communium nomine complexus est. Communes enim & publicæ sæpe pro iisdem habentur. *l.* 24. *ff. de damn. inf.* Unde non mutilata videtur *l.* 2. *ff. h. t.* sed à Triboniano in hoc §. paullo fusius explicata. Vid. Ger. Noodt *Prob. Lib. I. cap.* VII. HEIN.

Pleraque singulorum] Hæc sunt, quæ privata dicuntur, nimirum res omnes, quæ vel in dominio nostro sunt, aut quasi dominio, aliaque in rem jura à dominio separata, vel quæ adhuc nobis præstanda sunt ex obligatione. Unde non malè nonnulli totius hujus argumenti tractationem ad duo potissimum capita referunt, quorum unum est de dominio, alterum de obligatione; dominii 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 littus maris accedere prohibetur: dum tamen à villis, & monumentis, & ædificiis abstineat: 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 a natura ad omnium usum prodi-

ta in nullius adhuc dominium pervenerunt. Sumpta hæc ex *l.* 2. §. 1. *& l.* 4. *D. eod.*

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. *& 6. h. t. l.* 14. *de acq. rer. dom. l.* 4. *ne quid in loc. pub.*

COMMENTARIUS.

1. *Rerum communium usum omnibus competere, barbarumque semper habitum, quemquam mortalium eo usu prohibere.*
2. *Multum hasce res differre ab 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 remissivè.*
5. *Qui vectigal navigantibus jure imponant?*

QUæ humani juris sunt, non privata aut singulorum propria, ea aut sunt omnium hominum communia; aut alicujus gentis sive populi, quæ in specie publica; aut certæ alicujus civitatis vel corporis, quæ dicuntur universitatis. Communia sunt, quæ à natura ad omnium usum prodita in nullius adhuc ditionem aut dominium pervenerunt: ita generali vocabulo definiuntur à Neratio *l.* 14. *hoc tit. de acq. rer. dom.* Huc pertinent præcipuè aër & mare: quæ cum propter immensitatem, tum propter usum, quem in commune omnibus debent, jure gentium divisa non sunt, sed relicta in suo jure & esse primævo, ut ait Jo. Faber, adeoque nec dividi potuerunt. Atque hoc est, quod DD. nostri ajunt, aërem & mare, cum sint incomprehensibilia, nullius populi bonis potuisse applicari, Jo. Fab. §. *litorum* 5. *inf. eod.* Grot. *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
1 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 siquid earum rerum per naturam occupari potest, id eatenus occupantis fit, quatenus ea occupatione usus ille promiscuus non læditur. De usu aëris constat; quippe sine quo ne vivere quidem aut respirare quisquam potest. Aqua profluens ad lavandum & potandum unicuique jure naturali concessa. Maris usus jure gentium liber est, atque ad navigandum & piscandum ex æquo omnibus patet, *l.* 3. §. 1. *ne quid in loc. pub.* unde si quis prohibeatur in mari piscari aut navigare, injuriarum actione prohibentem convenire potest. *l.* 2. §. *si quis* 9. *d. tit. l.* 13. §. *ult. de injur.* Maris naturam littora sequuntur: ac proinde ad littus maris cuivis accedere licet, navem eo appellere ac reficere, ejecta in tempestate naufragiove amissa ibi excipere, retia siccare, & casam, in quam tantisper se recipiat, ponere, *l.* 4. *hoc tit. l. littora.* 51. *de contr. empt. 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 arcere. Quamobrem merito de Pœnorum injuria sic queritur Orator Ilioneus apud Virgilium *lib.* 1. *divini operis*; *v.* 543. *seqq.*

Quod genus hoc hominum, quave hæc tam barbara morem
Permittit patria? Hospitio prohibemur arenæ:
Bella cient, primaque vetant consistere terra.

Idemque apud eundem *lib.* 7. *v.* 229. his vocibus affatur regem Latinum;

Littusque rogamus
Innocuum, & cunctis undamque auramque patentem.

Denique Latona apud Nasonem 6. *metam. v.* 349. sic alloquitur pueros Lyceos:

Quid prohibetis aquas? usus communis aquarum est.
Nec solem proprium natura, nec aëra fecit,
Nec tenues undas; ad publica munera veni.

Dicit, hæc non esse natura propria, sicut Ulpian. *l.* 13. *comm. præd.* natura omnibus patere, quia à natura ad communem usum genita sunt, nec in ullius adhuc dominium pervenerunt, Cic. 1. *de Offic. cap.* 6. Nerat. *l.* 14. *hoc tit.* Hæc igitur sunt illa, quæ veteres vocant communia omnium jure naturali, aut quod idem est, publica juris gentium, sicut & usum eorum modo communem, modo publicum vocant, *l. pen. hoc tit. l.* 2. §. 1. *l.* 4. *ne quid in loc. pub.* §. *littorum* 5. *inf. hoc tit. cum similib.* Quanquam vero etiam ea nullius esse,
2 quod ad proprietatem attinet, rectè dicimus, multum tamen differunt ab his, quæ nullius sunt, communi usui non attributa, ut feræ, pisces, aves; nam ista si quis occupet, in jus proprium transire possunt; illa vero totius humanitatis consensu proprietati in perpetuum excepta sunt propter usum, qui cum sit omnium, non magis omnibus ab uno eripi potest, quam à te mihi quod meum est. Et hoc est, quod Cicero dicit, inter prima esse justitiæ munera, rebus communibus pro communibus uti, Scholastici dicerent, alia positivè esse communia, alia negativè, Thom. 1. 2. *q.* 94. *art.* 5. Cajetan. *tract.* 17. *quæst. c.* 12. Covar. *in cap. peccatum. de reg. jur. in* 6. *part.* 2. §. 8. Intellexit hoc convivator apud Athenæum, cum mare commune esse dicit, pisces autem capientium fieri. Et in Plautina *Rudente act.* 4. *scen.* 3. *v.* 36. servo dicenti, *Mare quidem commune certo est omnibus*, assentit piscator: addenti vero, *In mari inventum est, commune est*, rectè occurrit: *Meum quod rete atque hami nacti sunt, meum potissimum est.* Cæterum illa hic addenda inter-
3 pretatio 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

in id pilis aut molibus; quod cum fit, locus & ædificium ejus fiunt, quæ 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. §. *ſi quod ſi.* 18. *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 exigebat ipſa ratio juris gentium, cum hac conditione, ſi per eam publicus littoris aut maris uſus non fiat deterior. *d. l.* 2. §. *adverſus.* 8. *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 inſervirent, qui eſt navigatio, idque ſignificari opinor verbis *& per hoc*, quæ non fruſtra hic expreſſa ſunt, & in *l.* 2. §. 1. *hoc tit.* ideoque etſi 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.* add. Ant. Fab. *in ration. ad l.* 9. *de leg. Rhod.*

4 Hodie Veneti maris Adriatici, Balthici rex Daniæ, magnæ Britanniæ rex maris circumflui dominium ſibi vindicant. Cæterum hoc latè plerique damnant, imperium quidem in maris partem ſinuſve vicinos uſurpari poſſe concedentes, ſed ſine jure proprietatis aut dominii; tum quia natura mare commune eſſe jubet, non permittit tantum; tum quia ne dominii quidem capax eſt, reſiſtens occupationi & poſſeſſioni, unde dominia rerum cœperunt, *l.* 1. §. 1. *de acq. poſſ.* D. Grot. *d. c.* 5. *mar. lib. & d. c.* 3. *n.* 13. *de jur. bell.* M. Anton. Peregrin. 8. *de jur. fiſc. n.* 10. Alb. Gentil. *de acq. mar.* D. Tuld. *hic c.* 7. Exiſtimat tamen idem Grotius, *d. c.* 3. *n.* 10. non obſtare 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 verò 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 dominii privati ſeu proprietatis eſſe capax, ac tellurem: cui paradoxo occurri poterit ex Grot. *d. c.* 5 *mar. lib. &* 2.

5 *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 excurſiones, juvandæque per ignes nocturnos & brevium ſigna, vectigal æquum impoſuerit: quale fuit Romanum vectigal Erythræum, de quo Strabo *lib.* 17. & quod in ponto Byzantini exigebant Διαγώγιον, quodque jam olim Athenienſes exegerant in ponto eodem, memorante utrumque Polybio, Grot. *d. c.* 3. *n.* 14. add. Cæpol. *de ſerv. prad. ruſt. cap.* 26.

TEXTUS.

De fluminibus & portubus.

2. *Flumina autem omnia, & portus, publica ſunt. Ideoque jus piſcandi omnibus commune eſt in portu fluminibuſque.*

COMMENTARIUS.

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, cenſeantur?*

SEcundum genus rerum, quæ privati juris non ſunt, publicæ in ſpecie dicuntur, quæ quamvis & ipſæ in nullius dominium pervenerunt, imperio tamen diviſæ ſunt, & ditione ac poteſtate factæ alicujus populi. Ajo *ditione ac poteſtate:* nam quæ populi ſunt patrimonio, ut metalla, ſalinæ, ſilvæ, agri vectigales, &c. ea quidem etiam publica dicuntur, propter perſonam poſſidentis: *l.* 17. *de verb. ſign. l.* 14. *hoc tit. de acq. rer. dom.* ſed quia uſu & jure, quo habentur, privata ſunt, *l.* 2. §. *hoc interdictum.* 4. *ne quid in loc. publ.* ad inſtitutam diſputationem non pertinent. Hujus generis ſunt flumina, portus, alveus fluminis, quamdiu à flumine occupatur, & ex parte ripæ.

Flumina omnia] Scilicet perennia: nam torrentia, quæ hieme tantum fluunt, æſtate ſolibus exſiccantur, publica non ſunt: *l.* 1. §. 3. *de flum.* ac ne flumina quidem propriè, ut rectè D. Don. 4. *comm.* 3. contra Hotom. 8. *obſ.* 4. Marcianus *l.* 4. *hoc tit.* cautè addidit voculam *penè*; nempe Διὰ τὰς χειμάῤῥους. Et quidem quæ flumina per eandem regionem tantum labuntur, unde originem ducunt, tota ſunt illius regionis: quæ vero diverſa imperia alluunt, per partes earum gentium ſunt, per quarum ditiones profluunt in mare. VINN. Hinc ſi limites duarum provinciarum conſtituunt, communia habentur, adeoque & novæ inſulæ, in hujuſmodi flumine natæ, vel communes ſunt, vel alterutrius provinciæ propriæ, prout vel in medio flumine natæ, vel alterutri ripæ propiores ſunt. Ziegl. *de jure majeſt. Lib. II. cap.* XV. HEIN.

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.* 13. *de flum.* noſtratibus een Ree. Veteribus propriè portus inſulam notat, ſive ædificium legitimo ſpatio atque ambitu à contiguis diviſum, mercium importandarum & confervandarum cauſa: & per ſynecdochen quamvis inſulam ſive domum, quæ proprio ambitu conſtat: ut in illo duodecim; *Cui teſtimonium defuerit, is tertiis diebus ob portum obvagulatum*

ito,

ito, vid. Festum in vocibus *portus* & *insula*. Cujac. Brechæ. Goed. *ad d. l portus.*

1 *Jus piscandi omnibus commune*] Usus fluminis publicus est jure gentium, §. *riparum.* 4. *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 pro-
2 hiberi 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 subjici potest, quam aër & 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 dam. inf. l.* 1. §. *non autem.* 12. & §. *deinde.* 19. *de flum.* quo argumento adducor, ut credam etiam, ædificatum fieri ædificantis, perinde ut ædificata in littore aut vicino littoribus mari ædificantium fiunt. Cæterum quia hoc jure jam non amplius utimur, non est operæ pretium pluribus de his
3 disputare. Etenim flumina omnia navigabilia & ex quibus fiunt navigabilia, jam pridem à Frederico Imp. inter regalia relata sunt, *c. un. quæ sunt regal. in usib. Feud.* eorumque proprietas facta Principis vel populi, cujus ditione continentur. Bart. Jas. & alii in *l. quominus.* 2. *de flum.* quod tamen non obstat, quominus usus fluminis adhuc publicus manserit: nam & riparum, quarum proprietas privata est, usum esse publicum constat. Cæterum consuetudine locorum ferè jam obtinuit, ut nemini liceat in flumine piscari, nisi qui jus illud vel emerit, vel conduxerit, vel alio titulo à Principe acceperit, vid. Cæpoll. *de serv. rust. præd. c.* 42. Schneid. *hic.* In hisce regionibus flumina omnia, quatenus finibus nostris continentur, lacus item, aliæque aquæ navigabiles, eorumque omnium alvei, hoc est, spatia, per quæ fluunt, aut quæ occupant, ripa quoque, quatenus majore parte anni aquis tegitur, populi est. Ac proinde Hollandi & Westfrisii jus habent pro custodia fluminum vectigalia ac tributa imperandi; quippe usu eorum etiam exteris concesso. 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. Planè in Waterlandia & quibusdam fluentis Kennemerlandiæ piscatio semper libera fuit: & singulis civibus etiamnum jus est in flumine aut lacu navigabili hamo piscari. Grot. *lib.* 2. *manud. c.* 1. & 4. Groeneweg. *de ll. abrog. hic & ibi alleg.*

TEXTUS.

Definitio littoris.

3. *Est autem littus maris, quatenus hibernus fluctus maximus excurrit.*

NOTÆ.

3. *Est autem littus maris*] *Qua fluctus eludit.* Definitio κ̓ μεταφορὰν.

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 hibernus 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. cap.* 7. quam definitionem & ipse Cicero post, aliquando fortassis arbiter sumptus, secutus est: non enim primus hoc constituit, ut plerosque credidisse Celsus refert. Ait, *hibernus*; quia hieme maximè mare exæstuat. Igitur littus est, quatenus fluctus maris eludit; atque hoc commune est omnium, sicut & mare: 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 ibi natis religare, onus aliquod in his reponere, cuilibet liberum est, sicut per ipsum flumen navigare: sed proprietas earum illorum est, quorum prædiis hærent: qua de causa arbores quoque in eisdem natæ eorumdem sunt.*

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* 5. *de flum.* Ait, *cursum naturalem*, ne quis putet, si quando flumen imbribus vel nivibus auctum excreverit, ripas idcirco mutare. Paulus ait, ripam esse, quæ pleniſſimum flumen continet, *l.* 3. §. 1. *d. tit.* ut significet, partem ripæ non esse spatium illud ripæ proximum, quod aliquando flumine caloribus mi-

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 tit. de flum. & tit. ne quid in flum. pûbl.* Ait, *jure gentium*; quaſi dicat, hunc uſum atque hanc ſervitutem ripis à natura impoſitam eſſe, ut omnibus, quibus flumine uti jure gentium licet, etiam ripis ad eum uſum uti liceat, cum nec flumine aliter uti commode poſſint.

Proprietas illorum eſt, quorum prædiis hærent] Hoc etiam diſertè ait Cajus *l.* 5. *hoc tit.* itemque Pomponius ex ſententia Celſi *l. ergo* 30. §. 1. *de acq. rer. dom.* Unde Neratius ſcribit, eum, qui in ripa fluminis ædificat, ſuum non facere, *l.* 15. *eod.* Quapropter quod Paulus ait, ripas fluminum publicas eſſe, *l.* 3. *de flum.* de uſu, non de proprietate accipi debet. Nec enim audiendus eſt D. Hotom. qui Paulum à cæteris, & rectè diſſenſiſſe putat. Nam quod ait, eodem jure partes fluminis ſingulas cenſeri debere, quo totum flumen, quod ita publicum eſſe conſtat, ut nec proprietate cujuſquam ſit, error eſt ἀγνοιαν τῦ ἐλέγχυ, 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 ὀχθῶν τῶν ὲν τοῖς ποταμοῖς ὃ λέγω δεσποτεία, ἀλλὰ ἡ χρῆσις publica ἐστιν &c.

TEXTUS.

De uſu & 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, & quæ ſubjacet mari, terra vel arena.*

NOTÆ.

5. *Littorum quoque uſus*] *l.* 4. *l.* 5. §. 1. *l.* 6. *h. t.* atque omnibus patet, ſicut & maris, Virg. 7. *Æneid. v.* 229. *Littuſque rogamus Innocuum*, & 1. *v.* 544. *Hoſpitio prohibemur arenæ*, ubi Serv.

Proprietas eorum nullius] A populo tamen aliquo occupata illius populi eſſe videntur, *l.* 3. *ne quid in loc. publ.*

Ejuſdem juris, cujus mare] Littora mari ſubjiciuntur, & 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.

DE littorum uſu & proprietate jam intellectum eſt: cæterum unum adhuc notandum, quod uſum littorum dicit eſſe publicum & juris gentium: ut intelligas, uſum littorum publicum eſſe eo jure, quod commune eſt omnibus gentibus: quo ſcilicet ſignificatu mare juris gentium eſſe dicit Cajus *l.* 4. *hoc tit.* & 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 ſubjiciuntur, & quotidie ab eo occupantur. Occupatum autem jus & conditionem occupantis ſequi neceſſe eſt, *l. pen. hoc tit.* VINN. Adeo communia Romanis videbantur littora, ut ferè cuivis liceret, non ſolum caſas ibi ponere, in quas ſe reciperet, uti eſt in *h.* §. 5. ſed & palatia voluptatis cauſſa exſtruere. Et eo pertinent illa Horatii *lib.* 1. *ode* XI. *Quæ* (hiems) *nunc oppoſitis debilitat pumicibus mare.* Quæ verba egregie illuſtrantur *dans l'Hiſtoire de l'Academie Royale des Inſcriptions & belles lettres Tom. II. p.* 333. HEIN.

TEXTUS.

De rebus univerſitatis.

6. *Univerſitatis ſunt, non ſingulorum, quæ in civitatibus ſunt, theatra, ſtadia, & his ſimilia, & ſi qua alia ſunt communia civitatum.*

COMMENTARIUS.

QUæ 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 ſingu-

lorum: 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 continet, quibus permiſſum eſt ad exemplum Reip. habere res communes, arcam communem &c. *l.* 1. *quod cujuſque un.* VINN. Rectè diſtinguuntur res univerſitatis & patrimonia civitatis. Horum enim uſus non eſt ſingulorum, adeoque nec obligationes circa illa, tum activæ tum paſſivæ. Eo pertinet *l.* 7. §. 1. *ff. quod cujuſque univ. nom.* HEIN.

Si qua alia communia civitatum] Ut baſilicæ, porticus, balnea, fora, prata & paſcua publica, in quæ ſcil. pecudes immittere ſingulis civibus jus eſt: item ſi quæ collegii alicujus aut ſocietatis communia ſunt, veluti pergulæ, ambulacra, exedræ, periſtylia, inſulæ, ſtabula, &c. Communis autem harum rerum uſus non latius patet, quam ut publicus ſit eorum, qui ſunt ejuſdem civitatis aut corporis. Hoc enim & ſuperioribus omnino conſequens eſt, & cum inſtituto convenit ejus, qui ea publicavit; ſi alii utantur, id permiſſu civitatis fit. Nemo 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. c.* 20. *Theatrum commune cum ſit, rectè tamen dici poſſe, ejus eſſe eum locum, quem quiſque occupavit.* & 1. *offic. cap.* 17. viæ autem per quas omnibus iter debetur, publicæ ſunt, non univerſitatis. Cujac.

TEXTUS.

De rebus nullius.

7. Nullius autem ſunt res ſacræ, & religioſæ, & ſanctæ: quod enim divini juris eſt, id nullius in bonis eſt.

NOTÆ.

7. *Nullius in bonis*] *l.* 6. §. 2. *eod.* & ideo hæc quaſi noſtra vindicare non poſſumus, *l.* 23. §. 1. *D. de rei vind. nullius*, nec proprietate, nec uſu profano.

COMMENTARIUS.

QUæ res divini juris ſunt, per excellentiam dicuntur nullius eſſe, ſcilicet ex comparatione earum rerum, quæ cum & ipſæ nullius ſint, uſu tamen ſunt ſingulorum, aut ita affectæ, ut in dominium ſingulis cedere poſſint. Etenim & quæ humani juris ſunt publica omnia, quæ non in pecunia populi, ſed in uſu publico habentur, comparata cum iis, quæ ſingulorum ſunt, nullius in bonis eſſe dicuntur, *l.* 1. *hoc tit. l.* 6. *de contr. empt.* At in rebus divini juris hoc amplius eſt, quod ne uſus quidem earum ſingulorum eſt. Feræ quoque beſtiæ, volucres, piſces, &c. nullius ſunt, ſi comparentur cum iis, quæ quiſque jam actu habet ac poſſidet: at ea conditione ſunt & natura, ut acquiri poſſint, & cedant occupanti, §. *feræ.* 12. *inſ. eod.* quod ſecus eſt in rebus divini juris. Etiam inter ea quæ nullius ſunt, Cajus, *d. l.* 1. numerat res hæreditarias nondum adita hæreditate: quæ tamen effectu juris omni ex parte privatæ ſunt, & hæreditatis eſſe finguntur, quæ tantiſper perſonæ vicem ſuſtinet, *l. hæreditas.* 34. *l. hæreditas.* 61. *de acq. rer. dom.* Res igitur divini juris ſunt, quæ hominum poteſtati & promiſcuo uſui exemptæ, quodammodo in ſolius Dei jure ac poteſtate habentur: quarum tres ſpecies hic proponuntur, ſacræ, religioſæ, ſanctæ: quas ſingulas ſingulis §§. deinceps expoſiturus eſt.

TEXTUS.

De rebus ſacris.

8. Sacræ res ſunt, quæ ritè per Pontifices Deo conſecratæ ſunt; veluti ædes ſacræ, & donaria, quæ ritè ad miniſterium Dei dedicata ſunt: quæ etiam per noſtram conſtitutionem alienari & obligari prohibuimus, excepta cauſa redemptionis captivorum. Si quis autem auctoritate ſua quaſi ſacrum ſibi conſtituerit, ſacrum non eſt, ſed profanum. Locus autem, in quo ædes ſacræ ſunt ædificatæ, etiam diruto ædificio ſacer adhuc manet, ut & Papinianus ſcripſit.

NOTÆ.

8. *Donaria*] ἱερὰ ἀναθήματα, κοσμήματα; ornamenta, Heſych. Macrob. 3. *Sat.* 11. ἱερὰ σκεύη, vaſa ſacra. *Nov.* 120. *c.* 10.

COMMENTARIUS.

1. *Perſonam conſecrantis qualem eſſe oporteat.*
2. *Donaria quæ Latinis dicta.*
3. *Sacra privata à publicis non forma conſecrandi, ſed fine diſtincta.*
4. *Profanum veteribus quid, & unde dictum.*

RErum divini juris diximus eſſe tria genera: eaque, ut re, ita etiam nominibus apud noſtros diſtincta ſunt: quæ diſtinctio etiam in ſchedis Feſti reperitur. Alia eſt apud Macrobium 3. *Saturn.* 3. Plerique autem his nominibus indiſcretè utuntur. Ait, res ſacras eſſe, *quæ ritè per Pontifices Deo conſecratæ ſunt.* Quæ definitio duo maximè complectitur; formam conſecrandi, & perſonam conſecrantis. Formam indicat particula *rite*, id eſt, ſolemniter, more & inſtituto majorum publicè, non privatim, *l.* 6. §. *ſacræ.* 3. *l.* 9. *pr. eod.* Gall. Ælius apud Feſt. in voce *Sacer.* Ovid. 1. *faſtor. v.* 610. *Templa ſacerdotum ritè dicata manu.* De ritu veteri conſecrandi vid. Alex. ab Alex. 6. *gen. dier.* 14. Connan. 3. *comm.* 1. Perſonam conſecrantis oportet rebus ſacris præeſſe: quales apud Romanos erant pontifices, ita dicti à ponte ſublicio, quem, quod facer æſtimaretur, in aliqua parte labantem ſolis pontificibus reficere licebat, cæſa victima & ſacrificio perfecto. Reliquorum quoque ſacrorum omnium curam atque poteſtatem penes collegium pontificum fuiſſe conſtat: de quorum officio 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. fun. l. ult. ut in poſſ. leg.* & nominatim jus dedicandi ſeu conſecrandi, in *d. l.* 9. *hoc tit.* An

quia

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 Ciceron. *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 cæremonias ſublatis gentilibus ſubſtituerunt, quæ in dedicandis monaſteriis, eccleſiis, domibus orationum obſervarent, vid. *Nov.* 67. & *Nov.* 131. *c.* 7. Luculentum dedicationis templi exemplum extat 1 *Reg.* 8.

2 *Donaria*] Non ſolum ædis aut locus conſecrari poſſunt, ſed res etiam mobiles, ut ex memorato Galli Ælii apud Feſtum loco apparet, & hic ſignificat Juſtinianus verbo *donaria*: quo eum mobilia intelligere, puta veſtes, *ἱερᾷ σκευή*, vaſa aliaque utenſilia divinis uſibus dicata atque conſecrata, oſtendit *l. ſancimus* 21. *C. de ſacroſ. eccleſ.* Neque hoc contra uſum Latinorum ſcriptorum. Nam quæ Græci *ἀναθήματα* appellant ab *ἀναθεῖναι*, quod dicata Diis ſuſpendebantur è tholis, columnis aut parietibus templi, ea Latini *donaria* dixerunt. Apud Macrob. 3. 11. legimus; *Ornamenta ſunt clypei, coronæ, & hujuſmodi donaria.* Virgilius pro locis accepit, in quibus dona oblata reponuntur, *lib.* 3. *Georg. v.* 533.

----- --------- *& uris*
Imparibus ductos alta ad donaria currus.

Eamque propriam eſſe hujus verbi ſignificationem notat Servius: cui ſuffragatur Cornelius Fronto; *Donum*, inquit, *quod Diis datur, inde ubi dona ponuntur, donarium appellatur.*

Excepta cauſa redemptionis captivorum] Item pauperum alendorum tempore famis, ſi ita premantur, ut vitæ eorum ſuccurrendum ſit, *d. l. ſancimus.* 21. 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 ſerviunt, alendis ſcilicet miniſtris verbi aut pauperibus; quamvis & ipſa, cauſis quibuſdam exceptis, prohibeantur alienari, *Nov.* 7. add. Schneid. *hic.* Gudelin. *lib.* 6. *de jur. nov. c.* 13. & 14. *Gloſſ. in c. ſemel. pand. de reg. jur. in* 6.

3 *Si quis auctoritate ſua*] Id eſt, non publicè, ſed privatim, *l.* 6. §. *ſacra.* 3. *hoc tit.* Quæſierit aliquis, cum Romanis nihil ſacrum fuerit; niſi quod publice conſecratum, quî 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. hær.* Reſp. Diſtinctio illa non à forma dedicandi, aut perſonis dedicantium, ſed à fine ſumpta eſt: quod privata pro ſalute familiæ, publica pro populo conſecrabantur, vid. Roſin. 8. *antiq. tit.* 6. Potuit ſanè quiſque privatim ſuæ religionis cauſa aliquid Deo dedicare, quod pro ſacro ipſe haberet: verum id Pontifices Romani non æſtimabant ſacrum: ac proinde nulla obſtringebat religione ſucceſſores: quod ex eodem Gallo Ælio apud Feſtum diſcere poſſumus, & M. Tullio *lib.* 12. *epiſt. ad Atic. epiſt.* 19. 34 & 35. Vinn. Accurate diſtinguenda *ſacra privata* Larium & Penatium, quæ & gentilia: & *ſacra privata auctoritate conſtituta.* Illa legitima erant, ob legem XII. tab: *ſacra privata perpetuo manento:* Feſt. voce *ſacra.* Hæc illegitima, ob periculum ne ſacra peregrina inveherentur. Ill. Bynkersh. *de relig. peregr. diſſ.* 2. Illa erant juris pontificum: & inde eſt quod pontificum auctoritas intercederet in arrogationibus, confarreationibus &c. Hæc ſacra non æſtimabant pontifices. Si ergo privata auctoritate ſibi quis ſacrum conſtituerat, *quaſi conſecratum* cenſebatur, dum ad religionem patriam pertineret. Et eo referenda loca Ciceronis; *Lib.* XII. *ad Att. Epiſt.* XIX. XXXV. Sin religionem peregrinam ſaperet, profanum cenſebatur. Bynkersh. *ibid.* Hein.

Profanum] Varro 5. *de ling.* fana ait nominata eſſe, *quod Pontifices in ſacrando fati ſunt finem: inde profanum, quod eſt ante fanum, id eſt, conjunctum fano.* Trebatius profanum id propriè dici exiſtimat, *quod ex ſacro vel religioſo in promiſcuum hominum uſum converſum eſt.* Macrobius autem *lib.* 3. *Saturn.* ſcribit, profanum omnes penè conſentire id eſſe, quod *extra fanaticam cauſam ſit, quaſi porro à fano & religione ſecretum.* Utut eſt, conſtat, noſtros res profanas ſacris & religioſis opponere ſolere.

Adhuc ſacer manet] *d. l.* 6. §. 3. Ideoque venire non poteſt, *l. ade ſacra* 73. *de contr. empt.* Trajanus ad Plinium *lib.* 10. *epiſt.* 76. *Si ædes 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 cæteris licet inferre. Item ſi alienus uſusfructus 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 ferè in urbe mortuos ſepeliri in locis publice ad eam rem deſtinatis.*
2. *Cenotaphium ſeu tumulum inanem religioſum non eſſe.*
3. *Ut locus religioſus fiat, neceſſe eſſe, ut is qui mortuum infert, ſit pleno jure dominus loci, & quædam conſectaria inde deducta.*
4. *Verba hujus §. poſtrema tam commodum ſenſum habere, quam lectionem Codicis Flor. in Pand.*

Religiosum] Generali hujus verbi appellatione etiam sacra contineri arguit notatio vocis *religio*, sive à relegendo eam deducas cum Cic. 2. *de nat. Deor.* sive cum S. Sulpitio, ut auctor est Macrob. 3. *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
1 ossa inferentis in locum suum. Notandum hic in transcursu, antiquos privata sepulchra habuisse extra urbem in agris: nam in urbe mortuos sepelire lege vetitum erat, Cic. 2. *de leg. cap.* 23. *l.* 3. §. *divus* 5. *de sepult. viol.* idque aliis etiam populis in more positum fuit: qua de re consule Petr. Greg. *lib.* 33. *Syntagm. c.* 33. Quæ quisque sibi & familiæ suæ sepulchra constituebat, familiaria dicebantur: quæ sibi & hæredibus suis, vel quæ paterfam. jure hæreditario acquisierat, hæreditaria, *l.* 5. *l.* 6. *in pr. de relig. & sumpt. fun.* Hodie autem, ut notum est, locis publicis ad sepulturam utimur, à magistratu sepeliendis mortuis destinatis: cœmeteriis ferè, aut ipsis etiam ecclesiis: in quibus tamen privatum sepulchrum habere nihil vetat, quod & hæredibus relinqui, & ad usum sepulturæ etiam aliis vendi possit, Grot. 2. *introd. cap.* 1. Mornac. 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 hæc.* 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: undè sepulchrum ab Ulp. definitur, ubi corpus ossave hominis condita sunt, *l.* 2. §. *sepulchrum.* 5. *de relig.* Ac ne totus quidem locus, qui sepulturæ destinatus est, corpore condito religiosus fit, sed quatenus conditum
2 aut humatum est, *d.* §. *sepulchrum.* 5. Ex quo efficitur, quod Divi fratres rescripserunt, Mausoleum inane sive monumentum purum, memoriæ tantum causa factum, quod Græci κενὸν μνῆμα & uno verbo κενοτάφιον appellant, Suetonius *c.* 1. *in Claud. tumulum honorarium*, religiosum non esse, *l.* 7. *h. t. l.* 6. *in fin. l. monumentum.* 42. *de relig.* licet contra senserit Marcianus, motus auctoritate Virgilii, ut ipse ait, *l.* 6. *in fin. hoc tit.* nec dubium, quin iis poëtæ versibus, quos ex *lib.* 3. *Æneid. v.* 303. citat D. Gothofr. ubi de Andromache hæc ait Æneas;

------ ------- *Manesque vocabat*
Hectoreum ad tumulum, viridi quem cespite inanem,
Et geminas, causam lacrymis, sacraverat aras.

Similis locus est ejusdem poëtæ *lib.* 6. *v.* 150. ubi sic ad Deiphobum idem heros;

Tunc egomet tumulum Rheteo in littore inanem
Constitui, & magna Manes ter voce vocavi.

Den que si ossa hominis aut corpus conditum duntaxat loco religionem afferunt, consequens est, ossibus aut reliquiis effossis & translatis, locum religione solvi, *l. cum in diversis.* 44. §. 1. *de relig.* quanquam effodere vel eruere non licet sine decreto pontificum aut jussu Principis, *l* 8. *eod.* Alterum, quod ad locum religione obstringendum necessarium esse diximus, est, 3
ut is mortuum inferat, qui est loci dominus: neque sufficit pro parte indivisa dominum esse, aut nudam loci proprietatem habere, sed necesse est, ut is, qui infert, dominus sit in solidum & pleno jure. Hinc deducuntur hæc consectaria. 1. Nemini jus esse inferre in locum, qui in totum alienus sit, utique invito loci domino: nam consentiente eo inferre licet & locus hac illatione religiosus fit, *hoc* §. *in fin. l.* 6. §. *religiosum.* 4. *eod.* 2. Non licere inferre in locum communem purum invito socio, hoc item *text. l.* 6. §. *si quis* 6. *comm. div. l.* 2. §. 1. *in fin. de relig.* quod tamen sic temperat Callistratus, ut aliquis ex sociis in communi loco etiam sine consensu 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.* 6. *comm. & hoc text.* 3. Non posse proprietarium invito fructuario inferre aut locum religiosum facere, ut hoc item §. *& l.* 2. §. *si usumfructum* 7. *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 usumfructum legavit, cum in alium locum inferri tam opportune non posset, placet locum religiosum fieri, *d. l.* 17. *de usufr. d. l.* 2. §. 7. *de relig.* 4. Postremo quod proprietario non licet invito eo, qui usumfructum habet, id multo minus huic licere debere, non concedente proprietario, *d. l.* 2. §. 1. & 7. VINN. Paucis noto, non semper verum esse, quod *n.* 1. *ad hunc* §. notat Vinnius, locum factum religiosum non nisi quatenus corpus conditum aut humatum est. Plerumque enim religio occupabat certum spatium in frontem, & in agrum porrectum. Unde sæpe in marmoribus legimus: IN FR. P. X. IN AGR. P. XX. Conf. Horat. *Serm. lib.* 1. *Satyr.* VIII. *v.* 12. Unde & illud spatium maceriis includi consueverat, ceu observat Barn. Brisson. *Antiqu. Lib. III. cap.* XV. & XVI. Sensus ergo *l.* 2. §. 5. *ff. de religios.* est, non totum agrum, ubi conditum cadaver, religiosum fieri, sed locum tantum, qui sepulcro destinatus, & certo spatio finitus sit. Interpretationem hanc ipsa necessitas defendit. Alias enim apud Romanos, qui ferè corpora cremabant, urna vix minimam agri partem religiosam reddidisset. HEIN.

Locum purum] Id est, qui humani juris est, βέβηλον, profanum, *d. l.* 2. §. *purus.* 4. *& passim. eod. tit.* Aliquando opponitur ædificato, ut in *l. ult. in pr. de pign. act.* Varro quoque *lib.* 4. *de ling.* scribit, pura loca appellari areas in urbe.

Licet postea ratum non habuerit] Ita vulgo hic legitur & apud Marcianum *d. l.* 6. §. *religiosum.* 4 *hoc tit.* unde hæc transcripta sunt. Neque incommodum sensum 4
habet hæc lectio: sufficit enim ab initio consensisse; cum quod semel placuit, postea displicere non possit, *c. quod semel. de reg. jur. in* 6. *l. nemo potest.* 75. *eod. l.* 5.

C.

C. de oblig. & act. In π. autem Florentinis affirmativè hic locus legitur, *licet postea ratum habuerit*, nec minus rectè: ut sit sensus; Licet locus alienus, in quem sine consensu domini mortuus illatus est, ab initio religiosus non sit; tamen si is postea consenserit, locum religiosum fieri; quod hæc sit natura ratihabitionis, ut mandato comparetur, *l. semper. 60. de reg. jur. c. ratihabitionem. 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, quin locus religiosus fiat. Vinn. Lectione Florentina nihil sanius esse potest. Quî enim dici possit, dominum factum non ratum habere, in quod initio consensit? Unde & in *h.* §. legendum: *licet postea ratum habuerit.* Nam ita & Theophilus legit, dum scripsit: *Sed & si quis inscio vel invito domino intulerit, & id ille cum resciisset, ratum habuerit, fiet & ita locus religiosus.* Hein.

Textus.

De rebus sanctis.

10. *Sanctæ quoque res, veluti muri & portæ civitatis, quodammodo divini juris sunt; & ideò nullius in bonis sunt. Ideò autem muros sanctos dicimus, quia pœna capitis constituta est in eos, qui aliquid in muros deliquerint. Ideò & legum eas partes, quibus pœnas constituimus adversus eos, qui contra leges fecerint, sanctiones vocamus.*

Notæ.

10. *Sanctiones vocamus*] *L. 41. D. de pœn.* Fest. in voc. *Sanctum.* Cic. *Verr. 6. Nisi legis sanctionem pœnamque recitassem.*

Commentarius.

1. *Sancti appellatio, quàm latè pateat?*
2. *Rectène, nostri etiam portas inter sancta numerent?*
3. *An capite plectendi, & qui muros municipiorum violant?*

1 Certum est, longè 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. Dejot.* Jure Romanorum tribuni plebis *sacrosancti.* Liv. *lib. 2. cap. 33.* 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 violantium audaciam muniti atque confirmati sunt.

Veluti muri & portæ civitatis] *l. 1. hoc tit. l. 2. ne quid in loc. sacr.* Et muros quidem consentiunt omnes esse sanctos. Cæterum de portis dissentire videtur Plutar- 2
chus, qui ἐν τοῖς Ῥωμαϊκοῖς *cap.* 26. muros ἱερὰς, 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 nostri, nimirum jus Pontificium 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. cap.* 32. Alex. ab Alex. 6. *gen.* 14. Alciat. *l. pupillus.* 239. §. *urbs. 6. de verb. sign.* Cæl. Rhodig. *lib.* 14. *c.* 5. Hinc mœnia jure pontificio sancta habebantur, portæ non item. At nostri portas ideo inter sancta numerant, quia eas non magis quam muros violare fas est, aut aliquid in eas delinquere.

Quodammodo] Rectè *quodammodo*, τρόπον τινὰ, neque enim propriè hæ res divini juris sunt, ut res sacræ & religiosæ: sed propter similitudinem, quam cum rebus sacris & religiosis habent, divini juris esse dicuntur, quia scilicet nec ipsæ cujusquam sunt, aut proprietate aut usu promiscuo. Fortassis tamen muri, quod auspicato & solemni sacrificio signabantur, etiam propriè in rebus divini juris habiti sunt. Vid. Alciat. *d. loc.* Riccium *vindiciar. jur. promess. c. 7.* qui ob id hunc locum ita distinguendum putat, *veluti muri & portæ civitatis, quodammodo divini juris sunt.*

Ideò autem muros sanctos] Notatio verbi *sanctus*, Marcianus *l. 8. §. 1. hoc tit.* à sagminibus legatorum deducit, id est, verbenis seu herbis puris, quas legati populi Romani ferre 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 sanciendo, 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: sicuti, si quis scalis admotis aut qualibet alia ratione transcenderit. Nam cives Romanos alia, quam per portas egredi, non licet: cum illud hostile & abominandum sit. Nam & Romuli frater occisus traditur, quod murum transcendere voluerit. Hoc Pompon. *l. ult. hoc tit.* Marcus autem Tullius 3. *de Offic. cap.* 10. scribit, speciem utilitatis eo animum impulisse Romuli, cui visum erat, utilius solum se, quàm cum altero regnare. *Omisit hic*, inquit, *& pietatem & humanitatem: & tamen muri causam opposuit, speciem honestatis neque probabilem neque idoneam.* De muris municipio- 3
rum dubitatum est, an & qui eos violant, pœna capitis puniendi sint? Vulgo placet, non esse; sed hujusmodi homines pro qualitate delicti arbitrio judicis extra ordinem plectendos, Bart. in *d. l. ult.* Ang. Mynsi. 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 aliquâ ſubnixum ſit, *d. l.* 8. *in pr. l.* 9. §. 3. *eod.* Sanè in bello, ſi quis vallum tranſcendat, aut per muros caſtra ingrediatur, capite punitur, *l.* 3. §. *nec non.* 17. *de re milit.* vid. Gothofr. Buſ. ad *d. l. ult.* & Autumn. *ibid. in confer. jur. Franc.*

Ideò & legum &c. ſanctiones vocantur] *l. ſanctio.* 41. *de pœn.* Cic. *in Verr.* 6. *Niſi legis ſanctionem pœnamque reoitaſſem.* Inconcinna autem eſt illatio. Fortaſſis ab effectu ea pars legis, qua pœna conſtituitur ποινηλατία & νόμος, ſpeciatim ſanctio dicitur; quia efficit, ut legi 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 inſcitia legum. Aut participium eſt à Sancio, id eſt, firmatarum, aut ſanctarum, id eſt, ſacrarum, ut fœdus ſanctum dicitur & ſacrum.*

TEXTUS.

De rebus ſingulorum.

11. *Singulorum autem hominum multis modis res fiunt. Quarundam enim rerum dominium nanciſcimur jure naturali, quod ſicut diximus, appellatur jus gentium: quarundam verò jure civili. Commodius eſt itaque, à vetuſtiore jure incipere. Palàm eſt autem, vetuſtius eſſe jus naturale, quod cum ipſo genere humano rerum natura prodidit. Civilia autem jura tunc eſſe cœperunt, quum & civitates condi, & magiſtratus creari, & leges ſcribi cœperunt.*

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 & ſingulorum propriæ. Hæ res varie 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 *tit. ſeq.* Corporalium item quædam mobiles aut ſe moventes, quædam immobiles; *l. moventium.* 93. *de verb. ſign. l.* 15. §. 2. *de re jud.* Duo verò præcipuè hic nobis ſpectanda; id quod in hiſce rebus ſingulorum eſt, ejuſque acquiſitio. Quod ſinguli in his rebus habent, id vel eſt jus in rem, vel jus ad rem. Jura in rem ſunt hæc; dominium, (tum plenum, tum minus plenum, quod quaſi dominium & utile vocant; qualia ſunt jus emphyteuticum & ſuperficiarium) uſus, uſusfructus; jura prædiorum; jus poſſeſſionis, pignus ſive hypotheca. Jus ad rem eſt, quod uno nomine dicitur obligatio ſive creditum. Jus in rem D. Grotio eſt **Beheering**: Jus ad rem ſive in perſonam, **Inſchult**. Idem jus in rem diſtinguit in jus poſſeſſionis, **Beſit-recht**/ & jus dominii vel quaſi, quod **Eygendom** vocat; eaque voce reliqua in rem jura comprehendit, *lib.* 2. *manud. 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, commercio 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 συναλλάγματος, ut tam συναλλάγματα ἀκούσια, quam ἑκούσια, 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. inſ. de uſufr.* ſive jus de re pro arbitratu ſtatuendi, *l. in re.* 21. *C. mand.* Hoc idem jus à re quæſita proprietas 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 proprietas ſignificatur, à qua ſcilicet uſusfructus ſeparatus eſt, ut paſſim in *tit. de uſufr.* quod & in voce dominii contingit, *l.* 6. §. *penult. C. de bon. quæ lib.* & videntur veteres dominium propriè de re corporali dixiſſe, *arg. tit. pand. de acq. rer. dom. & titt. Pand. & C. de rei vind.* ut tamen interdum largius eandem vocem acceperint de omni jure, quo res aliqua noſtra eſt, ut in *l.* 17. *quib. mod. uſ. am. l.* 10. §. 3. *hoc tit. l.* 3. *ſi uſufr. pet.* quo loco & poſſeſſio de re incorporali ſimpliciter prædicatur, quam tamen propriam eſſe conſtat rerum corporalium. VINN. Quæ hic de ſpeciebus juris in re diſputat auctor doctiſſimus: altioris ſunt indaginis. Non erat, quod ſeorſum inter jura in rem recenſeret, uſum, uſumfructum, jura prædiorum, quum ſufficiat, nominaſſe *ſervitutem.*

Deinde

Deinde nescio, quî omitti potuerit jus hereditarium, quod jus in re esse patet ex *l.* 9. *l.* 19. *ff. de hered. petit. l.* 1. *§. fin. ff. si quadr. paup. l.* 6. *ff. de religios.* Denique jus possessionis non esse jus in re, vel inde patet, quod amissa possessione locum non habet actio realis adversus quemcumque possessorem, sed remedium personale *unde vi l.* 7. *ff. de vi.* Vid. B. Huber. *Præl. ad Instit. lib.* IV. *tit.* XV. §. 2. Zach. Hub. *lib.* III. *diss.* V. *cap.* II. §. 17. *sequ.* HEIN.

Multis modis] Privata nulla sunt natura, ait M. Cicero *lib.* 1. *de Offic. cap.* 6. sed aut veteri occupatione, ut qui quondam in vacua venerunt, aut victoria, ut qui bello potiti sunt.

Nam propria telluris herum natura nec illum,
Nec me nec quemquam statuit.

4 ut Horatius *lib.* 2. *sat.* 2. *v.* 129. *sequ.* Modi acquirendi multi sunt & varii, tum jure gentium, tum jure civili; qui tamen ad paucos memoriæ causa commodè revocari possunt; & mea quidem sententia, qui ex jure gentium sunt, commodissimè ad duos. Quicquid enim jure gentium nobis acquiritur, id vel facto 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 fœtura appellari potest; alterum accessio. VINN. Sed parum concinna hæc partitio est. Rectius dixeris, modos adquirendi vel *originarios esse*, vel *derivativos*. *Originarie* adquiri res, quæ in nullius sint dominio, & quidem *simpliciter* substantiam rei adquiri per OCCUPATIONEM *secundum quid*; quæ rei nostræ accedunt, per ACCESSIONEM. *Derivativum*, quo dominium ab uno ad alium transfertur, esse unicum, TRADITIONEM. Ad hos modos reliqui omnes commode referuntur. HEIN.

Quod appellatur jus gentium] Hoc ideo additum, ne quis putet hic intelligi jus naturale, quod omnium animantium inter se commune est: sed quod proprium est generis humani, sive ut Cajus *l.* 1. *hoc tit.* id explicat, quod ratione naturali inter omnes homines peræque observatur. Et perpetuum hoc esse scribit Castrens. in *l.* 1. *de pact.* ut jus naturale, cum ad actus refertur, qui hominum proprii sunt, pro jure gentium seu humano accipiatur. Proprium autem hominis est habere in dominio. Quod autem ait Justinianus, hoc jus cum ipso genere humano proditum esse, id de jure gentium primævo 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 σχετικῶς.

TEXTUS.

De occupatione ferarum.

12. *Feræ igitur bestiæ, & volucres, & pisces, & omnia animalia, quæ mari, cœlo & terra nascuntur, simul atque ab aliquo capta fuerint, jure gentium statim illius esse incipiunt. Quod enim 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, eousque tuum esse intelligitur, donec tua custodia coërcetur. Cùm verò tuam evaserit custodiam, & in libertatem naturalem se receperit, tuum esse desinit, & rursus occupantis fit. Naturalem autem libertatem recipere intelligitur, cum vel oculos tuos effugerit, vel ita sit in conspectu tuo, ut difficilis sit ejus persequutio.*

NOTÆ.

12. *In suo fundo, an alieno*] Quocunque enim loco feræ sunt, dummodo sint in libertate naturali, nullius sunt. Hæc mirifice conveniunt cum traditionibus Hebræorum, de quibus Selden. *de jure natur. juxta disc. Hebr. c.* 4.

Prohiberi, ne ingrediatur] Nam in prædio alieno invito domino venari non licet, *l.* 16. *D. de serv. pr. rust.* & si quis id fecerit, tenetur actione injuriarum, *l.* 13. *§. ult. de injur.* Cæterum captum nihilominus capientis fit; quia prohibitio conditionem animalis non mutat.

Difficilis] Non tantum ergo, si impossibilis, ut malè Accurs. *l.* 5. *pr. l.* 44. *eod.*

COMMENTARIUS.

1. *Unde æstimandum utrum animal ferum sit an mansuetum?*
2. *Feras etiam in fundo alieno captas fieri capientium, & quid de piscibus captis in alieno stagno?*
3. *Quid si quis fundum alienum contra prohibitionem domini ingressus, feram ceperit?*
4. *Venando capta non diutius nostra manere, quam quamdiu in potestate nostra sunt.*

EX modis rerum jure gentium acquirendarum primus & præcipuus est occupatio; quæ quàm 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 bestiæ, quadrupedes, volucres, pisces, simul atque ab aliquo captæ, hoc est, apprehensæ & in manum

num 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 & Stoïcorum ſententia eſt, teſte Cicerone 1. *Offic. cap.* 6. & Ariſtotele 1. *pol.* 4. cum ajunt, omnia, quæ in terris gignuntur, ad uſum hominum naturam creaſſe.

Feræ] Ferum eſt, quicquid à cicure diſcretum eſt: nam feras generali nomine appellamus omnia animalia, quibus à natura vis infinita inſita eſt liberè vagandi in terra, mari, aëre: unde feras à ferendo dictas volunt, quod naturali ſuo impetu ferantur, vel quod è conſpectu hominum ſe auferant in ſolitudines. Neque excludimus, quæ hominum commercio 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 nullo adhuc occupatæ ſunt, vel occupatæ naturalis ſuæ libertatis iterum factæ ſunt compotes. 1

Cœlo] Cœlum pro aëre, θερινὸν εἶχηκε, καὶ τὸ τῶν ἰδιωτῶν ἔθος. τὸ ὑπὲρ ἡμᾶς ἀέρα μέχρι τῆς χώρας νεφελῶν. Galen. *comm.* 2. *in* 2. Hipp. *de morb.* atque ita etiam ſacri ſcriptores accipiunt, *Matth. c.* 6. *verſ.* 26. ἐμβλέψατε εἰς τὰ πετεινὰ τοῦ οὐρανοῦ.

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 axiomati propoſito eſt illud Quintiliani *declam.* 13. *Quod omnibus naſcitur, induſtriæ præmium eſt.* Plautus in *Rudent. act.* 4. *ſcen.* 3. *Meum, quod rete atque hami nacti ſunt.*

Nec intereſt utrum in ſuo fundo] Amplificatio regulæ poſitæ; nimirum etiam in fundo alieno capta capien- 2
tium fieri. Cujus amplificationis ratio non eſt obſcura: nam quocunque loco feræ ſunt, dummodò 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 relictæ ſunt in naturali libertate, *l.* 3. §. *item feras.* 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 ſæculo contraria opinio prævaluit, ut & feræ ſilvis privatis & piſces ſtagnis incluſi, ut poſſideri, ita & in dominio eſſe credantur, Grot. 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 feras.* 14.

Poteſt à domino prohiberi] Quid ſi nihilominus ingreſſus ſit & feram ceperit? Vulgo placet, adhuc eam 3
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 & condictionem 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.* 5. *de uſufr.* Sed enim, ſi illa verè in fructu ſunt, ne inſcio 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.

Eouſque tuum 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 ve- 4
nando per occupationem acquiſitum eſt, id non diutius noſtrum manere, quam quamdiu in poteſtate noſtra & cuſtodia ſit: ubi vero evaſerit cuſtodiam noſtram, & in laxitatem naturalem ſe receperit, deſinere noſtrum eſſe, & rurſum fieri occupantis, *l.* 3. §. 2. *eod.* Chriſtin. *d. deceſ.* 84. *n.* 20. Quod ut ſingulare notandum eſt in dominio ferarum: nam aliarum rerum dominium etiam amiſſa poſſeſſione retinetur. Cæterum ne quis hic judicii æquitatem deſideret, placuit, ita demum cuſtodiam prioris domini animal ſemel captum effugiſſe & libertatem naturalem recepiſſe videri, ſi ſic evaſerit, ut vel oculos domini effugerit, vel ſit quidem adhuc in conſpectu ejus, ſed ita, ut ſine ſumma difficultate id perſequi non poſſe videatur, *d. l.* 5. *in pr. l. Pomponius.* 44. *hoc tit.* Qua in re quod bonus judex arbitrabitur, ſequendum erit. Gloſſ. Porc. Cantiuncula *hic.*

TEXTUS.

De vulneratione.

13. *Illud quæſitum eſt, an ſi fera beſtia ita vulnerata ſit, ut capi poſſit, ſtatim tua eſſe intelligatur. Et quibuſdam placuit, ſtatim eſſe tuam, & eouſque tuam videri donec eam perſequaris: quod ſi deſieris perſequi, deſinere tuam eſſe, & rurſus fieri occupantis. Alii verò putaverunt, non aliter tuam eſſe, quam ſi eam ceperis. Sed poſteriorem ſententiam nos confirmamus, quod multa accidere ſoleant, ut eam non capias.*

NOTÆ.

13. *Non aliter, quam ſi ceperis*] *d. l.* 5. §. 1. Non enim ſpe & animo feræ noſtræ fiunt, ſed manu & occupatione, *l.* 55. *eod.*

Multa accidere ſolent] Sicut eſt in adagio Græco, πολλὰ μεταξὺ πέλει κύλικος καὶ χείλεος ἄκρου, *inter os & offam multa intervenire poſſunt*, Gell. 13. *cap.* 16.

COM-

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 perſequa-
1 tur. Verum hæc ſententia ideo diſplicuit, quia ex ſuperiore regula non vulneranti & perſequenti, ſed occupanti & capienti fera conceditur. Non poteſt autem dici feram cepiſſe, qui ſpem tantum capiendi habet, cum multa accidere poſſint, quæ ſpem iſtam fruſtrentur, & ut fera evadat, *l.* 5. §. 1. *eod.* Πολλὰ μεταξὺ πίλῃ κύλικος καὶ χείλεος ἅπτει, 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 Sal-
2 tuarii 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 rerum jure gentium cœperunt, 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 amitt. poſſ.* Ad retinendam autem poſſeſſionem ſemel quæſitam ſolus animus ſufficit, *d. l.* 3. §. *ſaltus.* 11. *l.* 1. §. *quod vulgo.* 25. *unde vi.* eumque animum tamdiu retinere intelligimur, quamdiu non vana ſpes eſt fore, ut mox rem recuperemus: at ſpe recuperandi ſublata, jam animum quoque poſſidendi nos deſinere habere, *fac. d. l.* 44. *hoc tit. l.* 6. §. *ult.*
3 *de acq. poſſ.* Noſtro jure fiunt quidem feræ etiam occupantium: ſed non promiſcuè omnibus venari permiſſum eſt: nam Principes ſibi ferè hoc jus vindicarunt; ſaltem quoad certa genera animantium certoſque capiendi modos. Feras minores, puta lepores, cuniculos nobilibus etiam capere licet, certis anni temporibus, dum ne capiant in locis Principi ſpecialiter reſervatis: quod jus & nonnullis aliis ratione officii conceſſum, qui legibus ſaltuariis continentur. Aucupii laxior libertas, excepto quod longo amite aucupari ſolius Principis jus eſt. De jure piſcandi alibi à me dictum. Adi Grot. *lib.* 2. *manud. c.* 4. ubi latius hæc perſequitur. Non ſolum autem legibus noſtris, ſed propè omnium rerumpubl. & regnorum conſtitutionibus modus venationum præſcriptus eſt. Conſtitutionè Frederici Imperatoris vetantur 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 interſit eas ab omnibus necari. *lib.* 2. *Feud. tit. de pace tenend.* 27. §. *ſi quis.* Jure Canonico venatione interdictum clericis, ne hac voluptate capti cultum divinum deſerant. *cap.* 1. *&* 2. *de cler. venat. 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. *conſ.* 298. *n.* 18. *lib.* 3. & alii relati apud Fachin. *lib.* 1. *contr. cap.* 4. Sed verius eſt, poſſe. Eſt 4
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 antevertere, D. Grot. 2. *de jure belli. c.* 2. *n.* 5. *&* *c.* 3. *n.* 5. quæ etiam eſt ſententia Covarr. *in relect. 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 dictat. Unde autem nata eſt tanta juris quondam communis mutatio? Opinor partim ex conſenſu populorum, qui jus venandi in compenſationem curarum & gubernationis Principibus ultro reliquerunt: partim ex ipſorum Principum poteſtate, quibus viſum ſit, publicè expedire, ut communi licentiæ frænum injiceretur, tum ne tota tandem ſpecies multitudine venatorum vaſtaretur, tum ne ruſtici & plebeji homines ſtudio venationis ab agricultura aut opificiis avocarentur, & fortaſſis ob alias etiam cauſas, quas videre eſt apud Weſemb. *parat. de acq. rer. dom.* Covar. *præd. loc.* Fachin. 1. *cont.* 1. Card. Tuſc. *pract. concl. jur. vol.* 8. *lit. V. concl.* 41. Chriſtin. *vol.* 5. *deciſ.* 84. *n.* 37. *& ſeqq.* Illud ſcire operæ pre- 5
tium 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 fit: & quamvis capta jubeatur capienti auferri, id non tam ideo fit, quia capientis facta non eſt: ſed quaſi ab indigno & pœnæ cauſa: eadem planè ratione, qua laquei, jacula, aliaque id genus inſtrumenta venatoria hujuſmodi hominibus adimuntur. Quod ſi vero id, quod ita captum eſt, alteri bona fide accipienti ex juſta cauſa traditum ſit, adimi hoc ei non poterit: neque enim furtivum aut alienum poſſidet, ut ab eo vindicari queat; neque dici poteſt pœnam legis mereri, qui nihil deliquit, nihil contra legem fecit, *l. aliud eſt fraus.* 131. *de verb. ſign.* Huic non abſimile eſt, quod de fera in alieno fundo capta diximus, eam capientis fieri, quamvis in alieno venari invito domino non liceat. Ita Covarr. *d.* §. 8. *num.* 5. *& ſeq.* Chriſtin. *ubi ſup. n.* 17. Gudelin. 2. *de jur. nov. cap.* 2. Zyp. *notit. jur. Belg. de jur. fiſc. & tit. de venat. ferar.*

TEXTUS.

De apibus.

14. *Apium quoque fera natura eſt. Itaque apes, quæ in arbore tua conſederint, antequam à te alveo includantur, non magis tuæ intelliguntur eſſe, quam volucres, quæ in arbore tua nidum fecerint: ideoque ſi alius eas incluſerit, is earum dominus erit. Favos quoque ſi quos effecerint, eximere quilibet poteſt. Plane integra re, ſi prævideris ingredientem fundum tuum, poteris eum jure prohibere, ne ingrediatur. Examen quoque, quod ex alveo tuo evolaverit, eouſque intelligitur eſſe tuum, donec in conſpectu tuo eſt, nec difficilis perſequutio ejus eſt, alioquin occupantis fit.*

COMMENTARIUS.

1. *Omnes apes natura feras eſſe, non eas ſolas quas rei ruſticæ ſcriptores ſylveſtres appellant.*

QUia de quibuſdam animantibus dubitari poterat, ſintne natura fera, an manſueta, & maximè de apibus, pavonibus, columbis, gallinis & anſeribus, non abs re eſt quod hoc loco nos Imp. docet, quo numero hæc animantia habenda ſint. Ambigi 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 ruſticas ſive ſylveſtres & urbanas. Ulpianus autem noſter *l.* 8. §. 1. *fam. erc.* videri poteſt hæc animalcula in genere manſuetorum habuiſſe, cum ex ſententia Pomponii reſpondet, apes venire in judicium familiæ erciſcundæ: quia in patrimonio noſtro ſunt, eumque, qui eas amovet, furtum committere. Paulus vero in eadem re feras à cicuribus 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 paſcitant in ſylveſtribus, cicures, quæ in locis cultis habentur, ſatis apparet, cicures eum vocare, non quæ natura tales ſunt, ſed cura hominum, cicureſque dixiſſe pro cicuratis, vel potius pro iis, quæ minus feræ ſunt, & occupatæ facilius manſuefiunt, quam ſylveſtres. Ulpianus autem *d. l.* 8. §. 1. *fam. erc.* apertè loquitur de apibus, quæ alveariis jam incluſæ ita aſſuefactæ ſunt, ut ubi evolaverint, eundem locum ſpontè repetant: neque aliis apibus feras opponit Paul. *d. l. ſi apes.* 26. *de furt.* Conſtat autem, animalia, quæ ex feris manſuefacta atque ita condocefacta ſunt, ut ex conſuetudine abeant & redeant, cum de occupatione eorum quæritur, quamdiu illam conſuetudinem retinent, eodem jure quo manſueta haberi. Unde rectè argumentatur Quintilianus *declam.* 13. apes, quæ ex alveariis noſtris manè evolant, & veſperi domum ſua ſponte revolant, finemque laboris ſui ſole metiuntur, noſtras eſſe. VINN. Recte dicuntur apes feræ naturæ eſſe, ſi bipertita eſt diviſio in beſtias *feras* & *manſuetas.* Aſt ſi eaſdem dividis in *feras*, *manſuetas* & *manſuefactas*, (uti ſæpe unius ejuſdemque rei modo bipertita modo tripertita diviſio eſt. Vid. Celeb. Noodt *Probab. lib.* 1. *cap.* XII.) tum apes non ſunt feræ naturæ, quæ alveariis incluſæ evolant & revolant. Et ita intelligendus videtur Ulpianus in *l.* 8. §. 1. *fam. erciſc.* Manifeſtum autem inter animalia *fera* & *manſuefacta* diſcrimen eſt. Illa ſunt nullius, & hinc fiunt occupantis, hæc ſunt in dominio, & intercepta furtiva fiunt, quamdiu animum redeundi non depoſuerunt. *l.* 5. §. 6. & *l.* 44. *ff. de adqu. rer. dom.* Hinc facile patet cur §. 16. infra *h. t.* negetur anſerum & gallinarum feram naturam eſſe, quum tamen dentur & anſeres gallinæque feræ naturæ. HEIN.

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 χειροποιητὸς, puta ex vimine, aut inani cortice: favum ipſæ ſibi apes conficiunt, Varr. *de re ruſt. cap.* 16.

Volucres quæ in arbore tua nidum fecerint] Quemadmodum volucrum in arbore tua nidificatio non efficit, ut aut ipſæ aut pulli earum tui cenſeri debeant, ita nec apium in arbore tua conſeſſio facit, ut aut ipſæ 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.* 26. *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 prolis.

TEXTUS.

De pavonibus & columbis & cæteris animalibus manſuefactis.

15. *Pavonum quoque & columbarum fera natura eſt: nec ad rem pertinet, quod ex conſuetudine evolare & revolare ſolent: nam & apes idem faciunt, quarum conſtat feram eſſe naturam. Cervos quoque quidem ita manſuetos habent, ut in ſilvam ire & redire ſoleant, quo-*

quorum & ipſorum feram eſſe naturam nemo negat. In iis autem animalibus, quæ ex conſuetudine abire & redire ſolent, talis regula comprobata eſt; ut eouſque tua eſſe intelligantur, donec animum revertendi habeant. Nam ſi revertendi animum habere deſierint, etiam tua eſſe deſinunt, & fiunt occupantium. Revertendi autem animum videntur deſinere habere tunc, cum revertendi conſuetudinem deſeruerint.

NOTÆ.

15. *Pavonum & columbarum*] *d. l.* 5. §. 5. Sed hæ volucres facilè cicurantur & domibus adſuescunt, utique quæ natura minus feræ ſunt, minuſque abhorrent à conſuetudine hominum. vid. Varr. 3. *de re ruſt.* 7. Colum. *lib.* 8. *c.* 15.

Revertendi conſuetudinem deſeruerint] Ultro, non ſi ab alio detenta, *l.* 8. §. 1. *D. fam. erc.* Hoc autem totum ex circumſtantiis judex æſtimabit. Weſemb.

COMMENTARIUS.

1. *Pavones & columbas pro feris haberi, etſi non omnes æquè feram naturam habeant.*
2. *Moribus Gallorum & noſtris animalia, quæ revertendi conſuetudinem deſeruerunt, non fieri occupantium.*

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 & 1 miſcellum tertium genus. Sed idem hic reſponderi poteſt, quod de apibus, eſſe quædam genera pavonum itemque columbarum, quæ natura minus feræ ſunt, minuſque ab hominum conſuetudine abhorrent: pro feris tamen omnes haberi: quia facilè avolant, & cum agreſtibus ſeſe conjungunt. Certè Cajus *l.* 5. §. *pavonum.* 5. *hoc tit.* & Juſtinianus hic ſimpliciter haſce aves earum numero adſcribunt, 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 manſuefacto. Illud nullum argumentum eſt manſuetudinis, quod hæ aves ex conſuetudine evolare & revolare ſolent: nam & apes idem faciunt: & cervos, quorum utique fera natura eſt, ita aſſuefieri poſſe conſtat, ut aliquo abeant, & ſponte ſua redeant domum. Exemplum cervi ita inſtituti à Tyrrhei liberis & præſertim Silvia filia habemus apud Virgilium *lib.* 7. *Æneid.* & alterum cervæ Sertorianæ apud Plutarch. *in Sertor.* Fatendum tamen eſt, pavonibus & columbis hoc propemodum naturale eſſe, & placidis in eo ſimiliores, quam feris.

In iis autem animalibus] Natura videlicet feris, ſed ἡμεροθεῖσι τῇ εἰς τὸ πρᾶον ἐκ τῆς θηριώδους μεταβαλλομένοις, de quibus hic ſermo eſt; nam in placidis, quæ hominum conſuetudine natura gaudent, obtinet, quod ex Cajo traditur §. *ſeq.*

Cum revertendi conſuetudinem deſeruerint] Tunc enim genitalem feritatem, quam exuerant, recipiunt, & ſæva feris natura redit, ut loquar cum Claudiano. Cæterum hoc ex circumſtantiis judex 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 avolant & 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. erc.* Gal- 2 lorum moribus animalia, quæ ex conſuetudine abire & redire ſolent, dominorum eſſe non deſinunt, nec fiunt occupantium, quamvis cuſtodiam noſtram evaſerint, & deſeruerint animum revertendi, quod maximè in falconibus & accipitribus oſervatur. Joan. Fab. *hic.* Autumn. *coll. jur.* Gall. *ad l.* 5. *eod.* Idemque de moribus noſtris teſtatur Groenew. *de ll. abrog. hic.* VINN. Jure Germanico veteri pavones, columbæ, immo & picæ & cornices manſuefactæ manſuetis animalibus accenſentur. Weichb *art.* 118. Et tamen fiunt occupantium ſi citra dolum intra quatriduum domum non redierint. Weichb. *ibid.* & jus prov. Suev. *cap.* 356. §. 1. Quæ juri Juſtinianeo plane repugnant. De uſu hodierno conf. Schilter. *Exerc.* XLV. §. 19. HEIN.

TEXTUS.

De gallinis & anſeribus.

16. *Gallinarum autem & anſerum non eſt fera natura: idque ex eo poſſumus intelligere, quod aliæ ſunt gallinæ, quas feras vocamus: item alii ſunt anſeres, quos feros appellamus. Ideoque ſi anſeres tui, aut gallinæ tuæ, aliquo modo turbati turbatæve evolaverint, licet conſpectum tuum effugerint, quocunque tamen loco ſint, tui tuæve eſſe intelliguntur: & qui lucrandi animo ea animalia detinet, furtum committere intelligitur.*

COMMENTARIUS.

1. *Etiam ob gallinam vel anſerem ſurreptum dari actionem furti.*

POſtremo dubitatum de gallinis & anſeribus: & harum avium naturam initio feram eſſe negat Juſtinianus, quod & Cajus facit, *l.* 5. §. *gallinarum.* 6. *hoc tit.* 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.* 53. De generibus anſerum & gallinarum & natura cujuſque ſcripſere idem Plin. *lib.* 10. *c.* 21. Varr. *lib.* 3. *de re ruſt.*

c. 9. Columel. *lib.* 8. *c.* 2. Pallad. *lib.* 1. *c.* 30.

Quocumque loco ſunt, tui tuæve] Regula generalis eſt, ad omne genus animalium manſuetorum pertinens, ea noſtra manere, quamvis ita aufugerint, ut neque ſint in conſpectu noſtro, & ubi ea ſint, ignoremus, vel quocunque modo hoc acciderit: neque enim in his occupationi locus eſt. Quapropter etſi lupus ovem meam, exempli cauſa, rapuerit, ea mea eſſe non deſinet, quamdiu recipi poteſt; & ſi fortè eam alius, lupum canibus ſuis perſecutus, eripuerit, ſuam non faciet; ſed repoſcenti mihi reſtituenda eſt, *l. Pomponius.* 44. *hoc tit.* Tres igitur regulæ pro triplici animalium differentia ex his, quæ hactenus diximus, obſerventur. 1. Feras quarum libertas vel nunquam ademta eſt, vel quæ captæ in eam ſe receperunt, occupantis fieri. 2. Animalia manſueta, quocunque loco ſint, noſtra manere, neque occupatione cuiquam acquiri poſſe. 3. Manſuefacta ita ut abire & redire ſoleant, quamdiu eam conſuetudinem retinent, jure manſuetorum cenſeri; depoſito revertendi animo, ut cæteras feras, ſecundum regulam concedi occupanti.

Furtum committere intelligitur] *l.* 5. §. *gallinarum.* 6. *d. l. Pomponius.* 44. *hoc tit.* quod & in manſuefactis obtinet, ſi quis ea animalia, cum ex conſuetudine abire & redire ſolita eſſent, interceperit, *l.* 8. §. 1. *fam. erc.* l *l. ſi pavonem.* 37. *de furt.* Atque his omnibus locis traditum eſt, etiam actionem furti eo nomine competere: nempe quia hoc exigit ratio juſtitiæ, quæ non ex quantitate, ſed ex ſuis regulis debet æſtimari. Cui contrarium non eſt, quod legimus actionem de dolo ob rem vel ſummam minimam veluti ob duos aureos non dari, *l.* 9. *in fin. cum* 2. *ll. ſeqq. de dol.* ſiquidem actio de dolo, præterquam quod 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. §. *ait prætor.* 4. *de dol.* VINN. Conferri tamen hic merentur, quæ de furto rei minimæ eleganter diſſerit Illuſtris Bynkersh. *Obſ. lib.* 1. *cap.* 111.

TEXTUS.

De occupatione in bello.

17. *Item ea, quæ ex hoſtibus capimus, jure gentium ſtatim noſtra fiunt: adeò quidem, ut & liberi homines in ſervitutem noſtram deducantur: qui tamen, ſi evaſerint noſtram poteſtatem, & ad ſuos reverſi fuerint, priſtinum ſtatum recipiunt.*

NOTÆ.

17. *Ex hoſtibus capimus*] *l.* 5. §. *ult. l.* 7. *pr. eod.* Ariſtot. 1. *pol.* 4. & 5.

Noſtra fiunt] Jure gentium res hoſtium eodem loco ſunt, quo res nullius, ac proinde eorum fiunt, qui primi earum poſſeſſionem nacti ſunt, *l* 1. §. 1. *D. de acq. poſſ.* & tàm res immobiles, quàm mobiles. Capientes intelligendi non tantùm, qui per ſe capiunt: ſed etiam, qui per alios. In actu belli publico & imperato ſinguli, ut miniſtri operam navant, & Principi aut populo, qui miniſterio eorum utitur, acquirunt: hinc præda & ager ex hoſtibus captus publicantur, *l. pen. 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 & ideò iis conceſſas, qui primi earum poſſeſſionem adepti eſſent, vel per ſe, vel per alios.*
2. *Agrum hoſtilem non niſi actu publico capi poſſe; ac proinde captum fieri publicum populi.*
3. *Moventia & mobilia, quæ in miniſterio publico capiuntur, & ipſa fieri populi: 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. & poſtlim.* bona captivorum in fiſcum cogenda, *l. divus.* 31. *de jur. fiſc.* captivos ab Imperatoribus vendi ſolere, *l.* 4. §. 2. *de ſtat. hom.* qui prædam ab hoſtibus captam ſurripuit, lege peculatus teneri, *l. pen. ad leg. 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.* 23. 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, eum fieri publicum ſive populi. Sed quod attinet ad res mobiles & ſe moventes, plerique putant, has primo ac jure ipſo fieri ſingulorum, qui manu capiunt; cæterum duci aſſignandas, qui inter milites diſtribuat, Bart. *in l.* 28. *de capt.* Alex. & Jaſ. *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. Vacon. à Vacun. *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 cuivis, qui manu caperet, in dominium cederent: ſed quid voluerint, quærimus. Id vero nos I 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 ram eorum, qui per alios, quam qui per ſe capiunt: neque enim ſervi tantum aut filiifam. 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 quæ.* 53. *hoc tit. l.* 1. §. *per procuratorem,* 20. *l.* 3. §. 1. *de acq. poſſ.* Sic apud

Græ-

Græcos, qui in Olympiis certabant, præmia acquirebant iis, à quibus mittebantur. Igitur res hæc expedienda eſt cum D. Grotio 3. *de jur. bell.* 6. *n.* 10. & D. Tulden. *in comm. hic. c.* 29. diſtinctione facta inter actus verè publicos belli, & inter actus privatos, qui fiunt occaſione belli publici; ut dicamus, per illos actus res
2 acquiri populo, per hos primo ac directè privatis. Res ſoli, niſi publico actu, inducto exercitu, impoſitis præſidiis, capi non ſolent: & ideo, ut Pomponius reſpondit, publicatur ager, ſive publicus fit populi, qui ex hoſtibus captus ſit, *l. ſi captivus.* 20. §. 1. *de capt.* Solebant autem Romani, ut hoc obiter addam, agros ex hoſtibus captos aut totos publicare, aut partiri in victorem populum, aut per cenſores locare; interdum modico veteri poſſeſſori honoris gratia relicto aut diſtrahere, aut aſſignare veteranis, aut certum iis vectigal imponere: quarum rerum paſſim in legibus, hiſtoriis, & agrimenſorum commentariis teſtimonia extant, vid. *l.* 15. §. 2. *de rei vind. l.* 11. *de evict.* conſule porro Briſſon. 4. *ſelect. ant.* 1. Pet. Fabr. 2. *ſem.* 3. & 4.
3 Connan. 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 Grot. *ubi ſup. n.* 15. Poſteriore autem caſu fiunt ſingulorum capientium: quia quod extra actum publicum capiunt, non intelliguntur capere ut miniſtri. Atque huc referendum eſt illud Celſi *l. transfugam.* 51. §. 1. *hoc tit.* *Quæ res hoſtiles apud nos ſunt non publicæ, ſed occupantium fiunt.* 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 fato* (ita legendum, non *ſuo facto*, ut habent libri) *deprehenduntur.* Fato hoc adſcribit Jurisconſultus, quia nullo ſuo merito in ſervitutem deveniunt: nam fato hujuſmodi adſcribere tranſlatitium eſt. Tale illud Nævii; *Fato ſiunt Romæ Metelli conſules.* Hinc etiam eſt, quod ſi quid milites capiunt non in procinctu, aut in eo, quod facere jubentur, ſed in eo, quod promiſcuo jure aut ſolo permiſſu faciunt, id ſibi ſtatim 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 fiant eorum, qui in comitatu ſunt, inter ipſos pro dignitatis ratione partienda. VINN. Magnum hic diſcrimen inter militiam lectam & mercenariam, itemque eam quæ ſtipendia meretur, & quæ ſuo ſumtu militat ſpe prædæ. Sed de his alii. Id quæritur, an occupatio bellica vere ſit modus adquirendi? Sane enim, quod meum ſit, ab alio non poteſt ſine injuria eripi, quum tamen hoſti ſemper jus ſit, rem ſuam à me occupatam recuperandi. Dicendum itaque videtur, occupationem bellicam modum adquirendi eſſe ratione tertii: non ratione ipſius hoſtis, niſi acceſſerit hujus renunciatio in conditionibus pacis. HEIN.

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 ſæpiſſimè conſtitutum eſt, natalibus non officere manumiſſionem, §. *ult. ſup. de ingen.*

TEXTUS.

De occupatione eorum, quæ in littore inveniuntur.

18. *Item lapilli, & gemmæ, & cætera, quæ in littore maris inveniuntur, jure naturali ſtatim inventoris fiunt.*

COMMENTARIUS.

ACquiſitionis naturalis & quidem occupationis ſpecies eſt & inventio. Ea pro duplici objecto diſtingui poteſt in duo genera: nam aut earum rerum eſt, quæ nunquam ullius fuerunt; aut earum, quæ deſierunt habere dominum, quales ſunt theſaurus & res pro derelicto habitæ. De priore genere hic agitur, de altero in §. *theſauros.* 39. & §. *pen. inf. eod.*

Lapilli & gemmæ] Margaritæ, conchylia, corallia, cæteraque, quæ in mari aut littore maris nata nec ab alio 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 littus expulſum eſt, eorum permanet, qui ejecerunt, 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.* VINN. Nimirum gemmas lapilloſque varie diſcernunt veteres. Modo *gemma* ipſis ſunt uniones, *lapilli* alii lapides pretioſi: V. C. Broukhuſ. *ad* Tibull. *lib.* 1. *Eleg.* 1x. modo gemmæ vocantur lapides pretioſi, lapilli minus pretioſi. Apulej. *in Florid. p.* 346. modo gemmæ & lapilli accipiuntur promiſcue. Brod. Miſcell. *lib.* x. *cap.* XVII. Sed hic non quæritur, quid alias ſignificent hæc vocabula? ſed quomodo interpretanda ſint in materia de legatis? Hic JCtis aliquid permittendum fuit. Vid. omnino V. C. Carol. And. Dukerus *de Latin. JCt. p.* 299. *ſequ.* HEIN.

Statim inventoris fiunt] 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 immobilia, ea ingrediatur, *l.* 1. §. 1. & ibi Coraſ. *n.* 12. *l.* 3. §. 3. *D. de acq. poſſ.* Connan. 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. Tulden. *hic. c.* 13. Harum autem rerum dominium ſemel inventori quæſitum etiam amiſſa poſſeſſione retinetur, ut juris eſt in rebus omnibus, quæ dominio noſtro ſubjectæ ſunt, exceptis feris beſtiis, quæ ubi cuſtodiam noſtram evaſerint, una cum poſſeſſione dominium nobis auferunt, quaſi jure quodam poſtliminii in priſtinam libertatem reverſæ.

TEXTUS.

De fœtu animalium.

19. *Item ea, quæ ex animalibus dominio tuo ſubjectis nata ſunt, eodem jure tibi acquiruntur.*

COMMENTARIUS.

QUæcumque jure gentium acquiruntur, ea diximus in ſumma nobis acquiri duabus rationibus: facto, & occupatione noſtra; rei noſtræ poteſtate, ac beneficio. Rei noſtræ hæc vis eſt, ut duo nobis tribuat; fœturam, hoc eſt, quicquid ex ea naſcitur aut provenit; & acceſſionem, ſive quicquid ei accedit, ita ut unitum ab ea trahatur, quæ diſtinctio docendi cauſa à nobis retinebitur. DD. vulgo utramque illam rei noſtræ vim uno acceſſionis nomine comprehendunt: cujus deinde duo genera faciunt; diſcretam, puta fœtus animantium, & continuam, veluti alluvionem. Nonnulli inter quos Cantiuncula & Bachovius, etiam ea, quæ rebus noſtris accedunt aut ex iis naſcuntur, genere quodam occupationis nobis quæri volunt, non equidem veræ, ſed fictæ & 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 hæ res etiam ignorantibus nobis acquiruntur, atque adeo invitis. Præſens hic §. ad fœturam 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 fœtu 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 fœtus animalium noſtrorum noſtri fiunt, qua noſtra fiunt, quæ in ſolo noſtro nata ſunt: nimirum ut ſolum ipſum hæc noſtra facit, non ſatio ulla aut plantatio undecumque profecta: *l. 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 ſato, *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 cohærebant, pars ſoli intelligebantur: *l.* 44. *de rei vind.* ita & fœtus ab animalibus noſtris & partus ab ancillis editi, noſtri manent: quia antequam edantur, portio ſunt viſcerum matris, *l.* 1. §. 2. *de ventr. inſpic.* Adde quod fœmina in alendo fœtu omnia confert de ſuo, quæ & ipſa interim à domino alenda ſit. Etſi igitur doctiſſ. Grot. 2. *de jur. bell. cap.* 8. *n.* 18. juri naturæ magis convenire putat, ut fœtus communicetur cum domino maris, ſi is non ignoretur; ego tamen in veterum ſententiam concedo, ob rationes, quas jam memoravi. VINN. Genuina hujus juris ratio fuit, quod JCti, ſequuti Stoicos, fœtum dicerent non animal, ſed partem viſcerum. Merill. *Obſ. Lib. I. cap.* XVI. Quod principium, quamvis hodie deſeramus; vel ideo tamen non ſequimur ſententiam Grotii quod fœtus nullo modo concipi poteſt, tanquam pars patris. Conf. Pufendorff. *Lib. IV. de J. N. & G. cap.* VII. §. 4. HEIN.

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 arciſiniis, non in agris limitatis, aut certa menſura comprehenſis.*
2. *Quid de alluvionibus juris ſit in his regionibus.*

POteſtate rei noſtræ etiam ea jure gentium acquirimus, quæ rebus noſtris ita accedunt, ut iis cohæreant atque ab iis trahantur: unde hoc genus acquiſitionis acceſſio appellatur. Acceſſio hæc contingit vel facto & opera hominis, de quo genere *inf.* §. *ſi tamen* 26. & multis *ſeqq. eod.* vel citra eam, naturali operatione & beneficio fluminis. Atque hoc modo quatuor rerum genera nobis acquiruntur; 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* 1. *& ſeqq. eod.* & primum quidem genus in textu propoſito. In Cod. etiam tit. eſt *de alluvionib.*

Agro tuo] Arciſinio 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

hoſce fines eſſet, id publicum manere; ſive quod accreviſſet poſtea, id populo accreſcere, vid. Don. 4. *comment.* 27. Giphan. ad *d. l.* 16. Connan. 3. *comm.* 5. qui hunc locum præ cæteris illuſtrat ex Aggen. & Jul. Frontino *de qualitate agror. & controverſia limit.* Limitatis agris ſimiles ſunt, qui certa menſura comprehenduntur, pariſque in hac re juris cum limitatis eſſe debent, ut jus alluvionis non habeant, cum poſſeſſores eorum ultra aſſignatum modum nihil poſſidere poſſint, Connan. *d. loc.* Grot. 2. *de jur. bell. c.* 8. *n.* 12.

Flumen adjecit] Ad differentiam lacuum & ſtagnorum, in quibus jus alluvionis non agnoſcitur. Etenim ut ſola flumina fluxum & motum naturalem habent, quo fit, ut ripas ſuas & terminos ſæpe mutent, ita & ſola alluvionem admittunt. Lacus autem & ſtagna licet interdum creſcant & decreſcant: tamen quia terminos ſuos retinent, alluvionem natura non recipiunt, *l. lacus.* 12. *eod.*

Incrementum latens] Alluvionem dicit eſſe incrementum latens, cum quid ita paulatim & obſcurè prædio noſtro adjicitur, ut ſenſu percipi non poſſit, quantum quoque temporis momento alterius prædio detrahatur, & adjiciatur noſtro, αὔξησιν ἀνεπαίσθητον. Ex quo creſcit hujus acquiſitionis æquitas: nimirum quod quæ alluvione accedunt, ita lente & obſcurè detrahantur, ut intelligi non poſſit, ſi fortè de his reſtituendis quæratur, quorum prius fuerint, aut quibus detracta. De alluvionibus ex profeſſo ſcripſerunt Bart. *part. tract. Tyberiad.* & Baptiſta Aymus tri-
2 bus libris. In hac regione quid de alluvionibus juris ſit, certa aut generali definitione comprehendi non poteſt. Principis nomine contenditur, alluviones, ut ſequelas & appendices fluminum, jura eſſe ſolius fiſci. Alii contra id negant, eſtque 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 cenſualibus ſemper dicti erant ad flumen pertingere. 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 vaſallis 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. Grot. 2. *manud.* 9. *& lib.* 2. *de jur. bell. c.* 8. *n.* 12. *&* 15. add. Groeneweg. *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. Plane, ſi longiore tempore fundo vicini tui hæſerit; arboreſque, quas ſecum traxit, in eum fundum radices egerint; ex eo tempore videntur vicini fundo acquiſitæ eſſe.*

Notæ.

21. *Tuam permanere*] *l.* 7. §. 2. *D. h. t.* Ratio eſt, quia manet eadem ſpecies, nec tua culpa aut negligentia, ſed violentia fluminis avulſa eſt.

Radices egerint] Quod eſt argumentum coalitionis. Cæterum etſi nulla arbor in parte detracta fuerit, tamen poſtquam ea coaluit, & unitatem cum terra noſtra fecit, noſtra eſſe incipit, *l.* 9. §. 2. *D. de damn. inf.*

Commentarius.

1. *In calce hujus* §. *pro* videntur acquiſitæ, *&c. omnino legendum eſſe numero ſingulari*, videtur acquiſita, *&c.*
2. *An poſtquam pars detracta coaluit, adhuc priori domino ſuperſit actio ad pretium conſequendum.*

PRoponitur hic altera acceſſionis ſpecies, quæ à flumine eſt, & earum rerum, quæ non latenter, ſed vi fluminis aperta alieno prædio detractæ & in vicinum invectæ ſunt. Hæc à ſuperiore illa multum differt. Nam ſi pars terræ integra à vicino agro vi fluminis avulſa ſit, & noſtro prædio adjecta, ea non ſtatim nobis acquiritur, ut acquiruntur, quæ latenter flumen adjicit per alluvionem: ſed quamdiu nondum coaluit & unitatem cum terra mea fecit, manet ejus, cujus ante fuit: quia manet eadem ſpecies ſeu idem individuum, ut loquuntur; aut, ut clarius loquar & noſtro more, quia, cum nondum coaluit, partem prædii mei non facit, ut ei cedere debeat. Ubi vero coaluit, & 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 acquiſitæ] 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 plurativo legas, mutetur ſubjectum quæſtionis. Non enim de arboribus cum parte fundi avulſis & tranſlatis quæſitum fuit, ſed de parte avulſa duntaxat, & prædio alieno adjecta: cumque hac avulſione Juſtinianus & Cajus initio negent partem illam ſtatim amitti aut acquiri, quis non videt, quod mox ſubjiciunt de acquiſitione, ubi pars detracta cum prædio, cui adjecta eſt, coaluit, de partis ipſius, non de arborum, ſi quæ fortè ſimul avulſæ & tranſlatæ fuerint, (quanquam & ipſæ jus partis 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 cau-

cauſam dominii? quorum alterum manifeſtè falſum eſt: alterum falſum eſſe ex Alfeno nos docet Ulpian. *l.* 9. §. 2. *de damn. inf.* Quæ, mirum eſt, Cujacium, Hotomannum, Pacium, alioſque, qui hunc locum πληθυντικῶς, 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 fortè ſecum traxit, in fundum noſtrum radices egerint, ex
2 eo tempore nobis quæſita intelligitur. Alia quæſtio eſt, an poſt coalitionem adhuc aliqua actio ſuperſit 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 hærere fundo alieno, ut tandem cum eo coaluerit & unum facta ſit, ut ipſe quodammodo eam alienaſſe videatur, ſicut de eo reſponſum eſt, qui rem ſuam patitur uſucapi, *l. alienationis.* 28. *de verb. ſign.* ita ferme & D. Tuld. *hic c.* 26. Planè qui facto alieno rem ſuam hoc jure inviti amiſerunt, iis ſuccurri ſolet vel utili actione in rem, *l.* 5. §. 3. *de rei vind. l. qua ratione.* 9. §. 2. *hoc tit.* vel, quæ actioni in rem ſubſidiaria eſt, actione in factum, *l. in rem.* 23. §. *item quæcunque.* 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.

TEXTUS.

De Inſula.

22. *Inſula, quæ in mari nata eſt (quod raro accidit) occupantis fit: nullius enim eſſe creditur. At inſula in flumine nata (quod frequenter accidit) ſiquidem mediam partem fluminis tenet, communis eſt eorum, qui ab utraque parte fluminis propè ripam prædia poſſident, pro modo ſcilicet latitudinis cujuſque prædii, quæ prope ripam ſit. Quod ſi alteri proximior ſit parti, eorum eſt tantum, qui ab ea parte propè ripam prædia poſſident. Quod ſi qua parte diviſum ſit flumen, deinde infra unitum, agrum alicujus in formam inſulæ redegerit, ejuſdem permanet is ager, cujus & fuerat.*

NOTÆ.

22. *Occupantis fit*] *d. l.* 7. §. 3. *h. t.* juxta regulam, *Quod ante nullius eſt, &c.*

Siquidem mediam partem, &c.] Inſula in flumine nata communis eſt eorum, qui 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 cis 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 inſulæ] Ποταμῷ κύκλῳ περιῤῥέον. Igitur ager non mutat cauſam proprietatis circumluvione, *d. l.* 7. §. 4. *l.* 30. §. 3. *eod.* Sed & inſula, quæ alveo non cohæret, huc non pertinet, *l.* 65. §. 2. *eod.* ubi in §. *ult.* pro *ſi id*, leg. *non ſi id*, ut præcedentia evincunt, v. Accurſ. ibid.

COMMENTARIUS.

1. *Cur 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.*

TErtium rerum genus, quod jure acceſſionis acquirimus, eſt inſula in flumine nata vado cohærens: de qua ſpecie acquiſitionis ex profeſſo tractatur hoc §. Adſpergitur initio aliquid de acquiſitione inſulæ in mari natæ, uti & apud 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 credibile eſt propter 1
nimiam maris altitudinem, partim propter perpetuam æſtuum reciprocationem: unde fit, ut nec locus alvei marini facilè ficcus 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 matris 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.* Grot. *flor. ſparſ. hic* Fabrot. *ad Theoph.*

Quod frequenter accidit] Plinius *d. c.* 85. ſcribit, flu- 2
minum invectu 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 emi-

nere

nere incipiat. Livius *lib.* 2. *cap.* 5. 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 considerabit 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 concrescente, insula existat, quæ ita sustineatur in flumine, ut solum ejus non tangat.

Siquidem mediam partem, &c.] 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 circumfluo, ποταμῷ κύκλῳ περιῤῥέοντι, in formam insulæ redactus est, *d. l.* 7. §. 4. *d. l. ergo.* 30. §. 2. *hoc tit. & 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 fit, sive circumluvione partis, quæ alvei esset, facta quæritur, primum cui ea jure gen-
3 tium acquiratur. Et ait Justinianus hic post Cajum, *d. l.* 7. §. 3. *eod.* eam fieri privatam eorum, qui propè flumen, in quo nata est, prædia possident: quod & Pompon. affirmat, *d. l. ergo.* 30. §. 2. *eod.* & Ulp. *l.* 1. §. *insula.* 6. *de flum.* satisque intelligitur ex iis, quæ disputantur à Paulo *l. inter.* 29. & Proculo *l. insula.* 56. *hoc tit.* Cui tamen sententiæ contrarium est, quod apud Labeonem *l. pen.* §. *ult. eod.* vulgo sic legitur; *Si id, quod in publico innatum aut inædificatum est, publicum est; insula quoque, quæ in flumine publico nata est, publica esse debet.* Sed cum hoc è diametro pugnet cum superioribus locis, adeoque cum iis quoque, quæ ipse Labeo de proprietate insulæ differit in §§. *preced. 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 destituamur, non aliam lectionem admittit ratio juris, à qua toto cœlo aberrat Cujac. *d. loc.* eumque secutus Pac. *cent. 6. quæst.* 93. quanquam uterque de usu tantum Labeonem intelligit: de quo mox. Sunt, qui hunc Labeonis locum accipiunt de eo casu, quo prædia prope ripam publica, puta si insula nascatur in Tybri, eo alvei loco, quo Romam interfluit. Sed argumentatio Labeonis hujusmodi restrictionem non videtur pati. Plane in agris limitatis huic acquisitioni locus non est, quia nec alluvioni, sed occupantis insula fit, *l.* 1. §. *si insula. 6. de flum.* Videamus nunc, insula in flumine nata quatenus vicinis possessoribus acquiratur. Et de eo duplex quæstio est; una, utrum proprietate duntaxat, an vero etiam usu; altera, pro qua parte cuique vicinorum acquiratur, quæ pluribus communiter acquiritur. Ad pri- 4
mam 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. 6. de flum.* Et vero si usum insularum publicum esse volumus, inutilis prorsus futura est earum proprietas, *d. l. pen.* §. 1. neque quisquam est veterum cui aliud in mentem venerit. Nam quod Paulus Labeonem reprehendit, quod scripserit, 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 eo 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, 5
si quidem in medio fluminis alveo enata sit, communis fit eorum, qui prope utramque ripam possident: sin cis aut ultra medium amnem, si quidem contra frontem unius prædii, cui propior est, tota acquiritur hujus prædii domino: sin ita ut fronti plurium agrorum sit opposita, communis fit omnium, qui secundum eam ripam, in quantum insula porrigitur, habent, *hoc* §. *& d. l.* 7. §. 3. *eod.* Communem autem fieri insulam cum dicimus, non intelligimus eam communem fieri pro indiviso, uti solemus, cum propriè loquimur; *l.* 5. *de stip. serv. l.* 5. §. *ult. de reb. eor. qui sub-*

tut. ſed regionibus diviſis, pro fronte, hoc eſt, latitudine cujuſque fundi, quæ propè 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 tit.* Et quia frontem, non interiorem latitudinem, hic ſpectari placet, rectè reſpondit Pompon. *d. l. ergo.* 30. *pr. hoc tit.* ſi interiorem partem fundi, ad cujus frontem inſula, quæ accrevit, non reſpicit, vendidero, nihil ex ea inſula pertinere ad emptorem: nimirum quia nec ab initio quicquam ejus futurum fuerat, ſi jam tum, 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.* 56. §. 1. Hoc igitur conſtituto, inſulam in flumine natam dominis vicinorum prædiorum acquiri; reſtat, ut videamus, qua juris ratione iis acquiratur. Nam video eſſe, qui jure quodam occupationis hoc fieri exiſtimant, quod primi eam occupaturi videantur. 6 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 cenſeatur vicinorum prædiorum: ac proinde ut alveus totus nudatus vicinis acquiritur, ita & partem ejus nudatam, id eſt, inſulam in eo natam, iiſdem acquiri, jure ſcilicet acceſſionis. Et inſulam quidem partem alvei eſſe conſtat. At abſonum videri poteſt, quod alveum partem eſſe dicimus vicinorum prædiorum; cum alveus publicus ſit eodem jure, quo ipſum flumen, *l.* 1. §. *ſimili.* 7. *de flum.* §. *ſeq. inf. hoc tit.* ut contra potius dicendum videatur, inſulam quoque, quæ alvei pars eſt, publicam fieri oportere. Sed ſciendum eſt, alveum non ſimpliciter publicum eſſe, ſed quatenus à flumine tenetur, eoque per flumen populus utitur, nudatum flumine privatum fieri vicinorum: nihil autem intereſſe, ut Pomponius huic objectioni occurrens reſpondet, utrum de alvei ſolo mutato, an de eo, quod ſuperfuſum ſolo & terræ ſit, quæratur; hoc eſt, utrum quæratur de toto alveo mutato & à flumine relicto, an de inſula in alveo nata; quippe ſufficere, ea parte, qua inſula extitit, alveum à flumine non teneri, *d. l. ergo.* 30. §. 1. & 2. Neque vero flumen interfluens impedit, quominus inſula vicinis ripæ agris per alveum jungatur atque accedat, non magis quam via publica inter alveum & vicina prædia interjecta impedit, quominus alveus ſiccatus 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 ſubjectus. Atque hoc manifeſtiſſimum argumentum eſt, alveum etiam tum, cum adhuc à flumine occupatur, partem quadantenus cenſeri vicinorum prædiorum. Æquitatem porro hujus acquiſitionis augent incommoda vicinorum: nam quantum loci inſula occupat, tantum de locis finitimis flumen decerpit, iiſque ſolis detrimento eſt, in quorum agros curſus ejus depellitur. De inſula extat tractatus Bartoli, cujus in dimetiendo errores notarunt Mathematici. Buteo in *lib. de fluv. inſul.* & Magius 4. *miſcel.* 2. add. Cæpoll. *de ſerv. ruſt. prad. c.* 33. Apud nos, quanquam videri 7
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. *manuduct. c.* 9. Nec mirum, cum & alvei exſiccati eadem ferè, quæ alluvionis, ratio ſit: quem tamen conſtat Principi olim aſſignatum fuiſſe, ut pleraque alia ἀδέσποτα, idemque in Gallia quoque obſervari, ex Bern. Automn. refert Chriſtin. *vol.* 4. *deciſ.* 86. *n.* 7. In agro tamen Putteno ex veteri conſuetudine prædio alluvionem habenti accedit id, quo poſſeſſor pedes gladium exſertum tenens pertingere poteſt. In Geldria moris eſt, ut vicinis poſſeſſoribus acquiratur id, quod plauſtro onerato adiri poteſt: addita tamen occupatione: alioqui fiſcus prævertere poteſt. D. Grot. *d. loc.* VINN. Rationem juris Romani rectiſſime explicavit Vinnius. Si enim totus alveus derelictus privatorum ſit, ut eſt in §. 23. non poterant non inferre JCti, & partem alvei flumine nudatam, id eſt inſulam vicinorum fieri. Aſt ſi de jure naturali quæſtio eſt: aliter videtur ſtatuendum. Partes enim ex vicinis agris avulſæ, ex quibus inſula facta, ſunt nullius, non amplius vicinorum. Quum itaque accedant rei publicæ, id eſt flumini, inſula quoque erit publica. Et ita pronunciari ſolet in Germania. Si flumen duo territoria ſeparat: ſervatur definitio juris Romani. Conf. Schilter. *Exerc. IV.* §. XIX. HEIN.

TEXTUS.

De Alveo.

23. *Quod ſi naturali alveo in univerſum derelicto, ad aliam partem fluere cœperit; prior quidem alveus eorum eſt, qui prope ripam ejus prædia poſſident, pro modo ſcilicet latitudinis cujuſque agri, quæ propè ripam ſit: novus autem alveus ejus juris eſſe incipit, cujus & ipſum flumen eſt, id eſt, publicus. Quod ſi poſt aliquod tempus ad priorem alveum reverſum fuerit flumen, rurſus novus alveus eorum eſſe incipit, qui prope ripam ejus prædia poſſident.*

NOTÆ.

23. *Quod ſi naturali alveo*] Ex *d. l.* 7. §. 5. *eod.* In agris limitatis nec hoc obtinet, *l.* 1. §. 7. *de flum.*

Rurſus novus alveus] Poſtulat hoc ſtricta ratio: ſed æquitas ſæpe aliud ſuggerit, & hoc ſignificat Caj. *d. l.*

7.

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 prædiis cedere.*
2. *Si vicini agri limitati sint, primi occupantis alveum desertum fieri.*
3. *Pars alvei siccati quando apud nos privatorum fiat.*
4. *An aliquando priori domino alveus flumine iterum recedente restituendus.*

QUarto & postremo eodem jure & ratione proximis possessoribus pro modo latitudinis cujusque prædii, quæ prope ripam sit adjicitur alveus à flumine relictus, nempe vi & potestate prædiorum, quibus ipsis hæc acquisitio tributa, propter vicinitatem, & propter prædia, prædiorum dominis.
1 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 tit.* Et sanè quidem rectè, sed non video comparationem illam similium, qua, quod illi fingunt, Pomponius utatur, conferens alveum cum ripa, aut solum alvei cum ripæ solo. Simplex est Pomponii sententia, ripæ solum privatum esse; eorum scilicet, qui prope ripam habent proprium: usum autem ejus publicum intelligi: & ideo cum exsiccatus est alveus, proximorum fieri, hoc est, solum ripæ etiam usu proximorum tum esse incipere, quia jam populus eo non utatur, nempe solo ripæ, de quo sermo institutus erat. Cæterum ratio hujus consolidationis non magis ad ripam, quam ad alveum pertinet. Nam ut usus ripæ, licet ea privata & vicini prædii pars sit, publicus est, propterea quod populus flumine uti sine ripa 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 uti ripæ usus exsiccato alveo ad proprietatem redit, quia jam populus ripa amplius non utitur; ita & usus alvei, quem flumen abstulit, recedente flumine ad proprietatem, quæ penitus ablata non fuit, revertitur; quia jam alveo populus amplius non utitur. Hoc interest, quod proprietatis ripæ aliqua potest esse utilitas; alvei, quamdiu à flumine tenetur, planè nulla; quæ causa est, quod alveus non secus ad flumen ipsum publicus dicatur, *l.* 7. §. *quod si* 5. *hoc tit. l.* 1. §. *simili.* 7. *de flum. & hoc text.* Juvant 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 & commoda 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 flum.* 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 acceperit. 2 3

Novus alveus ejus juris esse incipit, cujus est ipsum flumen] Sicut alveus à flumine destitutus privatus fit, ita novus, quem sibi flumen fecit, fit publicus: nam impossibile est, ut alveus fluminis publici non sit publicus, ait Ulp. *l.* 1. §. *simili.* 7. *de flum. & l.* 7. §. 5. Pertinet huc illud Pomponii in *d. l. ergo.* 30. §. 3. *hoc tit. Flumina*, inquit, *censitorum vice funguntur, ut ex privato in publicum addicant, & ex publico in privatum.* Cui simile est, quod apud Cassiodorum legimus *lib.* 3. *variar. Agrimensor*, inquit, *more vastissimi fluminis aliis spatia tollit, aliis rura concedit.* Ita plerumque evenit, ut alios flumen ditet, alios pauperet. Lucanus.

Illos terra fugit dominos, his rura colonis
Accedunt donante Pado.

Rursus novus alveus] Nam ager ille, qui fuerat, desiit esse, amissa propria forma; &, cum prædiis, non personis, hæc acquisitio tribuatur, non potest is, qui vicinum prædium nullum habet, ratione vicinitatis quicquam in eo alveo sibi vindicare, *d. l.* 7. §. *quod si toto.* 5. *eod.* Atque hoc quidem usque efficit stricta juris gentium ratio: sed vix est, ut id obtineat, inquit Cajus *d. loco.* Et utique non semper obtinere debet. 4 Sæpè enim æqui & boni ratio suadet, ut priori potius domino alveus restituatur, quam adjudicetur vicinis possessoribus. Scholiastes Theoph. κ᾽ ἀκριβείαν ἀπόλλει τὸν τόπον, κ᾽ δὲ φιλάνθρωπον λογισμὸν ὁ δεσπότης ἀναλαμβάνει. De quo haud facilè 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 veterum locum subito atque eodem impetu, quo perruperat, se recepisse: æquissimum est, agrum recessu fluminis restitutum ad pristinum dominum reverti, licet formam agri impetus fluminis abstulerit, *d. l.* 7. §. *quod si* 5. *in fin. d. l. ergo.* 30. §. 3. *hoc tit. l. si ager.* 23. *quib. mod. us. fr. 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.* 30. §. 3. & *d. l. si ager.* 23. 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 propriè ſit, & quæ ejus vis.*
2. *Quid circa inundationes apud nos receptum.*

1 INundatio propriè eſt, cum flumen imbribus, vel nivibus, vel qua alia ratione auctum in vicinos campos ita ſe effundit, ut nec ripas, nec alveum ſuum mutet, *l.* 1. §. *ripa.* 5. *de flum.* Hoc cum fit, ait Juſtinianus poſt Cajum, *l.* 7. §. *aliud ſane.* 6. *hoc tit.* fundi proprietatem non amitti: & ideo recedente aqua fundum, qui occupatus fuerat, non adjici vicinis poſſeſſoribus, ſed 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 flum.* Atque ut maximè ſumma pars agri in arenam diſſolvatur, manet tamen ſolida pars fundi interior: & ut de qualitate aliquid mutet, ſubſtantiam non mutat, non magis, quam pars agri, quæ à lacu hauritur, cujus jus non mutari certum eſt. Igitur ad inundationes præſertim temporales & anniverſarias non pertinet, quod vulgo dici ſolet, *Occupatum ſequitur conditionem occupantis.* Gloſſ. *l. pen. de rer. diviſ.* Non obſtat *l. ſi ager.* 23. *quib. mod. uſ. 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 quærens: hoc caſu placet proprietatem agri ita amitti, ut reſtituatur, ſi non facto novo alveo flumen ſe receperit, uti in *fin. ſup.* §. demonſtratum eſt. Obiter addo, quamvis inundatio cauſam dominii non mutet, poſſeſſionem tamen nobis auferre, *l.* 3. §. *Labeo.* 17. *l. qui univerſas.* 30. §. 3. *de acq. poſſ.* itemque ea jura, quæ in facto perſonæ poſita ſunt, ut uſum & uſumfructum, *l. uſusfructus.* 24. *quib. mod. uſ. amit.* ſed recedente aqua hæc omnia nobis reſtitui. *d. l.* 24. *l.* 1. §. *ſi quis.* 9. *de*
2 *itin. act. priv.* De inundationibus, quæ crebræ apud nos ſunt, hoc jure in hac regione utimur, ut derelictus habeatur is ager, qui per decem continuos annos merſus fuerit, ſi 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 cenſeatur. Sed ſolebant Principes tempus præfigere, intra quod veteres agrorum poſſeſſores ſiccare agros & novo aggere munire deberent: quibus ceſſantibus monebantur qui in eos agros jus pignoris habebant, deinde & hi, qui jurisdictionem aut imperium: qui ſi omnes in mora eſſent, tum eorum jus omne ad Principem deferebatur; atque is aut ipſe agros ſiccabat, ſuique patrimonii faciebat, aut aliis ſiccandos muniendoſque dabat retenta parte. D. Grot. 2. *manud. c.* 9. & 2. *de jur. bell.* 8. *n.* 10. *conſult. JC. Bat. part.* 2. *conſil.* 26.

TEXTUS.

De Specificatione.

25. *Quum ex aliena materia ſpecies aliqua facta ſit ab aliquo, quæri ſolet, quis eorum naturali ratione dominus ſit: utrum is, qui fecerit, an potius ille, qui materiæ dominus fuerit: ut ecce, ſi quis ex alienis uvis, aut olivis, aut ſpicis, vinum, aut oleum, aut frumentum fecerit: aut ex alieno auro, vel argento, vel ære, vas aliquod fecerit: vel ex alieno vino & melle mulſum miſcuerit, vel ex medicamentis alienis emplaſtrum aut collyrium compoſuerit: vel ex aliena lana veſtimentum fecerit: vel ex alienis tabulis navem, vel armarium, vel ſubſellia fabricaverit. Et poſt multam Sabinianorum & Proculianorum ambiguitatem placuit media ſententia, exiſtimantium, ſi ea ſpecies ad priorem & rudem materiam reduci poſſit, eum videri dominum eſſe, qui materiæ dominus fuerit: ſi non poſſit reduci, eum potius intelligi dominum, qui fecerit: ut ecce vas conflatum poteſt ad rudem materiam æris, vel argenti, vel auri reduci: vinum autem, vel oleum, aut frumentum ad uvas, vel olivas, vel ſpicas reverti non poteſt: ac ne mulſum quidem ad vinum & mel reſolvi poteſt. Quod ſi partim ex ſua materia, partim ex aliena ſpeciem aliquam fecerit quis; veluti ex ſuo vino & alieno melle mulſum miſcuerit; aut ex ſuis & alienis medicamentis emplaſtrum aut collyrium; aut ex ſua lana & aliena veſtimentum fecerit; dubitandum non eſt, hoc caſu eum eſſe dominum, qui fecerit: quum non ſolum operam ſuam dederit, ſed & partem ejuſdem materiæ præſtiterit.*

NOTÆ.

Media ſententia] Caji *d. l.* 7. §. 7. *h. t.* 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 har. l.* 25. *D. de pign. act.* §. *ult. inf. de vulg. ſubſt.* imitatione Stoïcorum, qui ob id Servio erciſcundi μέσην ὁδὸν τέμνοντες. VINN. Vide hic omnino Merill.

Obſ.

Obs. lib. 1. *cap.* VI. ex quo posteriorem hanc observationem petiit noster. Hein.

Ad priorem materiam reduci] Quia tum materia non interit, sed potenter manet, *l.* 24. *h. t. l.* 78. §. 4. *de legat.* 3.

Si non possit reduci] Quia hic materia consumitur atque extinguitur: & locum habet illud, *Dum incipit, quod non erat, desinit esse, quod fuerat. l.* 9. §. 3. *D. ad exhib. l.* 26. *l.* 27. §. 1. *h. t.* Interim & domino materiæ consultum actione in factum, qua consequatur æstimationem, *l.* 23. §. 5. *de rei vind.*

Vinum vel oleum] Vinum & oleum sunt novæ species, quæ proprio nomine censentur, nec ad id quod esse desierunt reduci possunt.

Commentarius.

1. *Etiam hunc acquirendi modum ad occupationem referendum.*
2. *Speciem novam non acquiri facienti, nisi eam fecerit suo nomine & bona fide.*
3. *Quibus rationibus moti Proculus & Sabinus diversum senserint.*
4. *Media sententia auctorum distinctionem optima ratione niti.*
5. *Vinum & oleum non ita se habere ad uvas & olivas, ut frumentum ad spicas.*
6. *Etiam in specie facta partim ex materia aliena, partim ex materia facientis, inspiciendum, utrum ea ad priorem materiam reduci possit, 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
1 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 Sabini sententia approbata est, aut ad accessionem res referri potest; aut potius dicendum, nullam tunc fieri novam acquisitionem, cum D. Ant. Contio. 1. *disp.* 12. Vinn. Omnino specificatio pertinere Romanis videbatur ad accessiones, quia forma nova accederet ad materiam; vel contra materia ad formam; saltim quærebatur forma an materia habenda sit pro principali? Proculus id adfirmabat de forma, quæ ut philosophi ajunt, dat esse rei: Sabinus materiæ plus deferebat, ex qua formam educi existimabat. Proculejani itaque Stoïcos sequebantur, uti ex Sen. *Epist.* LXXXVIII. acute probat Merill. *Obs. Lib. I. cap.* XXI. Hein.

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 materiarum confusione, §. *si duorum.* 27. *inf. eod.* Duo autem hic à Justiniano omissa sunt, quæ, quo quæstio proposita melius intelligatur, addenda duximus: unum est, si qui speciem fecit, eam fecerit suo nomine: alterum, si eam fecerit bona fide. Primum diserte expressit Cajus *d. l.* 7. §. *cum quis* 7. & rationem manifestam hanc habet, quod possessio non acquiratur nisi volentibus; eorum autem, quæ facto & opera nostra acquiruntur, nihil jure gentium acquiri possit, cujus acquisitio non cœperit à naturali possessione, *l.* 1. §. 1. *de acq. poss.* Proinde si alieno nomine species facta proponatur, si ejus non erit, qui materiæ dominus fuerat, ejus erit, cujus nomine facta est, *l. nisi.* 25. *l. quicquid.* 27. §. 1. *hoc tit.* De bona fide, quod item hic omissum dixi, nihil quidem disertè Cajus: sed id ex eo non obscurè colligitur, quod addit hæc verba *suo nomine.* Nam qui scit materiam alienam esse, in eadem causa haberi debet, ac si nomine domini materiæ speciem feciset, *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 usuc. l.* 14. §. *ult. de cond. furt.* Atque hæc est communis quoque DD. sententia, à qua cur D. Wesemb. & Bachovius recesserint, causam non video.

Mulsum] Οἰνόμελι sive μελίκρατον, fit ex vino vetere, addito pauco melle. Hoc genere potionis usum se Pollio olim jactitabat annum centesimum excessisse. Nam cum à D. Augusto hospite interrogaretur, quanam maximè ratione vigorem illum animi corporisque custodisset, respondisse fertur, *Intus mulso, foris oleo.* Plin. *lib.* 22. *nat hist. cap.* 24.

Emplastrum] Medicamentum est in massam coactum, quod igni præmollitum vulneri imponitur: ab ἐμπλάττω, subigo, versando mollio, in massam formo. vid. Corn. Celsum *lib.* 5. *c.* 17. vulgo nunc unguentum vocant.

Collyrium] Genus medicamenti, potissimum oculorum, ἀπὸ τὸ κωλύειν τὸ ῥέειν, quod fluxum impediat & sistat. *Apocalyps. c.* 3. *vers.* 18. κολλύριον ἔγχρισον τοῖς ὀφθαλμοῖς, ἵνα βλέπῃς. *Collyria illine oculis.* Horat. 1. *serm. satyr.* 5.

Hic oculis ego nigra meis collyria lippus
Illinere.

Sabinianorum & Proculianorum] Fuere etiam olim diversæ & dissidentes Jurisconsultorum familiæ, auctores Attejus Capito & Antistius Labeo; qui primi cum velut diversas sectas fecissent, ille in iis, quæ à majoribus acceperat, perseverando, hic ingenii & doctrinæ fiducia plurima innovando, dissensionem successores eorum auxerunt, dum sui quisque magistri sententiæ tanquam oraculo religiosè 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.* Vinn. Adde: Proculi successor Pegasus, vir consularis, unde *Pegasiani.* Opponuntur itaque *Proculeiani* & *Sabiniani*: Pegasiani & Cassiani. Conf. Gothofred. *Manual. jur. cap.* VI. *p.* 27. qui tamen Sabinianos non à Massurio Sabino, sed à Cœlio Sabino, qui sub Vespasianis vixit, nomen ac-

cepiſſe ſtatuit, adeoque ſibi invicem opponit *Caſſianos & Proculeianos; Sabinianos & Pegaſianos.* HEIN.

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 materiæ, 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.* 7. *hoc tit. l.* 3. §. *genera.* 21. *de acq. poſſ.* Diverſæ autem ſcholæ auctores Sabinus & Caſſius contra naturali rationi convenientius eſſe putabant, ut qui materiæ 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* 7. junct. *l.* 12. §. 3. *ad exhib. l. id quod noſtrum* 11. *de reg. jur.*

Media ſententia] Inter duas extremas Proculi & Sabini. Nam Sabini ſententiam veriorem eſſe putabant, ſi ſpecies facta ad priorem materiam reduci poſſet: 4 ſi non poſſet, Proculi, *d. l.* 7. §. *cum quis.* 7. Et perquam elegans eſt hujus diſtinctionis ratio, quam & iidem mediæ ſententiæ auctores afferunt: nempe cum manente materia forma rei externa tantum mutatur, idque quod factum eſt, in ſua initia ſive ad rudem materiam reduci poteſt, rationem naturalem non pati, ut cum Proculo dicamus, rem eam nunc primum exiſtere, ac propterea fieri occupantis: ſed neceſſe eſſe, ut ſequatur vires & conditionem materiæ, quæ potenter manet, *l. in omnibus.* 24. *hoc tit. l. quæſitum.* 78. §. *illud fortaſſe* 4. *de legat.* 3. At ubi materia conſumitur atque extinguitur, quod noſtri ſemper fieri intelligunt, cum ſpecies facta ad priſtinam materiam reverti non poteſt, nullam materiæ, quæ eſſe deſiit, aut prioris domini, cujus in hac ſpecie nihil eſt, *l. quicquid.* 27. §. 1. *hoc tit.* cum Sabino rationem haberi poſſe: ſed novæ duntaxat ſpeciei, ejuſque, cujus facto ea in rerum natura eſſe cœpit. *d. l.* 3. §. *genera.* 21. *de acq. poſſ.* Scio equidem, D. Connanum *lib.* 3. *comm.* 6. auctores hujus ſententiæ reprehendere, atque hoc ſolum hic ſpectari velle, pluſne pretii ſit in opere, ac 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 propoſita inſpiciatur, utrum res, quæ prius fuerat, extincta ſit, necne; quam ut vel ex pretio rei operiſve de jure dominii ſtatuatur, aut citra neceſſitatem inducatur diſcordioſa communio: eoque jure etiam nunc utimur, teſte eodem Grotio *lib.* 2. *manuduct. cap.* 8. VINN. Aſt non ubique utimur. Quin quum materia plerumque ſit res fungibilis, in quam non cadit pretium affectionis: vix poteſt ratio excogitari, cur dominus materiæ dominii quæſtionem movere velit ſpecificanti, & non potius agere ad id, quod intereſt, niſi ponas, materiam eſſe admodum raram. Vid. Thomaſ. *de pret. affect. in res fungibiles non cadente cap.* III. §. XLI. *ſequ.* HEIN.

Frumentum 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.* 7. ſed ille, quod hic omiſſum eſt, mox ſubjicit, ſe eorum ſententiam probare, qui frumentum alienis ſpicis excuſſum ejus eſſe non dubitabant, cujus ſpicæ eſſent: propterea quod cum grana, quæ ſpicis continentur, perfectam habeant ſuam ſpeciem, qui excutit ſpicas, non novam ſpeciem faciat, ſed eam quæ eſt, detegat. Quod idem eadem ratione dicendum eſt de leguminibus, lupino, lente, cicere, fabis, piſcis, aliiſque id genus frugibus, quæ ſiliqua continentur. Exemplo frumenti idem de vino ex uvis & oleo ex olivis alienis expreſſo ſtatuit D. Bachovius: quod non probo. Non enim ut frumentum ſe habet ad ſpicas, ita ſe habet vinum & oleum 5 ad uvas vel olivas. Spicæ non ſunt materia, ex qua fit frumentum; ſed frumentum excuſſum idem manet, quod ante fuit: unde ſicut eandem ſpeciem, ita & idem retinet nomen. Vinum autem & oleum fiunt ex uvis & olivis, atque ut in aliud nomen, ita & in aliam ſpeciem uvis & oleis peremptis tranſeunt. Theodoret. 1. *Dial.* 4. ὴ τ ἀμπέλ τ καρπὸν σαφυλὴν ὀνομάζοντες, ὅταν ἀποβλίψομεν, ὰ σαφυλὴν, ἀλλὰ οἶνον σεσαγορεύομεν. Utique dum hæc incipiunt eſſe, quod non erant, deſinunt eſſe quod fuerant: & poterant quoque in alium uſum converti, uvæ ſiccari, olivæ ſervari ad condituram, &c. Et alioqui dicendum eſſet, nec caſeum aut butyrum ex lacte alieno factum, nec ſiceram ex pomis alienis expreſſam facientis fieri. Quod ſi in his omnibus Sabini ſententiam probandam exiſtimat Bachovius, cur mediæ ſententiæ auctores ſolum excipiunt frumentum? Paulum temerè adducit in *l. de eo.* 12. §. 3. *ad exhib.* quippe qui eo loco diſertè reſpondet de eo, qui ſpeciem fecit, cum ſciret materiam alienam eſſe, aliud nimirum reſponſurus, ſi quis idem bona fide feciſſet, ut facit in *l. ſed ſi meis.* 26. *hoc tit.* Et igitur ratio, quam in d. reſponſo ſubjicit, ad hypotheſin revocanda eſt, ut quæſtioni & reſponſo ſerviat. De navi ex alienis tabulis facta non ſatis convenit, propter obſcurum veteris, ut videtur, diſſenſionis veſtigium, quod extat in *l. Minicius.* 61. *de rei vind.* At enim cum mediæ ſententiæ auctores generaliter definiant ſpeciem, quæ ad id corpus, quod prius fuerat, reduci non poteſt, facientis fieri, navemque ex alienis tabulis factam nominatim inter hujuſmodi ſpecies, uti revera eſt, numerent, quid cunctamur cum Paulo reſpondere, navem ejus eſſe, qui fecit? *d. l. 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 proprietas totius navis carinæ cauſam ſequitur*, id eſt, eum, ait Connanus, *qui navem carinando formavit*: nam carinam non ſemper infimum navis alveum ſignificare; ſed interdum poni pro ipſo navis corpore, quod totum carinatum eſt, hoc eſt, pro totius navis forma, ut

in

in *l.* 24. §. *ult. de leg.* 1. *arg. l. proponebatur.* 76. *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 fit; multo magis noſtra fieri debet, ſi facta ſit pro 6 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. quæſitum.* 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 re aliena locupletetur cum alterius detrimento; utrique conſultum eſt, illi actione in factum, qua conſequatur æſtimationem materiæ ſuæ; huic exceptione doli mali, qua oppoſita ei, qui ſpeciem ſuam vindicabit, ſervet impenſas à ſe factas, *arg. l. 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 purpuræ, adverſus eum, qui ſurripuit, habet furti actionem & condictionem, ſive ipſe ſit, qui veſtimentum fecit, ſive alius. Nam extinctæ res licet vindicari non poſſint, condici tamen à furibus & quibuſque aliis poſſeſſoribus poſſunt.***

NOTÆ.

26. *Si alienam purpuram*] Similis locus eſt apud Paul. *l.* 26. §. 1. *h. t.* Ulp. *l.* 7. §. 2. *D. ad exhib.*

COMMENTARIUS.

1. *Acceſſionis quæ facto hominis contingit, quot ſint genera, & quo propoſita pertineat.*
2. *Explicatur definitionibus aliquot, quid, cui & quando acceſſionis vice cedat.*
3. *Quibus rebus differat hoc genus acquiſitionis à ſpecificatione.*
4. *Quomodo domino purpuræ, & generaliter partis, quæ ceſſit, conſulatur.*
5. *Vulgata hujus §. lectio defenſa adverſus D. Ant. Contium.*

LOcum hunc video à pleriſque in tranſitu duntaxat tractatum eſſe: dignus tamen eſt, qui propius conſideretur & otioſè. Et quia ad acceſſiones pertinet, repetenda animo eſt memoria eorum, quæ nuper diximus, videlicet quædam rebus noſtris accedere beneficio fluminum velut à natura, quædam facto & opera humana. De iis, quæ à fluminibus accedunt, copioſè jam tum diſputavimus. Acceſſionis 1 quæ ab hominibus eſt, docendi gratia, quo res tota perfectius cognoſcatur, duo genera nunc facimus; confuſionem, & conjunctionem. Confuſio eſt, cum duæ materiæ liquidæ inter ſe & in unum corpus permiſcentur, veluti cum vinum cum vino miſcetur, argentum cum argento conflatur, de quo §. *ſeq.* Conjunctio eſt, cum res ita junguntur, ut cohæreant, diſcreta manente earum ſubſtantia: ſive ita res alienæ rebus noſtris junctè cohæreant, ut iis quaſi baſibus innitantur, veluti quæ in ſolo noſtro ædificantur, plantantur, ſeruntur, in chartis noſtris aut tabulis ſcribuntur aut pinguntur; de quibus omnibus item poſtea: ſive ita, ut ſint tanquam additamenta aut ornamenta rei noſtræ: ut ſi pes aut manus jungatur ſtatuæ, anſa ſcypho, gemma includatur auro, emblemata phialis injungantur, *l. in rem.* 23. §. 2. & §. 5. *de 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 materiæ, ex qua veſtimentum factum proponitur: ſed aliquid, quod veſtimento jam facto aut præparato ornatus cauſa additur atque accedit. Purpuram autem hic accipiemus aut clavum purpuræ, aut prætextum, id eſt, ſegmentum, fimbriam, laciniam, limbum.

Licet pretioſior ſit] Cum enim quærimus quid cui cedat, non pretium ſpectamus, ſed quid cujus rei ornandæ cauſa adhibeatur; ut acceſſio cedat principali, *l. cum aurum.* 19. §. *perveniamus.* 13. *de aur. arg. leg.* In 2 univerſum autem ſic de hac quæſtione habeto. Quando duæ res, quarum unaquæque per ſe ſubſiſtere poteſt, ita junctæ ſunt, ut cohæreant & unum corpus efficiant propriæ ſpeciei ejuſdemque nominis, ſemper pars inferior cedit præſtantiori, ut is naturali ratione totius illius corporis dominus eſſe intelligatur, cujus & præſtantior pars eſt. Si diverſa rerum junctarum magnitudo eſt, ex magnitudine unius partis præſtantia æſtimatur, ut ſi ſtatuæ pes aut manus, ſcypho fundus aut anſa, lecto fulcrum jungatur, *l. ſed ſi.* 26. §. 1. *hoc tit. l.* 7. §. 2. *ad exhib. l. in rem.* 23. §. 2. 4. & 5. *de rei vind.* adeoque etſi pars minor pretioſior ſit, ei tamen cedit, cujus major eſt ſpecies, ut gemmæ & margaritæ incluſæ auro, *d. l.* 19. §. 13. *de aur. arg. leg.* purpura veſtimento intexta, ut hic & *d. l.* 7. §. 2. *ad exhib.* Si eadem magni-

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 universit duntaxat. Ex quo apparet, errare D. Gœd. *in l.* 14. *de verb. sign.* qui putat, hæc etiam jure specificationis acquiri, & si, quod Gœddeo placet, nova hic species facta intelligi debeat, ea non acquireretur facienti: quoniam partes junctæ separari, & ad id, quod prius fuerant, reverti possunt.

3 *Adversus eum, qui surripuit*] In hoc quoque ab acquisitione speciei factæ differt hæc acquisitio, quod species facta tantum volenti acquiratur, eique, qui eam suo nomine & bona fide fecit: jure accessionis pars juncta etiam ignoranti, etiam ei, qui alieno nomine aut mala fide junxit. Nulla enim in hac acquisitione ratio habetur personæ facientis aut jungentis, sed rerum junctarum duntaxat: quod notandum est contra Wesembecium & Bachov. qui utriusque acquisitionis eandem esse rationem arbitrantur.

Sive ipse sit, qui vestimentum fecit, sive alius] Geminus à Justiniano casus proponitur; unus est, quo is, qui purpuram surripuit, ipse vestimentum fecit: alter, quo alius fecit, ad quem purpura surrepta postea pervenit. Et ait, dominum purpuræ adversus eum, qui surripuit, habere actionem furti & condictionem: ubi condictionem procul dubio intelligit furtivam, ut rectè Glossa notat: nam quod hæc condictio soli dicitur domino dari, *l.* 1. *de cond. furt. l.* 14. §. *qualis.* 16. *de furt.* §. *ult. inf. de obl. quæ ex del.* hoc non eo pertinet, ut is, cui semel quæsita est, eam re perempta sine facto suo amittat: sed ut hinc excludantur ii, quorum periculo res alienæ sunt, quibus etsi furti actio, condictio tamen non competit, *d. l.* 14. §. 16. Ut autem in universum intelligas, quomodo domino purpuræ, & generaliter partis quæ cessit, consulatur, sic mecum distinguito.

4 Aut alienam purpuram vestimento suo quis intexuit; aut suam vestimento alieno. Item aut bona fide id fecit; aut mala. Si alienam & bona fide, est adversus eum actio ad exhibendum, ut purpura separetur, & tunc vindicetur, *l.* 7. §. 2. *ad exhib. l. in rem.* 23. §. 5. *de rei vind.* Videndum tamen, an non audiri debeat bonæ fidei possessor pretium purpuræ offerens; maximè si ea sine manifesto ejus damno separari non possit. Illud quæsitum est, an etiam bonæ fidei possessori purpura condici possit. Et puto posse, cum Barone & Wesembecio, arg. ejus, quod in fine hujus §. dicitur, res extinctas à quibusvis possessoribus condici posse, & §. *nunc admonendi.* 2. *inf. quib. al. lic.* & nimirum condictione sine causa: nam etsi jure gentium propter accessionem dominus purpuræ factus sit: nulla tamen causa est, cur pretium lucretur & cum aliena jactura locupletior fiat. Si mala fide intexuit, datur adversus eum actio furti & condictio furtiva, *hoc text.* datur & ad exhibendum actio & vindicatio, tanquam adversus eum, qui dolo malo possidere desiit, *arg. l.* 1. *in fin. l.* 2. *de tign. junct. l. sin autem.* 27. §. 3. *l. qui petierit.* 36. *in pr. de rei vind. l. qui dolo.* 131. *de reg. jur.* Si quis autem suam purpuram intexuit 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 juncta sunt ferruminatione, quæ ne separata quidem vindicari possunt: ideoque eo casu in factum actio domino partis, quæ cessit, necessaria, *d. l.* 23. §. *item quæcunque.* 5. *de rei vind.* VINN. Subtiliter distinguit Paullus in *d. l.* 23. inter adferruminationem & adplumbaturam. Sed hanc distinctionem admisisse haut videtur Ulpianus *l.* 7. §. 2. *ff. ad exhib.* Quin Pomponius in *l.* 27. *pr. ff. de adqu. rer. dom.* nec in adplumbatura, nec in adferruminatione concedere videtur vindicationem materiæ. Sic diversa principia sequuti videntur veteres, pro sua quisque secta, cui hærebat. Quodnam momentum hujus quæstionis sit in praxi, diximus jam ad §. antecedentem verb. *media sententia.*

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 Theophilus, Δοκεῖ, inquit, ἡ πορφύρα τρόπον τινὰ ἀποβεβῆσθαι, τῷ μὴ εἶναι αὐτὴν καθ' ἑαυτὴν, ἀλλ' ἑτέρᾳ ἐσθῆτι συνυφανθῆναι.

Licet vindicari non possint] Directo; amissa videlicet earum proprietate: & nimirum quamdiu cohærent: nam quod de gemma inclusa annulo alieno responsum est, eam vindicari non posse, sed posse agi ad exhibendum, ut excludatur, & exclusa vindicetur, *l.* 6. *ad exhib.* id locum habet in omnibus, quæ similiter rebus nostris juncta accessionis loco cedunt, *d. l.* 23. §. 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 quibusque aliis possessoribus] A furibus etiam condictione furtiva; ab aliis condictione sine causa, aut generali illa triticiaria, *l.* 1. *de cond. tritic.* Semper enim, ut diximus, bonum & æquum est, pretium mihi restitui ejus rei, quæ hoc jure ad alium sine facto meo pervenit, & est *arg. in l.* 11. §. *ult. l. si & me & Titium.* 32. *de reb. cred.* Ant. Contius ex manuscriptis restituit: 5 *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, §. *furtivæ.* 2. *inf. de usuc.* Quamobrem de lectione vulgata, quæ etiam Theophili est, nihil mutandum censeo, quamvis Contium sequatur Pacius in *analysi sua*, putans, condictionem contra eos, qui bona fide rem consumpserunt, non dari. Obiter & Theophili error notandus, qui scribit, condictionem furti etiam in eos dari, qui fures non sunt, quod est ἄδοξον, & miror à Fabrot. non animadversum.

Textus.

De confusione.

27. *Si duorum materiæ voluntate dominorum confusæ sint, totum id corpus, quod ex confusione fit, utriusque commune est: veluti si qui vina sua confuderint, aut massas argenti vel auri conflaverint. Sed & si diversæ materiæ sint, & ob id propria species facta sit, forte ex vino & melle mulsum, aut ex auro & argento electrum, idem juris est. Nam & hoc casu communem esse speciem, non dubitatur. Quod si fortuito, & non voluntate dominorum, confusæ fuerint, vel ejusdem generis materiæ, vel diversæ, idem juris esse placuit.*

Commentarius.

1. *Inter confundere & miscere quæ sit differentia, cum signate loquimur?*
2. *De effectu confusionis, & quarum rerum quomodo facta confusio communionem pariat?*
3. *Confusionem factam voluntate dominorum, propriè huc non pertinere.*
4. *In confusione fortuita materias confusas communicari, sive ejusdem generis sint, sive diversæ, extra quam si dedici possint. & n. 6.*
5. *Quid juris, si unus è dominis confuderit altero ignorante, aut tertius aliquis?*

DUobus modis hominum facto per accessionem rei alienæ ad res nostras nobis 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 ὑγροῖς & ξηροῖς dicuntur, quæ quovis modo permiscentur: ut videre est etiam apud nostros, *l.* 7. §. *voluntas.* 8. *hoc* 1 *tit. l.* 3. §. *ult. l.* 5. *pr. de rei vind.* Cæterum cum signatè & distinctè loqui volumus, confusionem appellamus μίξιν ὑγρῶν, cum corpora liquida aut liquefacta invicem miscentur, commixtionem μίξιν ξηρῶν, cum sicca & solida, quæ & discreta maneant: quam nominum distinctionem peperit diversi juris, quod in his obtinet, ratio. Confundi igitur propriè res dicuntur, quæ ita permiscentur, ut una ingrediatur alteram, & vicissim alterius partem in se recipiat; veluti cum vinum cum vino miscetur, aurum cum auro conflatur.
2 Effectus confusionis hic est, ut utrique domino pars alienæ rei vice mutua 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 deduci 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 3
pertinet. Neque enim communionem hic inducit rerum confusio: sed mutua dominorum voluntas res suas confundendo tacitè communicantium: argumento est, quod etsi duo frumenta sua miscuissent, idem tamen juris, licet in dissimili genere mixtionis foret, §. *seq.*

Utriusque commune est] Pro rata sc. 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. eor. qui sub tut.* Itaque quæ partes ante confusionem singulorum erant separatim, post confusionem, singulorum esse incipiunt conjunctim, ut jam intellectu magis, quam corpore partes habeant, *d. l.* 5. *de stip. serv.* nec possit amplius unus, quod suum fuit ante confusionem, separatim vindicare, sed partem duntaxat pro indiviso, puta dimidiam aut tertiam; sive, quod eodem recidit, agere communi dividundo, ut res dividatur, & pars rei divisæ, dimidia aut tertia, pro rata ponderis, quod contulit, restituatur: in quo & pretii rationem judex habebit, si unius pars pretiosior fuit, *d. l.* 3. §. *ult. l.* 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 diversæ materiæ sint &c.] Nihil refert ejusdem generis materiæ voluntate dominorum confusæ sint, an diversi. Nam & nova species, quæ naturaliter ex confusione diversarum materiarum existit, veluti ex vino & melle confuso mulsum, ex massis auri & argenti conflatis electrum, eorum communis sit necesse est, quorum consensu & voluntate materiæ confusæ sunt, & vice mutua, quod inde existit, communicatum. Ex quo etiam efficitur, ut nihil interfit materiæ separari, & species facta in sua initia reduci possit, an non possit: quæ differentia spectatur, cum jure specificationis aliquid alicui acquiri volumus.

Electrum] Plinio est aurum, cujus quinta portio argentum est. Secundas post aurum ei tribuit Homerus 4. *Odyss.* ubi regiam Menelai laudantem introducit Telemachum à splendore primum auri, deinde electri: *vers.* 73.

Χρυσὸν τ' ἠλέκτρου τε, καὶ ἀργύρου, ἠδ' ἐλέφαντος.

Vid. Plin. *lib.* 33. *nat. hist. c.* 4. Strabon. *lib.* 3.

Quod si fortuito] Hæc confusionis species propria est 4

hujus loci. Ait, in fortuita confusione idem juris esse, quod foret, si materiæ dominorum voluntate confusæ essent: nimirum etiam totum id corpus, quod ex duorum materiis casu confusis existit, commune esse eorum, quorum materiæ confusæ sunt, nec referre ejusdem generis materiæ sint, an diversæ, & ob id propria species facta sit: nam quod casu factum est, neminem sibi vindicare posse jure specificationis. Hoc item & Cajus *d. l.* 7. §. *sed etsi.* 9. *hoc tit.* Observandum autem est, & hic & apud Cajum exempla proponi earum duntaxat rerum, quæ confusæ diduci & separari non possunt: quippe quas communes facit ipsa necessitas & vis naturæ superior: nam confusio hæc eo rem deducit, ut unaquæque materia alteram in sese per omnia confusam & indiscretam habeat: unde evenit, ut vel minima pars unius partem alterius sibi habeat adjunctam, quam & necessario ad se trahat: atque hinc communio, Quod si materiæ, quæ fortè confusæ, separari possint, veluti si plumbum cum argento mixtum sit, nulla necessitas intervenit, ob quam fiat, ut una res alteram mutuo ad se trahat: sed cum ab artificibus separari possint, separabuntur: estque in eam rem non ut superiore casu, actio communi dividundo, sed ad exhibendum & in rem, *l.* 5. §. 1.
5 *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? quæ species hic omissa. Et siquidem verbi causa Titius vinum Mævii cum suo confuderit, aut cum vino Sempronii, aliasve ejusdem generis materias miscuerit, adhuc probandum est, corpus, quod ex ea confusione fit, Titii & Mævii, aut Mævii & Sempronii, commune esse; quia pristinam speciem continet, & res alium exitum naturaliter reperire non potest. Quod si diversi generis sint, quia hinc novi corporis species existit, ea tota Titii erit jure specificationis, si ad initia sua reduci non potest: si potest, suum cujusque manebit, *d. l.* 5. §. 1. *de rei vind. d. l. lacus.* 12. §. 1. *hoc tit.* vid. *sup.* §. *cum ex aliena.* 25. *eod.*

6 *Idem Juris esse placuit*] Paraphrastes vertit negativè; ὃ τὸ αὐτὸ γενήσεται. Et sanè non est idem juris per omnia: nam si materiæ casu confusæ separari possunt, nulla earum communio est, sicut jam diximus. Arbitror tamen contra Hotomannum, eodem modo hic legendum, quo legitur apud Cajum *d. l.* 7. §. *sed & si.* 9. unde hæc descripta sunt: nimirum affirmativè: & utrumque locum ex aliis cum Accursio sic temperandum, si tales materiæ fortuito confusæ sint, quæ diduci non possint: cujus etiam generis exempla, nec alia, à Justiniano & Cajo proposita sunt. Sed & Harmenopulus *lib.* 2. *tit.* 1. ἐκ τῶν ἐξ ἀλλοτρίας ὕλης γινομένων εἰδῶν affirmativè legit, τὸ αὐτὸ γενήσεται. VINN. Sed tamen, si facta confusione, species emerserit nullius usus, v. c. si vinum & cerevisia confusa sint: vix dubitandum, quin in foro confundens solus damnum sentire, alterique non partem novi istius liquoris, sed pretium rei suæ reddere teneatur. HEIN.

TEXTUS.

De commixtione.

28. *Quod si frumentum Titii frumento tuo mistum fuerit, siquidem voluntate vestra, commune est: quia singula corpora, id est, singula grana, quæ cujusque propria fuerunt, consensu vestro communicata sunt. Quod si casu id mistum fuerit, vel Titius id miscuerit sine tua voluntate, non videtur commune esse: quia singula corpora in sua substantia durant. Sed nec magis istis casibus commune fit frumentum, 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 æstimet, 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. at in his. D. de rei vind.*

Quale cujusque frumentum] Vi igitur ipsa non alia hic sententia & restitutio, quam si frumentum verè commune esset, *l.* 3. §. *ult. l.* 4. *de rei vind.*

COMMENTARIUS.

1. *Commixtionem propriè dictam ad disputationem propositam non pertinere.*
2. *Responsum Javoleni in l.* 78. *de solut. cum hoc textu conciliatum.*
3. *Comparatio mixtionis pecorum & frumentorum explicata.*

NIhil est in hoc §. quod ad institutam de accessione disputationem pertineat. Agitur de commixtione. Commixtio propriè est, cum corpora, quæ miscentur, discreta manent, & suam singula speciem retinent; velut si frumentum cum frumento, nummi cum nummis, pecora cum pecoribus, inter se misceantur. Hujus, inquam, commixtionis nunquam ea vis est, ut per eam potestate rei nostræ aliena nobis acquirantur, sive difficilis sit corporum mixtorum separatio, sive non fit: cum neutro modo fiat, ut aliquid sit in meo aut alieno, quod alterum ad se naturæ necessitate trahat. 1

Consensu vestro communicata] Quando duorum res voluntate dominorum commiscentur, communicantur illæ quidem, sic ut utrique domino pars alienæ rei vice mutua acquiratur: cæterum hoc non efficit commixtio aut accessio; sed tacita voluntas dominorum mutua traditione species suas communicantium, *hoc text. d. l.* 7. §. *voluntas.* 8. *eod. l.* 5. *de rei vind. l.* 4. *pro soc.*

Quia.

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 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 commix-
2 ti. Objici huic loco ſolet, quod Javolenus ex Cajo refert, nummos alienos in ſolutum datos creditoris accipientis fieri, ſi is eos ita miſcuerit ſuis, ut diſcerni non poſſint, *l. ſi alieni.* 78. *de ſolut.* An dicemus idem eſſe in frumento, quod quis ex ſimili cauſa acceptum bona fide cum ſuo miſcuit? At refragatur generalis definitio hujus loci, tum etiam ratio ſubjecta, & comparatio frumenti miſti, & pecorum. Plerique putant, inter nummos & frumentum hoc intereſſe, quod nummi ita commixti, ut diſcerni non 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*, 2. *inf. de uſuf.* Notum vero eſſe, conſumptione nummorum in creditum vel in ſolutum datorum cauſam dominii mutari, *l.* 13. *l. non omnis.* 19. §. 1. *in fin. de reb. cred.* Ita propemodum Accurſ. quem ſequitur communis DD. ſchola. add. D. Cujac. 13. *obſerv.* 28.

Quam grex intelligitur eſſe communis] Exemplo pecorum alienorum gregi meo miſtorum docet, frumenta quoque ſine voluntate dominorum miſta, ſua cujuſque manere, neque in acervo facto quicquam eſſe
3 commune: quippe eandem rationem eſſe ſingulorum granorum in acervo, quæ eſt ſingulorum pecorum in grege: utrumque eſſe corpus non ἀνωμένον aut συνημμένον, ſed διεσῶς, 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 facilè diſcerni poſſunt, & ob id ſingula vindicari; *d. verſ. at in his.* grana autem commixta non item. Qua ratione putarem, ne voluntaria quidem pecorum miſtione gregem communem fieri, niſi id expreſſè actum proponatur.

In rem actio pro modo frumenti] Ubi res communis non eſt, ceſſat communi dividundo judicium. *l.* 1. *com. div.* ſicut in propoſito. Cæterum nec grana ipſa, quæ cujuſque ante commixtionem fuerunt, vindicari potuerunt, quia diſcerni & deſignari nequeunt: nec pars acervi; quod non licet niſi in acervo communi; ſed quantum in acervo cujuſque fuit atque etiam nunc eſt, *l.* 5. *pr. de rei vind.* Nec refragatur actionis in rem natura, quæ exigit, ut res, quæ petitur, deſignetur, *l.* 6. *d. tit.* ſatis enim deſignari videntur grana petita hoc ipſo, quod deſignantur certo loco atque acervo contenta & circumſcripta. Tantum laborabitur in exitu judicii & reſtitutionis.

Quale cujuſque frumentum] Igitur ſi unius frumentum fuerit pretioſius, officio judicis continebitur, ut ejus quoque ratio habeatur, & hoc amplius ferat is, cujus frumentum pretioſius fuit, vel ex acervo, vel certæ pecuniæ adjudicatione: ut ſic omni ex parte utrique ſatisfiat, *arg. l.* 4. *de rei vind.* §. *eadem.* 5. *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.

TEXTUS.

De his quæ ſolo cedunt. De ædificatione in ſuo ſolo ex aliena materia.

29. *Cum in ſuo ſolo aliquis ex aliena materia ædificaverit, ipſe intelligitur dominus ædificii: quia omne quod ſolo inædificatur, ſolo cedit. Nec tamen ideo is, qui materiæ dominus fuerat, deſinit dominus ejus eſſe: ſed tantiſper neque vindicare eam poteſt, neque ad exhibendum de ea re agere, propter legem duodecim tabularum, qua cavetur, ne quis tignum alienum ædibus ſuis junctum eximere cogatur, ſed duplum pro eo præſtet, per actionem, quæ vocatur,* de tigno juncto. *Appellatione autem tigni omnis materia ſignificatur, ex qua ædificia fiunt. Quod ideò proviſum eſt, ne ædificia reſcindi neceſſe ſit. Quod ſi aliqua ex cauſa dirutum ſit ædificium, poterit materiæ dominus, ſi non fuerit duplum jam conſequutus, tunc eam vindicare, & ad exhibendum de ea re agere.*

NOTÆ.

Nec tamen, &c. deſinit dominus eſſe] Ergo hoc caſu qui ædificavit, dominus eſt ædificii, alius dominus materiæ, ex qua conſtat, *l.* 7. §. 2. *D. de re 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 tign. junct.* niſi adverſus malæ fidei ædificatorem, *d. l.* 23. §. *pen.* tanquam qui dolo malo fecerit, quo minus poſſideat, *d. l.* 1. & *l.* 2. *de tign. junct.*

Eximere cogatur] Ne ſcil. ædificia reſcindi neceſſe ſit, ut mox ſequitur. Poteſt igitur dupli præſtatio evitari, ſi quis tignum eximere malit, & domino reſtituere, neque enim id facere prohibetur; dum ne ruina ædium deformetur publicus urbis adſpectus, *l.* 2. *C. de ædif. priv.* Eadem lege prohibetur ſolutio tigni alieni vineis juncti, ne ſc. turbetur cultura vinearum. *d. l.* 1. *de tign. junct.*

Si non fuerit duplum conſecutus] In caſu malæ fidei etſi conſecutus fuerit. Nam qui ſciens junxit, non liberatur præſtatione dupli, ſed eſt adverſus eum extrinſecus adhuc rei vindicatio; *l.* 2. *de tign. junct.* Pœnalis enim eo caſu hæc actio eſt.

COMMENTARIUS.

1. *Non continuo eum, qui ædium dominus sit dominum esse & singulorum tignorum.*
2. *Actionem de tigno juncto dari etiam in duplum adversus eum, qui bona fide junxit.*
3. *Præstationem dupli evitari posse tigni exemptione & restitutione.*
4. *Actionem de tigno juncto, apud nos exoleviſſe.*

DIximus non ita pridem, duobus modis contingere, ut res alienæ rebus noſtris facto hominum accedentes nobis adjiciantur, confuſione, de qua proximè loquuti ſumus, & conjunctione. Conjunctionem appellamus, cum duæ res ita conjunguntur, ut cohæreant, & unum corpus conſtituant, integra 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.* 26. *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 ea res, quæ per ſe conſiſtere poteſt; inferior, quæ imponitur, & ſine illa conſiſtere non poteſt, ita & eadem ratione fit, ut hæc ab illa per prævalentiam trahatur, illique ut præſtantiori cedat; ac proinde utriuſque dominus efficiatur, qui dominus fuerat præſtantioris, *l. 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.* 10. *hoc tit. d. l. in rem.* 23. §. *pen. & ult. de rei vind. l.* 2. *de ſuperf. l. qui domum.* 50. *ad leg. Aquil. l.* 2. *C. de rei vind.* idque ſive dominus ſoli ex aliena materia ædificaverit in ſuo, ſive è converſo dominus materiæ ædificaverit in ſolo alieno, *d. l.* 7. §. *ex diverſo.* 12. *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 cohæreat. Nam ſi Titius exempli gratia horreum frumentarium ex tabulis ligneis factum mobile in prædio Seji poſuerit, id non Seji erit, ſed Titii, qui poſuit, *l. 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 offendat, ſciendum eſt, pro diverſa materiæ conſideratione utrumque dici poſſe, & dominum ædificii materiæ quoque dominum effici, & materiam prioris domini manere? Etenim ſi tigna vel cæmenta conſideremus, ut juncta & connexa ædificio, hac conſideratione quamdiu juncta 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 dominus jus ſuum amiſiſſe: & ideo ea tigna, licet juncta 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, eoque nec uſucapere, *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 quæſitum erat: verbi cauſa, tigna aut tabulas ex aliena arbore fabricatas & mox injunctas 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.* 23. §. *pen. de rei vind. l.* 6. *ad exhib. l.* 1. *de tign. junct.* in quo diverſum jus eſt tigni injuncti, & verbi cauſa gemmæ injunctæ annulo alieno: ea enim licet, quamdiu cohæret, vindicari nequeat, ad exhibendum tamen eo nomine agi poteſt, ut eximatur, & tunc vindicetur, *d. l. in rem.* 23. §. *item quæcunque.* 5. *de rei vind. d. l.* 6. *ad exhib.* videſis 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.* 10. *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 ædif. priv.* quarum illa principalis eſſe videtur, & rationem finis unicique legis propoſiti habere; hæc συναίτιον & 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

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.* 10. 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 res.* 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 ſit conſecutus: nam adverſus eum, qui ſciens junxit ut furem, præter actionem dupli extrinſecus adhuc eſt rei vindicatio, *l. ult. de tign. junct.* §. *ult. inf. de obl. quæ 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 conſecuturus eſſet actione in factum, quæ ſublata vindicatione adhuc ſupererat? *d. l.* 23. §. *item quacunque.* 5. *de rei vind.* Huic autem ſententiæ duo obſtare videntur. Primum eſt, quod lex de tigno furtivo locuta eſt, *d. l. de eo.* 63. *de don. int. vir. & ux. d. l.* 1. *de tign. junct.* alterum, quod iniquum videtur, eum, qui bona fide junxit, in duplum teneri. Quibus hæc reponimus; primo etiam tignum, quod ab alio ſurreptum, ab alio bona fide junctum eſt, furtivum eſſe, vitio furti rem comitante. 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 ruinæ ædium ſuarum.

3 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 eum ſummo damno ædificantis neceſſe ſit, *hoc text.* & apud Cajum. *d. l.* 7. §. *cum in ſuo.* 10. *hoc tit. l.* 2. §. *ſi quis.* 17. *l. ult. ne quid. in loc. publ.* unde alii loci explicandi ſunt, quibus traditur, legem prohibere, vetare, non permittere tignum ſolvi. *l.* 6. *ad exhib. l.* 1. *de tign. junct. l. qui res.* 98. *in fin. de ſolut.* 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 tign. junct.* Equidem fateor etiam publici decoris & ornamenti rationem hac in re habitam fuiſſe, ne ſcilicet ædium demolitione & ruinis adſpectus deformaretur: cæterum ut hæc conſideratio extrinſecus legem moverit, non fuiſſe tamen τὸ δι' ἔνεκα, ſive cauſam, cujus gratia tignum eximi vetuerit, non obſcurè ex eo colligitur, quod alioqui dicendum eſſet, nunquam licere civibus ædificia ſua demoliri, aut tignum inde eximere: quod falſum eſt, *l. ſin autem.* 27. §. *ult. l. Julianus.* 37. *de rei vind. l.* 5. *in fin. C. eod. l. pro voluptariis.* 9. *de imp. in res dot.* Sed nec quævis tigni exemptio ſecum trahit ruinam ædificii: unde fortaſſis non improbabiliter defendi poſſit, eundem fuiſſe ſcopum legis 12. tabularum, qui fuit ſenatuſconſulti, quo cautum eſt, ne ea, quæ ædibus juncta ſunt, legare liceat, neve negotiandi cauſa ædificia demoliri, aut marmora, columnas, aliave tigna detrahere; *l. cætera.* 41. §. 1. *l. ſenatus* 43. *de legat.* 1. *l. ſenatus.* 52. *de cont. empt. l. ult. de damn. inf.* non alia de cauſa quam ut ne integris ædificiis depoſitis publicus deformetur aſpectus, *l.* 2. *C. de ædif. priv.* ac proinde quemadmodum in ſenatuſconſultum non incidit, qui quid detrahit citra metum ruinæ, ita nec offendere legem antiquam, qui ut condemnationem dupli evitet, tignum eximere malit, modo id faciat ſine periculo ruinæ. Ad hunc 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 4
de tigno juncto exolevit, conſuliturque domino materiæ actione in factum ad pretium conſequendum, Grot. 2. *introd. c.* 10. Zypæ. *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 tign. junct.* VINN. Multæ hic naſcuntur quæſtiones non parum dubiæ, nos binas videbimus. Quæritur an actio de tigno juncto detur adverſus bonæ fidei poſſeſſorem? Quamvis enim id adfirmet Juſtinianus: obſtare tamen videtur (1.) quod lex XII tabularum tantum egerit de tigno furtivo. *l.* 1. §. 2. *l.* 2. *ff. de tign. junct. l.* 63. *ff. de donat. inter vir. & ux.* (2.) quia hæc actio de tigno juncto ſit pœnalis, adeoque locum non habeat adverſus eum, qui nihil deliquit. (3.) quod Paullus, *l.* 98. §. *ult. ff. de ſolut.* diſerte dicit adverſus b. f. jungentem actionem dari in ſimplum. Sed reſp. (1.) XII. tabulas non abſciſſe meminiſſe tigni furtivi. Verba enim hæc ſervavit Feſtus: *Tignum junctum ædibus vineaque ne concapET ne ſolvito.* Addidit Gothofredus. *Aſt qui junxit, duplione damnator. Tigna quando-quo ſarpta, donec demta erunt, vindicato.* Unde exempli tantum cauſſa JCti meminerunt tigni furtivi. (2.) Quod hæc actio, quamvis pœnalis etiam adverſus b. f. jungentem datur, ratio eſt culpa, quæ & in b. f. jungentem cadere poteſt. Ita recte B. Pagenſtecher. in *Irner. inj. vapul. coit.* XXXIV. §. 7. (3.) In lege 98. *de ſolut.* non negatur duplum peti poſſe, ſed pretium refundendum eſſe, cenſetur. Quæritur III.

an jungens exemto tigno liberetur? Adfirmat noſter: adfirmant alii. Sed legem XII. tab. prohibitivam fuiſſe, patet ex *l. 6. ff. ad exhib. l. 1. de tign. junct. & l. 98. fin. de ſolut.* Et ratio, ne urbs ruinis deformetur, vel ne ædificia diſſolvantur, non admittit, ut dicamus in arbitrio eſſe jungentis, tignum eximere, an duplum ſolvere malit. *l. 63. de don. inter vir. & ux.* loquitur de eo qui ſciente & patiente domino junxit. HEIN.

Omnis materia, ex qua ædificia fiunt] Traditur hoc idem & in *l. tigni. 7. ad exhib. l. tigni. 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 tign. junct.*

Tunc eam vindicare] Etiamſi poſt tempus uſucapionis diſſolutum ſit ædificium: nam qui ædes poſſidet, non intelligitur ſingula tigna poſſidere, ut notatum *ſup. n. 1. l. 23. §. ult. de rei vind. l. 33. de acquir. poſſ. l. 23. de uſur.*

TEXTUS.

De ædificatione ex ſua materia in ſolo alieno.

30. *Ex diverſo, ſi quis in alieno ſolo ex ſua materia domum ædificaverit, illius fit domus, cujus & ſolum eſt. Sed hoc caſu materiæ dominus proprietatem ejus amittit, quia voluntate ejus intelligitur eſſe alienata; utique ſi non ignorabat, ſe in alieno ſolo ædificare: & ideò licet diruta ſit domus, materiam tamen vindicare non poteſt. Certè illud conſtat, ſi in poſſeſſione conſtituto ædificatore, ſoli dominus petat, domum ſuam eſſe, nec ſolvat pretium materiæ & mercedes fabrorum, poſſe eum per exceptionem doli mali repelli, utique ſi bonæ fidei poſſeſſor fuerit, qui ædificavit. Nam ſcienti ſolum alienum eſſe, poteſt objici culpa, quod ædificaverit temere in eo ſolo, quod intelligebat alienum eſſe.*

NOTÆ.

30. *Ex diverſo*] Ex Cajo *l. 7. §. 12. D. h. t.*

Si non ignorabat] Nam ſi ignoravit, quamvis ædificium ſequatur ſoli dominum, materiæ proprietatem non amittit, & eam diruto ædificio vindicare poterit, *l. 2. D. de rei vind.*

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. de rei vind.* Cujacius tamen incerti condictionem dat, id eſt, poſſeſſionis.

Poteſt objici culpa] *l. 37. D. de rei vind.* Hoc tamen ei concedendum, ut ſine læſione prioris ſtatus rei tollat quod poſuit, *d. l. 37. l. 5. C. eod.*

COMMENTARIUS.

1. *Quantum ad materiam attinet, jus variare pro conditione perſonarum ex ſua materia in alieno ædificantium.*
2. *Non ſemper eum, qui in alieno ſciens ædificat, donandi animo ædificare intelligi.*
3. *Ædificatorem in poſſeſſione conſtitutum pretium materiæ & impenſas ſervare poſſe oppoſita doli mali exceptione.*
4. *Non poſſidenti nullam eo nomine actionem jure proditam.*
5. *An malæ fidei poſſeſſor pretium materiæ & impenſas eadem ratione ſervare poſſit.*

EXplicatur hic ſpecies ſuperiori contraria. Illic quæſitum fuit de eo, qui ex aliena materia ædificavit in ſolo ſuo: hic quæritur de eo, qui ex ſua materia ædificavit in ſolo alieno. De quo ex perſonis ædificantium & temporè variè conſtituitur, quantum quidem attinet ad materiam & impenſas in ædificando factas: nam ad ædificii acquiſitionem quod attinet, inter perſonas ædificantium nihil intereſt, ſed illius ſemper fit domus, cujus eſt ſolum, juxta regulam jam traditam & expoſitam §. *præced.*

Utique ſi non ignorabat] Quum non de ædificio ipſo, ſed aut de materia, aut de pretio materiæ aliiſve impenſis conſequendis quæritur, non eadem omnium ædificantium in propoſito ratio eſt: ſed alia ejus, qui bona fide, dum ſuum putat, alia ejus, qui ſciens prudens in alieno ædificavit. De materia ita jus eſt. Qui ex ſua materia in alieno ſolo ædificavit bona fide, is, quamvis ædificium quod poſuit, ſolum ſequatur, ac per hoc dominum ſoli, materiæ tamen proprietatem non amittit, *arg. hujus* §. in verbis à me notatis. Et ideo licet manente ædificio nullam de materia neque actionem neque exceptionem habeat, quibus conſequi poſſit, ut materia ſeparetur & ſibi reddatur, propter legem 12. tabb. de æſtimatione tamen ei conſultum eſt, de quo mox; & ædificio diruto poterit ipſam materiam vindicare, *l. 2. C. de rei vind.* Qui autem ex ſua materia in alieno ædificavit mala fide, placet eum proprietatem materiæ amittere, in tantum, ut ne diruto quidem ædificio eam vindicare poſſit. Cujus rei rationem hanc affert hic Juſtinianus poſt Cajum in *l. 7. §. ex diverſo. 12. hoc tit.* quod ſua voluntate materiam intelligatur alienaſſe, id eſt, donaſſe domino ſoli. Nimirum hæc juris adverſus eum, qui non ignorat ſe in alieno ædificare, præſumptio eſt, *arg. l. 14. de donat. l. cujus per errorem. 53. de reg. jur.* Cæterum ſi qua probabilis conjectura ſit, ob quam videri poſſit, licet ſciens, non tamen animo donandi ædificaſſe, diſſoluto ædificio materiam vindicare non prohibetur, *l. 2. C. de rei vind.* Finge, aliquem in aliena area ædificaſſe, cujus bonæ fidei emptor fuit: verum ædificaſſe quo tempore jam ſciebat alienam: negabo id eum animo donandi feciſſe. Quippe cum ſpem haberet fore, ut aream uſucaperet, *arg. l. Julianus. 37. de rei vind.* Finge ædificaſſe in ſolo litigioſo: dicam id ſui juris poſſeſſioniſque tuendæ cauſa feciſſe, non animo donandi, per *d. l. 2. C. eod. tit.* Finge denique, colonum aut inquilinum ædificaſſe in area conducta, dicam id factum eſſe, quo commodius re conducta uterentur, aut in ea habitarent, non quod materiam domino donare voluerint, *l. dominus.*

55. §. 1. *locat.* Sed etsi quis mala fide in alieno ædificavit, dum ex materia item non sua, æquum est, soluto ædificio materiam ad pristinum dominum redire, *arg. d. l.* 2. Atque hæc etiam communis interpp. sententia est: vid. Wes. Mynsi. Schneid. Cantiunc. *hic.* Bald. Salic. Sichart. ad *d. l.* 2. Fachin. 1. *controvers.* 55.

Si in possessione constituto ædificatore, &c.] Cum igitur stante ædificio ædificator, cujuscumque generis sit, nullam, ut dictum est, actionem aut exceptionem habeat, quâ materiam ipsam consequatur, quæsitum est de materiæ æstimatione, cæterisque impensis, quæ in ædificando factæ sunt, anne eas saltem ædificator remedio aliquo consequi possit. Atque hic iterum aliud atque aliud pro circumstantia temporis & conditione ædificantium servatur. Primum refert, possideat
3 ædes ædificator, an non possideat. Si possidet, placet, eum impensas servare posse per retentionem, opposita doli mali exceptione, si dominus ædificium vindicet non oblata restitutione impensarum. Et hoc est, quod Jurisconsulti in *d. l.* 7. §. *ex diverse.* 12. & Imp. hic ajunt, *Si in possessione constituto ædificatore soli dominus petat domum suam esse, nec solvat pretium materiæ, posse eum per exceptionem doli mali repelli*, nimirum quia dolo malo facit & contra æquitatem naturalem, qui postulat cum alieno damno & injuria fieri locupletior, *l. 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. in fundo.* 38. *de rei vind.* & ita demum si fructuum ante litem contestatam perceptorum modum excedant, *l. sumptus* 48. *eod.* Nam qui suum tantum recipere vult, nihil dolo facit, *l. nihil dolo.* 129. *de reg. jur.* nec studet cum aliena jactura locupletari, qui hoc tantum agit, ut pro quantitate fructuum perceptorum impen-
4 sæ minuantur. Si non possidet, nulla ei actio jure prodita est, qua pretium materiæ aut sumptus à se factos consequatur. Id adeo ita esse, remotio actionum, quæ hic esse possint, declarabit. 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 quæcumque* 5. *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 differit Jul. *l. si in area* 33. *de cond. ind.* qui possessionem ultro domino tradit, nullum cum eo negotium gerit, nihil in eum confert: tantum quod suum est dominus suo jure recipit. In quam rem extat & generalis definitio Pomponii, ex quibus causis retentionem quidem habemus, petitionem autem non habemus, ea si solverimus, repeti non posse, *l. ex quibus.* 51. *d. tit.* Sed non opus est hac inductione: de singulis si quis dubitet, constanter veteres omnes scribunt, nullo alio modo impensas in rem alienam factas servari posse, quam per retentionem, opposita doli mali exceptione, si res à domino vindicetur, Papinian. *l. sumptus.* 48. *de rei vind.* Julian. *d. l. si in area.* 33. *de cond. ind.* Paul. *l.* 14. *de dol. mal. exc.* Pompon. *l. hæres.* 21. *ad sen. Treb.* Quamobrem cum hoc remedium nulli alii competere possit, quam possidenti; nobis non licet contra manifestam rationem juris & textus expressos aliud excogitare, quo subveniatur etiam non possidenti, data scilicet ei ultro pro consequendis impensis actione, idque solo æquitatis obtentu, deficiente causa & fundamento, in quo actio radicetur, per *l.* 1. *C. de legib.* scilicet facilius alicui actione instituta per officium judicis succurritur in eodem judicio, quam ut inducatur actio, quæ non nisi ex certis principiis juris nascitur: ac proinde etsi hic sit aliqua obligatio naturalis, quam inducit æquitas, tamen sola naturalis obligatio actionem non producit, nisi jure civili aut prætorio adjuvetur, Ant. Fab. 26. *err.* 9. *& seq.* Tim. Fab. *anniversf. disput.* 13. *th.* 3. Existimat quidem D. Cujac. 10. *obs.* 4. posse non possidentem condictione incerti possessionem repetere, atque ita adhuc contra agentem opposita doli mali exceptione sumptus servare. *arg. l. indebiti.* 15. §. 1. *l. qui exceptionem.* 40. §. 1. *de cond. ind.* Sed multum interest, utrum quis in rem alienam, qua talem, & quam scit se restituere debere, ac proinde animo alium sibi obligandi impensas faciat, de quo casu dd. textus loquuntur; an suo nomine tanquam in rem propriam, qui casus hic proponitur, per text. in *d. l.* 14. §. 1. *comm. div. l.* 5. *C. de rei vind.* Fallitur quoque Martinus Glossator eumque secutus Gœd. in *l. impensæ.* 79. *de verb. sign.* dum non possidenti utilem actionem negotiorum gestorum dant. *arg. l.* 9. §. 3. *de neg. gest. l.* 8. *de pign. act. l.* 7. §. *ult. sol. matr.* Nam in *d. l.* 6. §. 3. agitur de eo, qui ad res alienas tanquam alienas gerendas accessit, licet eo animo, ut inde lucrum faceret, aut quasdam interverteret. In reliquis duabus de 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 rerentionem videlicet & exceptionem: quippe verbum repetitionis, uti & petitionis, etiam ad eum pertinet, qui exceptione utitur, *l.* 1. *de except. l.* 15. *rat. rem. hab.* neque aliter in *d. l.* 5. accipi potest, ubi agitur de ædificatore constituto in possessione, D. Don. 20. *comm.* 7. *post* Cyn. Cast. Salic. in *d. l.* 5. Martini tamen sententiam æquitatis commendatione nunc in judiciis prævalere, saltem quatenus dominus locupletior factus est, scribit D. Carol. Molin. *ad consuet. Paris. tit.* 1. §. 1. *gloss.* 5. *n.* 82. *& seqq.* quod promtius admittendum in eo, qui bona fide in alieno ædificavit, per *l. si & me & Titium.* 32. *de reb. cred.* Paul. Bus. ad *l.* 33. *de cond. in-*
debi.

deb. Diod. Tulden. *hic c.* 58. nam & hic diruto ædificio materiam ipsam vindicare non prohibetur, add. Garz. *de expens. & meliorat. c.* 1. *n.* 24. *& c.* 7. Zypæ. *notit. jur. Belg. de rei vind.*

Utique si bonæ fidei possessor fuerit, &c.] Non satis est ad servandas impensas ædificatorem in possessione constitutum esse, nisi factæ sint bona fide, malæ fidei possessori hæc impensarum deductio denegata est, *l. Julianus.* 37. *de rei vind. l. idque.* 45. §. 1. *in fin. de act. emp. l.* 5. *C. de ædif. 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 judicis æquitatis ratione servari, si à bonæ fidei possessore facti sint; ut intelligamus in malæ fidei possessore ne æquitatis quidem ratione eo pacto servari debere. Etenim si is item simili se exceptione tueri velit adversus dominum vindicantem, culpam ei objici posse & à domino replicari, quod temerè & sciens ædificaverit in alieno solo, *hoc text. & l.* 7. §. *ex diverso.* 12. *eod. l. Julianus.* 37. *de rei vind.* Denique sumptus per errorem factos hac ratione servari posse, *l. sin autem.* 27. §. *ult. d. tit.* qui improbè facti sunt, restituendos non esse, *l.* 5. *C. de ædif. priv.* Quid igitur est, quod Paulus scribit *l. plane.* 38. *de hær. pet.* etiam in prædonis persona haberi rationem impensarum, ne petitor ex aliena jactura locupletetur? Non distinguam, ut vulgo, inter petitionem hæreditatis & specialem actionem in rem; neque enim adhuc ulla ratio mihi probabilis visa, cur in proposito hæc judicia separentur: sed animadvertendum est, Paulum non simpliciter dicere, etiam prædonem impensas deducere, aut imputare, sive per retentionem oppositæ 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.* 37. *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 impensæ deducentur, ne quod ait Paulus ex aliena jactura petitor lucrum sentiat: quæ ratio in utilibus impensis hoc demum casu locum habet, non autem si paratus sit petitor pati ut tollantur. Ita D. Ant. Fab. 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 definierit Jurisconsultus de utilibus tantum: & tam utiles simpliciter, quam quæ simul necessariæ sunt, intellexisse Jurisconsultum, ostendunt exempla, quæ in *l.* 39. *eod. tit.* mox proferuntur: inter quæ & litis æstimatio servorum gratia soluta; quæ utique utilis tantum impensa est, non etiam necessaria. Quæstio universa de retentione rei ob 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.* 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. *dec.* 174.

TEXTUS.

De Plantatione.

31. *Si Titius alienam plantam in solo suo posuerit, ipsius erit. Et ex diverso, si Titius suam plantam in Mævii solo posuerit, Mævii planta erit: si modò utroque casu radices egerit: antè enim quam radices egerit, ejus permanet, cujus fuerat. Adeò autem ex eo tempore, quo radices egerit planta, proprietas ejus commutatur, ut si vicini arbor ita terram Titii presserit, ut in ejus fundum radices egerit, Titii effici arborem dicamus: ratio enim non patitur, ut alterius arbor esse intelligatur, quam cujus in fundum radices egerit. Et ideò circa confinium arbor posita, si etiam in vicini fundum radices egerit, communis fit.*

NOTÆ.

31. *Si modo utroque casu radices*] Quia ex eo tempore, non solum ut superficies solo adhæresci, & cum solo unum corpus constituit, *l.* 40. *D. de act. empt.* sed etiam ex solo alimentum trahit: unde nec eadem arbor, quæ in alieno solo coaluit, manere intelligitur, nec 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 diviso.* Cujac.

COMMENTARIUS.

1. *Proprietatem arboris transplantatæ post coalitionem ita immutari, ut ne eruta quidem ad priorem dominum revertatur.*
2. *Quomodo priori domino consulatur de pretio plantæ, primum ei, qui alienam posuit in solo suo, deinde & qui suam posuit in alieno.*
3. *Pomponius cum Cajo & Justiniano conciliatus.*

SEcunda species cessionis propositæ est plantarum positarum 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 Mævii solo posuerit, Mævii plan-*

ta erit; ſi modo utroque caſu radices egerit: ante enim quam radices egerit, ejus permanet, cujus fuerat. Tria ſunt, quæ his verbis docemur. Primum eſt, plantas in alieno ſolo poſitas ejus manere cujus fuerant, uſque dum radices egerint: alterum, ex quo radices egerint, ſolo cedere & incipere ejus eſſe, cujus eſt ſolum: tertium, nihil in propoſita ſpecie intereſſe, utrum quis in ſuo ſolo plantam alienam poſuerit, an in ſolo alieno plantam ſuam. Ratio ceſſionis ſupra eſt expoſita: cui etiam hæc accedit, quod plantæ non tantum in ſolo conſiſtant, ſed ubi radices egerint, etiam ex eo ſolo alimentum capiant & ſuccum, citra quem vivere ac vegetari non poſſunt, *l. 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. §. *Alfenus* 2. *de damn. inf.* nam radicum immiſſione fit, ut plantæ cum terra coaleſcant & uniantur, ut jam earum non ſit ſeparatum à fundo corpus, *l. Q. Mucius.* 40. *de act. empt.* 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
1 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.* 26. §. 2. Quamobrem nec ei ſic conſultum eſt, ut domino materiæ, quæ juncta eſt alieno ædificio: quippe quam dominus, cum eadem maneat & ſuo ſenſu ejuſdem, diruto ædificio vindicare poteſt: *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.* 26. §. 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*
2 *rei vind. l.* 5. C. *eod.* vid. §. *præced.* Cæterum æquum eſt, adverſus eum, qui alienam arborem in ſuum transtulit, de pretio ſaltem priori domino arboris conſuli, ne ſic res ei pereat alieno facto, ut nec æſtimationem conſequatur. Dabimus ergo ei actionem in factum ex definitione. *l. in rem.* 23. §. *item quacunque.* 5. *de rei vind.* Varus & Nerva utilem in rem dabant, *l.* 5. §. *de arbore.* 3. *d. tit.* nimirum pretii conſequendi gratia: nam directam in rem non habet, *l.* 9. §. *Alfenus.* 2. *de damn. infect.* Adverſus eum, qui mala fide tranſtulit, eſt etiam actio furti & condictio furtiva, ut adverſus furem, §. *ult. inſ. de obl. quæ ex del.* Eſt & vindicatio & ad exhibendum, non quaſi adverſus poſſidentem, ſed quaſi qui deſierit poſſidere, *l.* 1. *in fin. & l.* 2. *de tign. junct.* At ſi quis ſuam plantam poſuerit in alieno, hic eadem obtinebunt, quæ diximus de eo, qui ex ſua materia in alieno ædificavit. Igitur ſi poſſeſſione excidit, nullam de pretio arboris aut ſumptibus à ſe factis actionem habet: nam nec in factum dari poteſt; quia hæc eſt de damno alii dato: ſolum hoc ei relinquitur, ut ſi bona fide poſuit, & adhuc in poſſeſſione eſt, æſtimationem & ſumptus ſervet per doli mali 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. §. præced.*

Ut in ejus fundum radices egerit.] Sic nimirum ut tota jam ex terra Titii alatur: quod aliquando contingere poteſt; veluti ſi veteribus radicibus exareſcentibus aut putreſcentibus novas arbor in vicini fundum projiciat, ita ut jam omne alimentum ex terra vicini 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 ut tota inde alatur; ſed novam quæ fortè ex ramis in terram Titii depreſſis exurgat. Ait enim Juſtinianus, proprietatem arboris commutari; quod omnino de vetere arbore, quæ ante vicini erat, accipiendum eſt: & quod ſequitur de arbore prope confinium poſita, eam communem fieri, ſi in vicini quoque fundum radices egerit, non de alia accipi poteſt, quam quæ antea fuerat tota unius.

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, ejus tamen manet, cujus in fundo origo ejus fuit; eo quod radices magis juxta arboris truncum ſpectandæ, quam partes earum extimæ. Et ita Pomponius in *l.* 6. §. *ult. arb. furt. cæſ.* cum Cajo & Juſtiniano conciliandus. D. Pac. *in analyſ. hic.* VINN. Immo diverſas fuiſſe adparet Caji & Pomponii ſententias. Cajus nec trunci nec ramorum rationem habet: Pomponius ſolius trunci. Germani fere ad ramos reſpiciunt, ut fructus in tantum ſint communes, in quantum in utriuſque fundum propendent rami. Jus Prov. Sax. *Lib. II. Art.* 52. Simile quid ex ſtatuto Ultrajectino & moribus obſervari in provinciis Belgicis, notavit B. Huber. *Præl. h. t.* §. 41. HEIN.

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.* rectèque monet D. Cujac. *hic in d. l. pro regione.* 8. *hoc tit.* legendum eſſe, *& ſunt pro diviſo communia prædia*; non ut in codice Piſano legitur, *pro indiviſo.* Et vero confinium non eſt, niſi in fundis vicinis, qui finibus diſcreti ſunt.

TEXTUS.

De Satione.

32. *Qua ratione autem plantæ, quæ terræ coaleſcunt, ſolo cedunt, eadem ratione frumenta quoque, quæ ſata ſunt, ſolo cedere intelliguntur. Cæterum ſicut is, qui in alieno ſolo ædificavit, ſi ab eo dominus petat ædificium, defendi poteſt per exceptionem doli mali, ſecun-*

dum ea, quæ diximus: ita ejuſdem exceptionis auxilio tutus eſſe poteſt is, qui alienum fundum ſua impenſa bonâ fide conſevit.

NOTÆ.

32. *Bona fide conſevit.*] Addendum hoc Cajo *d. l.* 9. *pr.* nam bonæ fidei poſſeſſori tantum hæc exceptio competit; *d. l.* 11.

COMMENTARIUS.

TErtia ſpecies acceſſionis, ſuperiori planè ſimilis, eſt frumentorum, quæ in alieno fundo ſata ſunt: nemo enim unquam dubitavit, quin ſi in meo fundo tuum frumentum ſeverim, ſegetes meæ fiant: & ex diverſo, ſi tuum fundum meo frumento conſeverim, tuæ fiant: non enim ſemen, quod injectum ſolo eſt, amplius inſpici placuit, ſed ſolum, in quod injectum eſt, & corpus unde ſegetes naſcuntur, *l. qui ſcit.* 25. *in pr. & §.* 1. *de uſur.* Quibus autem modis domino plantæ, quæ in aliena terra coaluit, conſulitur, iiſdem & domino injecti ſeminis. Igitur ſi quis ſuum fundum alieno ſemine bona fide conſeverit, non poterit dominus ſeminis alia actione, quam in factum æſtimationem conſequi: adverſus eum autem, qui idem fecerit mala fide, eſt actio furti & condictio furtiva: eſt & in rem & ad exhibendum, ut adverſus eum, qui dolo malo deſiit poſſidere. Quod ſi quis alienum fundum ſuis impenſis conſeverit, ſiquidem bona fide, is, ſi in poſſeſſione ſit, poterit per retentionem impenſas à ſe factas ſervare oppoſita doli mali exceptione, ſi res vindicabitur, *l.* 9. *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.*

TEXTUS.

De Scriptura.

33. *Literæ quoque licet aureæ ſint, perindè chartis membraniſve cedunt, ac ſolo cedere ſolent ea, quæ inædificantur, aut inſeruntur. Ideoque, ſi in chartis membraniſve tuis carmen vel hiſtoriam vel orationem Titius ſcripſerit, hujus corporis non Titius, ſed tu dominus eſſe videris. Sed ſi à Titio petas tuos libros, tuaſve membranas, nec impenſas ſcripturæ ſolvere paratus ſis, poterit ſe Titius defendere per exceptionem doli mali, utique ſi earum chartarum membranarumve poſſeſſionem bonâ fide nactus eſt.*

COMMENTARIUS.

HÆc quarta ſpecies eſt hujus generis acceſſionis. Ait, literas, licet aureas, chartis membraniſve cedere, perinde ac ſolo cedunt quæ inædificantur aut inſeruntur, ut nimirum totius corporis idem ſit dominus, qui & chartæ & 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.* Etſi 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 comparationem: non enim ſicut area ædium, ita & chartam carminis vel hiſtoriæ in ea ſcriptæ partem eſſe. Chartam ex earum rerum numero cenſendam, quæ uſu delentur: nam eam ſcriptura impoſita quodammodo interire & conſumi; atque ob id ſufficere debere, ſi domino æquè bona reddatur aut ſolvatur ejus æſtimatio. Sanè perquam iniquum & abſurdum videri, eum, 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 fortè 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 prævalentiam ſcriptura trahat, teſtis poſt alios Mynſing. *hic.* ex noſtris Grotius *lib.* 2. *manuduct. c.* 8. add. Diod. Tuld. *hic. c.* 38.

Poterit ſe Titius defendere per exceptionem] Scribenti niſi chartam poſſideat, ſcriptura ſua perit: nam neque vindicare eam poteſt, quia totum vindicaret, quod illius non eſt: nec ad exhibendum agere, ut ſcriptura ſeparetur, quod fieri non poteſt. In factum quoque actionem non habet, non magis quam cæteri, qui in alieno quid poſuerunt, quod ſolo ceſſerit: adeoque ipſe ſuo ſibi facto ſcripturam adimit, dum chartæ adjicit, cujus dominus eam à re ſua accipit, ut dominus ſoli à ſolo accipit ædificata & ſata, *l. ſi in area.* 33. *de cond. ind. l.* 11. *C. de rei vind.* Tantum exceptio doli bona fide poſſidenti relinquitur, ut per retentionem rei impenſam ſcripturæ conſequatur, *d. l.* 9. §. 1. *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.

TEX-

Textus.

De pictura.

34. *Si quis in aliena tabula pinxerit, quidam putant tabulam picturæ cedere: aliis videtur picturam (qualiscunque sit) tabulæ cedere: sed nobis videtur melius esse, tabulam picturæ cedere. Ridiculum est enim, picturam Apellis vel Parrhasii in accessionem vilissimæ tabulæ cedere. Unde si à domino tabulæ imaginem possidente is, qui pinxit, eam petat, nec solvat pretium tabulæ, poterit per exceptionem doli mali submoveri. At si is, qui pinxit, eam possideat, consequens est, ut utilis actio domino tabulæ adversus eum detur: quo casu si non solvat impensam picturæ, poterit per exceptionem doli mali repelli: utique si bonæ fidei possessor fuerit ille, qui picturam imposuit. Illud enim palam est, quod sive is, qui pinxit, surripuit tabulas, sive alius, competit domino tabularum furti actio.*

Notæ.

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 vindicatione, quæ pictori, ut domino, competit, *d.* §. 2. *l.* 9.

Utilis actio] Quæ etiam non domino quibusdam casibus datur, *l.* 5. §. 3. *D. de rei vind.*

Commentarius.

1. *Cur in pictura à communi ratione acquirendi receſſum.*
2. *Quid ſi non Apelles aliquis, ſed inferioris notæ pictor in alienа tabula pinxerit.*
3. *Quomodo ſuccurratur domino tabulæ adverſus pictorem.*
4. *Quid ſi pictor imaginem retinere malit, pretio tabulæ contra oblato.*
5. *In concurſu adverſus tertium poſſeſſorem uter præferendus.*
6. *Eum qui ſciens in aliena tabula pinxit, ejuſdem conditionis videri, cujus, qui ſciens in alieno ſolo ædificavit.*

Quinta & postrema hujus generis species est pictura, quæ & ipsa ex eadem ratione tabulæ, cui imposita est, cedit. Neque quicquam de jure cessionis mutat pretium picturæ, alioqui dicendum esset, nec ædificium areæ, nec purpuram vestimento, nec literas aureas chartis cedere debere: naturale enim est, ut adjunctum cedat subjecto, hoc est, ei rei, sine qua illud esse non potest, licet majoris sit pretii, ut disputat Paulus contra nonnullos veterum, qui de pictura 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 pictæ 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 picturæ institutum est Corinthi ac Delphis.* & *ejusdem lib. c.* 10. *Hujus* (Pamphili Macedonis) *auctoritate effectum est Sicyone, ut pueri ingenui picturam in buxo docerentur.* Quanto autem hæc ars in pretio atque honore fuerit, vel ex eo æstimare licet, quod dignatione liberalium censeretur, & quidem in primo gradu; eamque solos ingenuos & honestos exercere fas esset, interdicto perpetuo ne servitia docerentur, teste Plin. *d. loc.*

Aliis videtur picturam, qualiscunque sit, tabulæ 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 irrepsit. Qui negant Paulum ab aliis dissensisse, eos oportet esse egregios dissidentium opinionum conciliatores.

Picturam Apellis vel Parrhasii] Quid ergo, si non Apelles aliquis, aut Parrhasius, Zeuxisve aut Phidias sed alius longè inferioris notæ pictor imaginem in aliena tabula posuerit? An dicemus, imaginem, quam ille pinxit, tabulæ cedere, quia Justinianus insignium tantum pictorum mentionem facit? Mihi quidem non videtur ea mens esse Imperatoris, cum Cajus, cujus sententiam hic sequitur & approbat, simpliciter pronunciet, placere tabulas picturæ cedere, *d. l.* 9. §. 2. *hoc tit.* Et sanè non satis rationi convenit, ob excellentiam alicujus artificis jus in universum mutari, quod hic factum est. Quamobrem existimo, Justinianum exempli tantum causâ insignium horum pictorum meminisse, in universum autem non artificis, sed artis præstantiam, cum cæteris spectasse: ita propemodum & D. Tulden. *hic. c.* 38. & Fabrot. *ad Theoph.* De Apelle, Parrhasio, aliisque primæ notæ pictoribus antiquis vid. Plin. *dd. loc.* Vinn, Immo veram rationem attigisse videtur Em. Merillius *Obs. Lib. VIII. cap.* 28. quod per picturam fiat quædam specificatio. Eam rationem probari etiam video V. C. Schultingio ad Caj. *Inst. II*, 1. 4. *p.* 82. Hein.

Is qui pinxit, eam petat, nec solvat pretium tabulæ] Ex sententia Justiniani & Caji competit ei, qui pinxit, adversus dominum tabulæ, rei 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 nociturum ei doli mali exceptionem. *d. l.* 9. §. 2.

Conſequens eſt ut utilis actio domino tabulæ] At cui conſequens? Nihil enim hactenus 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 o-
3 mnem omnino vindicationem negari. Verum arbitror, Juſtinianum hoc ſignificare velle; cum omnibus, qui rem ſuam ſine facto ſuo hoc jure amittunt, actione aliqua ſuccurratur, qua, ſi non rem, ſaltem pretium conſequantur, æquiſſimum eſſe, ut ſubveniatur & domino tabulæ, qui rem ſuam ſimiliter amiſit: cumque eo nomine variæ comparatæ ſint actiones pro conditione rerum junctarum veluti ad exhibendum, ſi ſeparari poſſunt; *l.* 6. *ad exhib.* ſi non poſſunt, actio in factum: *d. l. in rem.* 23. §. *item quæcunque* 5. *de rei vind.* nonnunquam etiam ex æquo & bono contra ſeveritatem juris detur utilis in rem, ut in ſpecie *l.* 5. §. *de arbore* 3. *eod. tit.* quæ prope abeſt à noſtra: placere etiam hanc eadem æquitatis ratione domino tabulæ accommodari. Et fortaſſis hoc eo facilius, quia tabula eadem & integra manet, & hoc reſpectu etiam quodammodo ejuſdem: nam & materia, quæ ædificio juncta eſt, ſimili ratione ejuſdem manere dicitur: nec dubito, quin deleta pictura aut inducta, in priſtinam cauſam tabula redeat, & recte poſſit à domino vindicari, *arg. l. ſi habitator.* 59. *de rei vind. l.* 2. *C. eod.* contra quam exiſtimat Cantiuncula.

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, etiamſi poſſeſſor retinere malit, paratus ſolvere impenſam picturæ, ut rectè poſt Gloſſam communiter interpretes cen-
5 ſent: 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, neutrumque alteri velit præferri, ſed occupantis meliorem eſſe conditionem; in eo errans, quod exiſtimat, utilem in rem actionem in ſpecie propoſita ejuſdem eſſe efficaciæ, cujus eſt directa, contra mentem Imperatoris & Juriſconſulti, quos manifeſtum eſt, ſicut tabulam picturæ cedere volunt, ita etiam, pictorem quam dominum tabulæ, actionem directam quam utilem potiorem eſſe voluiſſe. Diſputatio autem Fabri, quando actio utilis directæ præferatur, huc non pertinet: ſed locum habet in actionibus in perſonam, aut ubi quis à domino jus aliquod dominio proximum habet, ut emphyteuta & ſuperficiarius.

Utique ſi bonæ fidei poſſeſſor fuerit, &c.] Num igitur ei, qui mala fide pinxit, hac parte juris nullo modo conſultum eſt? Et doli quidem mali exceptio apertè hic poſſidenti denegatur, licet dominus tabulæ tabulam ab eo petat non oblato pretio picturæ. Cæterum omiſſa exceptione doli, poteritne ſaltem (quod Weſembecio & Bachovio placere video) excipere de dominio tabulæ, atque ita vincere oblata tabulæ æſtimatione; cum mala fides non impediat quominus hiſce modis per acceſſionem dominium quæratur; §. *ſi tamen* 26. *ſup. eod.* Mihi videtur Juſtinianus non obſcurè ei qui 6
ſciens in aliena tabula pinxit, eadem ratione exceptionem denegare, quâ ſupra denegavit ei, qui ſciens ædificavit in alieno ſolo; nimirum quod hic pictor operam ſuam & rem, quam contulit, ſua voluntate amiſiſſe intelligatur, ſicut ille operam & materiam. Quod ſi poſſidenti nullam damus exceptionem, multo minus amiſſa poſſeſſione erit ei in rem actio adverſus dominum tabulæ, quamvis pretium offerat.

TEXTUS.

De fructibus bona fide perceptis.

35. *Si quis à non domino, quem dominum eſſe crediderit, bona fide fundum emerit, vel ex donatione aliave qualibet juſta cauſa, æque bona fide acceperit, naturali ratione placuit, fructus, quos percepit, ejus eſſe pro cultura & cura. 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.*

NOTÆ.

35. *Vel ex donatione*] Igitur malè diſtinguit Pac. inter poſſeſſorem ex cauſa oneroſa & lucrativa.

Alia juſta cauſa] Idonea ad transferendum dominium, ut ſunt venditio, permutatio, donatio. &c.

Placuit fructus] Non induſtriales tantum, ſed etiam naturales, ἀσπάρτους καὶ ἀνηρότους, *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. intelligenda eſt de poſſeſſoribus, qui juſtum titulum non habent.

Fructibus conſumptis] §. 2. *inf. de off. jud. l.* 4. §. 2. *D. fin. reg.* Ex contrario igitur extantes omnes reſtituere tenetur: quod & traditum *l.* 22. *C. de rei vind.*

Qui alienum fundum ſciens] Malæ fidei poſſeſſor cum ipſa re etiam fructus, licet conſumpti ſint, reſtituere cogitur, *d. l.* 22. teneturque de extantibus rei vindicatione, de conſumptis condictione, *l.* 3. *C. de cond. ex leg.*

COMMENTARIUS.

1. *Quid ſit fructus, & quotuplex.*
2. *In perſona acquirentis quæ ſpectanda.*
3. *Quando fructus percepti intelligantur.*
4. *Præcipuam & adæquatam hujus acquiſitionis cauſam eſſe poſſeſſoris bonam fidem.*
5. *Denegari poſſeſſori fructuum acquiſitionem, ex quo cognovit rem alienam eſſe.*

6. Ni-

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. *Bonæ 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 præsentem disputationem in praxi obtineat.*
12. *Malæ fidei possessorem, nullos fructus aut percipiendo suos facere, aut consumendo lucrari.*

MOdos acquirendi, jure gentium commodioris doctrinæ gratia ita supra distinximus; quod quædam eo jure nobis acquirantur facto nostro & occupatione; quædam solius rei nostræ beneficio ac potestate: in quibus tamen explicandis ordinem à Compositoribus servatum hic sequi necesse fuit: & ferè jam hi modi etiam speciatim à nobis expositi sunt: omnes quidem omnino & singuli, quibus sine facto nostro sola rei nostræ vi acquirimus: quibus vero facto nostro, paucis exceptis, scilicet inventione thesauri, & apprehensione rerum, quæ à dominis vel traduntur, vel pro derelicto habentur: de quibus adhuc postea dicendum. Ad neutrum autem horum modorum videtur referri posse acquisitio fructuum ex re aliena bona fide possessa perceptorum. Neque enim fiunt bonæ fidei possessoris, jure & potestate rei suæ, unde non nascuntur; neque solo ipsius facto puta cultura, cura, perceptione: nam eadem ratione fierent & malæ fidei possessoris atque ab alio percepti, agrove ab alio consito, bonæ fidei possessoris non fierent: licet perceptio 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. 25. 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 maneant, 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 formamve 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. 1 Fructus, teste Varrone 4. *de ling.* à ferendo dictus est, ut sit omne id, quod res ferat. Vinn. Hæc non reperio apud Varronem, qui *lib. IV. cap. 4. fruges & fructus* derivare videtur à *fruendo*, spicas à spe, culmum à culmine. Ceterum fructus propriè dicuntur, ex ipso corpore obvenientes. Qui rei tantum occasione ad nos redeunt, proprie fructus non sunt. *l. 121. ff. de V. S.* Interpretatione tamen & hæc pro fructibus habentur. Et ita intelligenda, quæ apud auctorem sequuntur. Hein. Nostri cum generalius loquuntur, appellatione fructus omnem reditum, omnem obventionem, omneque commodum, quod vel ex re nascitur, vel per causam rei percipitur, complectuntur. Hinc nata fructuum divisio in civiles & naturales. Civiles dicuntur, qui non ex corpore rei nascuntur, sed extrinsecus per occasionem rei jure percipiuntur; cujus generis sunt usuræ, mercedes, pensiones, reditus annui, unde nec 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. seqq. d. tit. d. l. si navis. 62. de rei vind.* Cæterum de isto genere hic non quæritur. Naturales fructus sunt, quos natura ex re ipsa producit: eorumque duplex item potest esse consideratio: aut enim natura sola, & αὐτομάτως, sponte magis, quam diligentia hominis, proveniunt, ut poma, oleæ, nuces, lignum, fœnum: aut natura quidem adjutrice, cæterum facto magis & industria hominum: quos quia natura non producit, nisi accedat labor & industria hominis, industriales vulgus interpp. appellavit; cujusmodi sunt segetes, legumina, aliaque in agris sata, *l. fructus 45. de usur.* unde hæc distinctio petita. Huc item nonnulli referunt fœtus pecudum, lac, pilum, lanam, *arg. 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 Curtium. 2. *conject. ad frat. cap. 44.* Ego cum Bartolo in *l. & ex diverso. 35. de rei vind.* Covar. 1. *resol. 3. n. 6.* existimarem nonnihil hic tribuendum esse arbitrio judicis; quamvis id ad quæstionem propositam parum faciat. Utut est, de utroque hoc genere, sed solo, disputatur hoc §. In persona acquirentis duo exiguntur, 2 ut possideat, hoc est, animo & affectu dominantis rem teneat, *l. 13. §. 1. de publ. in rem act.* ut possideat bona fide, id est, justam causam habeat, ob quam existimet rem ad se pertinere, *l. qui à quolibet. 27. de cond. empt. l. bonæ fidei 109. de verb. sign.* Modus horum fructuum acquirendorum est perceptio: nec interest, an ipse possessor eos percipiat, an alius suo nomine, non possessoris, *l. si fructuarius. 13. quib. mod. usufr. amitt. l. qui scit. 25. §. 1. de usur.* Percepti autem fructus intelli- 3 guntur, simul atque à re, qua tenebantur, separati sunt: in fundo, cum se terra continere desierunt, veluti spica aut fœno cæso, uva adempta, excussa olea, nucibus & pomis dejectis aut decerptis, licet nondum collecti aut avecti sint, frumentum nondum tritum, vinum aut oleum nondum factum, *d. l. si fructuarius. 13.* & *d. l. qui scit. 25. §. 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. bonæ 48. in fin. hoc tit.* Nonnunquam tamen verbo percipiendi aliquid amplius designatur, quam simplex illa, quam dixi, fructuum à re separatio: quomodo accipiendum quod Paulus scribit in *d. l. bonæ. 48.* 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, quave 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 culturæ 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 reſtitu-4 tio non fiat. Principalis vero ratio in perſona poſſeſſoris quærenda: ea eſt bona fides, quippe quæ facit, ut poſſeſſor penè pro domino haberi debeat, *d. l. qui ſcit.* 25. §. 1. *de uſur. d. l. bona fidei.* 48. *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 uſucapi poſſunt, §. *namque ſi cui.* 4. *inf. de act. tot. tit. de Publ. in rem act.* item quæ ſervi alieni & liberi homines bona fide poſſeſſi ex operis ſuis aut re poſſeſſoris acquirunt, §. 4. *verſ. idem placet. inf. per quas perſ. cuiq. acq.* In ſumma, bona fides, tantundem præſtat poſſidenti, quantum rei veritas, quoties lex impedimento non eſt, ut ait Juriſconſ. in *l. bona fides.* 136. *de reg. jur.* VINN. Non ignotus hic JCtorum diſſenſus. Alii culturam & curam ſtatuunt eſſe hujus adquiſitionis cauſſam: alii cum auctore noſtro bonam fidem. Hinc illi induſtriales tantum, hi & naturales fructus b. f. poſſeſſori adquiri putant. Res clara videtur. Cauſſa proxima eſt *cultura & cura*, id eſt qualiſcumque cura rei impenſa. Culturam enim & curam ſynonyma hic eſſe, pridem docuit V. C. Ger. Noodt *Probab.* 11.7. Aſt cauſſa remota eſt bona fides. Hinc tametſi bonæ & malæ fidei poſſeſſor eamdem curam rei impendant: tamen hic fructus non adquirit, quia ipſi nec color nec jus colendi fuit. Rem elegante loco ex Terentii Adelph. *act.* v. *ſcen.* 3. *v.* 27. illuſtrat laudatus Noodt *Comm. ad ff. tit. de rei vind. p.* 197. *Tom. II. Op.* An ergo & naturales fructus adquirit b. f. poſſeſſor? Omnino, quia nulla res quæ ſi non culturam, ſaltim curam aliquam exigat. HEIN.

Quem dominum eſſe crediderit] In hoc potiſſimum verſatur bona fides. Nihil autem intereſt, putaverit eum dominum eſſe, qui non erat; an ſciverit dominum non eſſe, & putaverit eum jus alienandi à domino aut lege habere, puta procuratorem aut tutorem eſſe. *l. 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 cont. empt.* At enim ſi dominum eſſe exiſtimet, neceſſe eſt, ut ſimul credat eſſe eum, cui rerum ſuarum alienatio non ſit interdicta: nam ſi, verbi cauſa à pupillo, quem dominum putet, rem emerit ſine tutoris auctoritate, non videtur bona fide emiſſe, *d. l.* 13. §. 2. *de Public. d. l. qui à quolibet.* 27. *de cont. 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 ſit; aut eum, cui libera negotiorum omnium adminiſtratio à domino permiſſa, *l. jusjurandum.* 17. *in fin. de jurejur. l.* 9. §. *nihil autem.* 4. *hoc tit.*

Aliave juſtâ 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, traderetur, dominium ſtatim in accipientem tranſiret; cujuſmodi cauſæ ſunt emptio, donatio, dos, permutatio, legatum, judicatum, 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 prodeſſe debet; niſi fortè huic noſtræ opinioni cauſam dederit, juſta & probabilis facti ignorantia, vid. *inf. de uſuc.* §. *error.* 6.

Æque bona fide acceperit] Neque ſufficit, poſſeſſorem 5 rem ab initio bona fide accepiſſe, ſi poſtea cognoverit rem alienam eſſe: nam ex eo tempore, ut bonæ fidei poſſeſſor eſſe deſinit, ita quoque ei denegatur fructuum 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 juſtum 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.* 23. §. 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 judicio ablata, ſi de reſtitutione & effectu acquiſitionis quæratur, retroverſus malæ fidei poſſeſſorem intelligi, ex quo res ab eo petita eſt, atque exinde fructuum nomine teneri, ut quemvis malæ fidei poſſeſſorem: & ſanè hoc probabilius eſt, quam quod Baroni in hunc §. Copo *lib. 2. de fruct. t. 4. c. 5.* D. Tuldeno *hic c.* 48. videtur, Juriſconſ. inter ſe diſſenſiſſe. Ait, *acceperit:* etenim aliter nec poſſidet, nec putare poteſt, rem ſuam eſſe, licet conventio præceſſerit: non enim nudis pactis, ſed traditionibus, dominia rerum jure gentium transferuntur, *l. traditionibus.* 20. *C. de pact.* Obiter addo, bonam fidem benigna juris interpretatione in poſſeſſore præſumi: atque inde eſſe, quod non ipſe poſſeſſor de bona ſua fide docere cogatur, ſed adverſarius contrarium oſtendere debeat, *l. quoties.* 18. §. 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

Non intereſt quo titulo poſſideat, oneroſo, an lucrativo: nam & eum, qui ex cauſa donationis rem accepit, diſertè cum emptore in hac quæſtione exæquat
7 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, & Juriſconſulti in *l. bonæ fidei.* 48. *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 fœtum pecudum fieri bonæ fidei poſſeſſoris, quia in fructu eſt. Ait quidem Juſtinianus hic, fructus bonæ fidei poſſeſſoris fieri pro cultura & cura: at vix ulla res eſt, quæ ſine cultura aut cura aliqua fructum ferat: colùntur 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 cæduæ, poma, nuces, aliique 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 jure ſoli fructus percipiat: & conſequenter ergo etiam eos percipiendo ſuos facit, in quos neque culturam neque curam ipſe impendit: *l. qui ſcit.* 25. §. 1. *de uſur.* tantum quia ἐπὶ τὸ πολὺ accidit, ut fructus ſine cultura aut cura non proveniant, ratio hæc à Juſtiniano expreſſa eſt. Evincitur hoc, quod dico, etiam ex eo, quod mox ſubjicit de fructibus conſumptis: ait enim, quos fructus poſſeſſor percipiendo ſuos fecit, de iis conſumptis dominum ſupervenientem, & rem ſuam 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 fœtu pecudum, lacte, lana ſcribit Cajus in *d. l. in pecudum.* 28. *de uſur.* & Paulus, in *l. bonæ fidei.* 48. §. *ult. hoc tit.* hos fructus ſtatim fieri bonæ fidei poſſeſſoris: quia video eſſe, qui fructus pecudum pro induſtrialibus in hoc argumento habendos exiſtimant, propterea quod, ut modo dicebamus, ex iis rebus producuntur, in quas poſſeſſori ſumptus facere neceſſe ſit: quamvis Cajus non aliam harum rerum acquiſitionis rationem reddat, quam quod in fructu ſint. Fortaſſis & uvas iidem ob eandem cauſam inter fructus induſtriales numerabunt, ideoque quod uvam ademptam legimus ſtatim bonæ fidei poſſeſſoris fieri, negabunt, huc pertinere. At certè oleam negare non poterunt eſſe vel maximè fructum naturalem; quippe quæ teſte Plinio *lib.* 15. *cap.* 1. nullam omnino culturam aut curam deſideret, & Virgilius *lib.* 2. *Georg. v.* 420. *ſeqq.* de oleis ſic ſcribit:

Contra, non ullâ eſt oleis cultura, neque illæ
Procurvam expectant falcem, raſtroſque 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. ſi ejus.* 78. *de rei vind.* Fœnum quoque opinor nemo negabit fructum eſſe naturalem: at non minus fœnum, quam ſpicam, ſimul atque à ſolo ſeparatum eſt, bonæ fidei poſſeſſoris fieri, traditum eſt in *d. l.* 13. *quib. mod uſ. am.* Poſtremo omnem dubitationem tollit locus Pauli in *d. l. bonæ fidei.* 48. *hoc tit. in pr.* ubi ſic ſcribit; *Bonæ 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 ab iis, quos dixerat opera poſſeſſoris provenire. Evincit hoc ipſum etiam ratio, quam mox ſubjicit, quia quod ad fructus attinet, bonæ fidei poſſeſſor loco domini pene ſit: cujuſmodi item eſt, quod Julian. ſcribit, bonæ fidei poſſeſſorem fructus jure ſoli percipere, atque eo jure, quod dominis prædiorum, cive qui agrum vectigalem habet, tributum eſt, *d. l. qui ſcit.* 25. §. 1. *de uſur.* unde ſatis manifeſtè apparet, præcipuam hujus acquiſitionis cauſam non eſſe operam aut induſtriam poſſeſſoris: ſed fructus omnes, qui ex ſolo naſcuntur, etiam ἀπαράξας & ἀνηράτους eo pertinere. Et verò ſi percipiendo ſibi acquirit etiam ab alio ſatos, in quos neque culturam, neque curam ullam impendit, cur non etiam naturales, quos plerumque cura illius facit, ſi non ut naſcantur, ſaltem ut conſerventur? Unus juris locus eſt, qui interpp. ade-
8 gît, ut in hac acquiſitione fructus naturales ab induſtrialibus diſtinguerent: is eſt Pomponii, *l. fructus.* 45. *de uſur.* Quærit eo loco de conjuge poſſeſſore rei à conjuge donatæ: & ait, conjugem fructus ex ea re perceptos illos tantum ſuos facere, qui ex operis ejus provenerunt: 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 apertè ſic loqui arbitrantur, ut fructus naturales ad bonæ fidei poſſeſſorem non pertinere exiſtimet: quod tamen non ita eſt. Non enim ait, nullius bonæ fidei poſſeſſoris eum fructum fieri, ſed non cujuslibet: quæ 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 JCt. *l.* 6. *pr. Pand. de cont. empt.* ait non cujuſque 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 bonæ fidei poſſeſſor fructus naturales ſuos facit*, cum conſequens non omni antecedenti attribuatur, ſed ſolummodo ejus parti alicui, ſatis apparet,

Pompo-

Pomponium non eodem jure in propoſito omnes bonæ fidei poſſeſſores cenſere; & tacitè duo genera talium poſſeſſorum facere; unum eorum, qui fructus naturales ſuos non faciant, alterum, qui faciant. Atque ita eſt. Non enim omnis bonæ fidei poſſeſſor fructus naturales percipiendo ſuos facit; ſed is ſolum, ut ante dictum eſt, qui juſto titulo poſſidet, cauſamque juſtam habet, cur exiſtimet rem ad ſe pertinere: qui autem juſto titulo deſtituitur, quamvis in jure errans ſe dominum factum putet, naturales fructus ſuos non facit, ne cui juris ignorantia in compendiis proſit, *l.* 4. *l.* 7. *&* 8. *de jur. & facti. 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.* 6. *de her. pet.* add. Gœdd. ad *l. bonæ 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 pubſ. in rem. act.* Nam ubi lex impedimento eſt, bona fides in compendiis poſſeſſori non prodeſt, *d. l.* 24. *de uſucap.* Toties autem impedimento eſt, quoties poſſeſſorem vult teneri in quantum locupletior factus eſt, ut poſſeſſorem hæreditatis, *l.* 25. §. *conſuluit.* 11. *de her. pet.* item in caſu *l.* 8. *C. de don. int. vir. & ux.* & denique qui ex ea cauſa poſſidet, quæ poſtea ad non 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 cenſentur: ita fermè & Weſembec. *hic.* Pinel. ad *l.* 2. *C. de reſc. vend. part.* 2. *cap.* 4. *num.* 59. Fachin. 1. *contr.* 57. Paul. Buſ. ad *d. l.* 45. Timæus Fab. *diſput. anniverſ.* 14. *theſ.* 5. Tulden. *c.* 50. *hic.* VINN. Hunc locum alii aliter interpretantur. Ego ita cenſeo. Bonæ fidei poſſeſſor eſt, vel qui credit ſe dominum eſſe, vel qui & juſtam id credendi cauſſam habet, puta juſtum titulum. De poſterioris generis poſſeſſore bonæ fidei loquitur Imperator in hoc paragrapho, ut docent verba: *Bona fide fundum emerit, vel ex donatione aliave* JUSTA CAUSSA *æque bona fide acceperit.* Et hujuſmodi b. f. poſſeſſor omnes fructus ſuos facit. Aſt in hac *l.* 45. *ff. de uſur.* Pomponius loquitur de marito, cui uxor fundum donaverat. Erat ergo maritus in bona fide ſenſu priore: putabat enim ſe dominum. Aſt non ſenſu poſteriore: quia nulla præceſſerat juſta cauſſa. Nam donationes inter virum & uxorem manifeſto ex legibus irritæ ſunt. An itaque & hic omnes fructus ſuos facit? Minime, ſed induſtriales tantum non naturales. Illos enim donare potuit uxor, quia non fit pauperior, dum vir fructus ſuis operis & impenſis adquirit. Hos donare non potuit. Jam verba Pomponii ita interpretor: *Si pomum decerpſerit, vel ex ſilva cadit: non fit ejus, ſicut nec cujuslibet* (id eſt ullius) *bonæ fidei poſſeſſoris*, (ſive juſta cauſſa poſſidentis, & tamen ſe putantis dominum, qualis hic maritus eſt,) *quia non ex facto ejus fructus naſcitur*, (adeoque cum uxoris damno locupletior fit.) HEIN.

De fructibus ab eo conſumptis agere non poteſt] Hoc idem traditur §. 2. *inf. de off. jud.* & Paulus in *l.* 4. §. 2. *fin. reg.* ait, bonæ fidei poſſeſſorem fructus conſumptos lucrari. Unde ſequitur ex contrario; de non conſumptis, hoc eſt, extantibus adhuc, licet à ſolo ſeparatis, dominum agere poſſe, eoſque bonæ fidei poſſeſſorem non lucrari: quod & expreſsè traditum eſt, *l. certum.* 22. *C. de rei vind.* quam ob cauſam Africanus conſumptos demum ſuos facere bonæ fidei poſſeſſorem ſcribit, *l. quæſitum.* 40. *hoc tit.* & Paul. *l.* 4. §. *lana.* 19. *de uſuc.* conſumptos vel uſucaptos: quia hi ſoli re evicta non reſtituuntur. 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* §. *& dd. loc.* nam quod maritus non reſtituit fructus induſtriales, licet adhuc extent, in ſpecie, *l. fructus.* 45. *de uſur.* id hanc rationem habet, quod maritus eos, permittente jure ſibi acquiſivit ex voluntate uxoris donatricis. Ergo, inquies, falſum eſt, quod hactenus probare conati ſumus, ſola perceptione fieri fructus bonæ fidei poſſeſſoris. Et vero falſum eſſet, ſi hæc eidem rei attribuerentur ἀσαύτως & 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 perinde quaſi dominus jure ſoli fructus ſuos faciat, quamdiu de vero domino non conſtat: at eo ſuperveniente ac rem ſuam vindicante, jam cauſa illa, & ſimul jus, quod dixi, ceſſare incipit, cogiturque poſſeſſor fructus omnes, qui modo tempore evictionis extant, officio judicis reſtituere: neque enim ſublato jure, quod in ſolo habebat, poſſeſſorem defendere poteſt, ut fructus retineat, ſola ratio culturæ & curæ: ſed ad id ſolum prodeſſe, ut oppoſita doli mali exceptione ſumptus ſervet, conſequaturque, ut dominus aut pretium ejus, quod impenſum eſt, ſolvat, aut ſi id nolit, patiatur ſumptus cum fructibus pro rata penſari, proque illis partem fructuum poſſeſſorem retinere, *arg. l. ſi à domino.* 36. §. *ult. de her. pet.* Ipſe Paulus non obſcurè hoc innuit *d. l. bonæ fidei.* 48. *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 conſumendi;

cujus

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 irrevocabiliter 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 fœtuum 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 irrevocabiliter. Illud non magni momenti est, quod bonæ fidei possessor dicitur idem jus habere quod dominis prædiorum tributum est & plus etiam juris, quam habet fructuarius. *l. qui scit. 25. §. 1. de usur.* Nam si hoc simpliciter verum esset, ne naturales quidem fructus extantes restitueret: & loquitur expresse Jurisconsultus de jure fructus 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, & Impp. in *l. 22. C. de rei vind.* ajunt eum teneri nomine extantium duntaxat, quasi de consumptis inquirendum non sit. Adhæc tantum tribuit bonæ fidei possessori consumptio, quantum usucapio, *l. 4. §. lana. 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. pet. 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 perdiderit, dum sua se re abuti putat, non teneatur) ita viciſlim æquum est, ut præstet, si quid lucri ex hæreditate consecutus sit: eique sufficere debet, si damno non afficiatur, *d. l. 25. §. consuluit.* Adhæc nec titulum habet possessor hæreditatis, & fructus ab eo percepti statim in numerum rerum hæreditariarum recipiuntur, ipsamque augent 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 senatusconsult. 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 condictionis indebiti soluti, in quam fructus veniunt jure obligationis, & hoc quatenus is, qui accepit, ex his locupletior factus est, *l. indebiti. 15. l. si non sortem. 26. l. libertus. 12. l. in summa. 65. §. pen. l. pen. de cond. ind.* ita ferè & Ant. Fab. 4. *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 universum à fructibus ante inchoatum judicium perceptis absolvatur, neque de consumptis unquam quæratur, locupletior ex iis factus sit, nec ne. Sed & nunquam inquiri de iis, qui similiter ante rem in judicium deductam percepti sunt, utrum bonæ fidei possessor eos consumpserit, an vero adhuc extent, 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.*

Et 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 quærendorum gratia, *l. 36. in fin. & l. seq. de her. petit.* 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. præterea. 20. de rei vind. l. 2. de usur. l. ædiles. 25. §. antepen. de ædil. edict.* In summa possessores malæ fidei, quales item habentur post litem inchoatam omnes, fructus omnes cum ipsa restituere debent, *d. l. certum. 22. C. de rei vind.* tenenturque eo nomine de extantibus rei vindicatione, de consumptis condictione, 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. si navis.* 62. §. 1. *de rei vind. l.* 5. *C. eod.* §. 2. *inf. de off. jud. l. ait prætor.* 10. §. *& fructus.* 20. *quæ in fraud. cred. l.* 4. *C. unde vi. l. sed etsi.* 25. §. 4. *de her. pet. l.* 1. *C. eod.* Cop. *lib.* 2. *de fructib. tit.* 4. *c.* 2. Buf. *ad l.* 20. *de her. pet.* Tulden. *hic. cap.* 53.

TEXTUS.

A fructuario & 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 fere & de colono dicuntur.*

NOTÆ.

36. *Si ipse perceperit*] Vel alius ejus nomine, *l.* 13. *quib. mod. usf. am. l.* 25. §. 1. *de usur.* Quod si sponte 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. usf. am. l.* 8. *de ann. legat.* erratque Cujac. hæredi fructus tribuens pro rata temporis, quo ususfructus stetit.

Eadem fere de colono] Ferè non παρέλκεται, ut putat Theophil. 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 loc. l.* 61. §. 8. *D. de furt.* Non obstat, quod furti actionem habet, *l.* 26. §. 1. *d. t.* nam & fructuarius habet, *l.* 12. §. *ult. de usufr.* & omnes, quorum interest furtum factum non esse, licet domini non sint, §. 13. *inf. de obl. quæ ex del.* Igitur malè Accurs. Mynsi. Pac. plus hic colono tribuunt, quam fructuario.

COMMENTARIUS.

1. *Fructus, qui sponte deciderunt, aut quos alius suo nomine à re separavit, fructuarii demum fieri, cum possessionem eorum nactus est.*
2. *Jus percipiendi fructus ad hæredem fructuarii non transire, licet majore parte anni ususfructus steterit, & fructuarius maturis jam fructibus decesserit, & cur non idem in fructibus rei dotalis.*
3. *Quid juris circa pensiones, si res fructuaria locata sit?*
4. *In quo colonus & fructuarius discrepent aut conveniant?*

Disputatio de fructibus à bonæ fidei possessore perceptis occasionem Justiniano dedit, ut de jure, quod hic fructuarius & colonus habent, obiter aliquid subjiceret. Hi in eo à bonæ fidei possessore differunt, quod fructus percipiunt ex voluntate domini, fructuarius jure servitutis sibi constitutæ, colonus ex conventione: unde nec perceptorum fructuum quicquam restituunt. Quia autem jus in solo non habent, nec possident, sed alieno tantum nomine rem tenent, §. *de iis autem.* 4. *vers. fructuarius. per quas pers. cuique acq.* §. *possidere.* 5. *inf. de interd. l.* 10. *l.* 12. *de acq. poss.* non, ut bonæ fidei possessores, fructus acquirunt jure quasi dominii 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] Fiunt quidem fructuarii etiam sola perceptione, hoc est, statim atque à solo, aut re, qua tenebantur, separati sunt, puta spica aut fœno cæso, 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. usf. am. l. qui scit.* 25. §. 1. *de usur.* Quod si sponte deciderint, aut alius eos suo nomine separaverit, non prius fructuarii fiunt, quam eorum possessionem nactus sit: unde si fur maturos fructus decerpserit, aut desecuerit, domino fundi condictione tenetur, non fructuario, licet is actionem furti habeat, *l. arborib.* 12. §. *ult. de usufr.* quæ aliter se habent in bonæ fidei possessore, ut docuimus §. *præc.* 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 separetur, quod invita natura separari non potest: jubente ea satis separatur sine cujusquam facto.

Licet maturis fructibus, &c.] Hoc item consequens est ei, quod dixit. Nam si fructuarii non aliter fructus fiunt, quam si eos perceperit ipse vel alius ejus nomine, hæredi suo, quos non percepit, relinquere non potest: nec jus percipiendi fructus ad hæredem transit: quia morte fructuarii, ut omnia, quæ personæ cohærent, extinguitur, §. *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. qui scit.* 25. §. 1. *de usur.* At ex contrario percepti 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.* 13. *quib. mod. usf. am. l.* 8. *de ann. leg.* Quamvis igitur maxima parte anni ususfructus steterit, & fructuarius suis impensis fundum fructuarium conseverit, si is messe nondum facta, licet segete messi jam matura, decesserit, nihil in eo, quod terra tenetur, hæres ejus juris habet, *d. l. si fructuarius* 13. sed tantum deducet impensas fructuum quærendorum gratia factas; quia fructus non intelligitur, nisi quod deductis impensis supereſt, *l.* 7. *solut. matr.* Peck. *lib.* 5. *de testam. conjug. c.* 24. *n. ult.* Nec iniquum videri debet, quod dominus fundi ad lucrum, fructuarii labore & sumptu partum vocetur: quippe cum contra fructuario, quamvis minima

nima parte primi aut poſtremi anni ſteterit uſusfructus, in ſolidum tribuantur fructus percepti, etiam pro ea parte, qua uſusfructus non cœperat, aut poſtea finitus eſt, *l. 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. *& ſeqq. 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. Buſ. ad *d. l.* 7. §. 1. *& ſeq. ſol. matrim.*

3 De penſione rei fructuariæ locatæ quæſitum, an ſi fortè uſusfructus 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 ſingulis annis ſemel fructus naſcitur & percipitur, puta fundus; an talis, cujus fructus non in alio conſiſtit, quam in ejus rei uſu, ſive commoditate, quæ ex eo uſu quotidie percipitur; cujuſmodi res ſunt ædes, quarum fructus in eo, ut inhabitentur; item ſervi, quorum fructus in operis. Fundo locato, ſi colonus fructus perceperit, merces totius anni debetur fructuario ejuſve hæredi, etiamſi uſusfructus finitus ſit multo ante tempore, quam ea merces ex locatione pendi debebat, *l. defuncta* 58. *de uſufr.* In aliis vero rebus à fructuario locatis, quarum fructus in ſolo earum uſu conſiſtit, ſi intra tempora locationis uſusfructus interierit, non majore ex parte penſio ad fructuarium hæredemve ejus pertinet, quam pro rata temporis, quo uſusfructus manſit; quod ſupereſt, pertinet ad proprietarium, ut reſponſum eſt locatis operis ſervi, *l. ſi operas.* 26. *d. tit.* Cur tam variè? Nimirum quia fructuarius, nec minus, nec plus per conductorem conſequi debet, quam ſi ipſe re fructuaria uſus eſſet. Igitur ſicut fructuarius ſi fundum non locaſſet, ipſe fructus percepiſſet, ſuoſque omnes feciſſet, ita pro fructibus, quos colonus, qui cauſam percipiendi ab eo habet, integros percepit, integra penſio ei debetur, quam & integram ad hæredem tranſmittit, etſi nondum finito tempore locationis deceſſerit. Et convenienter ſi fructuarius deceſſerit, fructibus per colonum nondum perceptis, hæredi ejus nihil ex penſione debebitur. 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 uſusfructus, & alioqui plus conſequeretur fructuarius per inquilinum, quam ſi ipſe re uſus eſſet: quod eſt abſurdum, eleganter D. Don. 10. *comm.* 9. eſtque hæc communis & uſu recepta ſententia, vid. Joan. del. Caſtillo *tract. de uſufr.* 77. *& ſeq.* Diod. Tuld. ad *tit. de uſufr. inſ. c.* 7. Paul. Buſ. ad *d. l.* 58. *de uſufr.* Chriſtin. *vol.* 2. *deciſ.* 176. *n.* 16. *& ibi citat.* Grot. *lib.* 2. *introd. c.* 39. *diſſ.* 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. *Τὸ ferè* non *παρέλκεται*, ut putat Theophilus, ſed cautè adjectum eſt, ne quis putet eandem utriuſque per omnia in propoſito rationem eſſe. Nam certè 4 longè alia cauſa eſt hæredis coloni atque fructuarii. Non enim ſicut morte fructuarii finitur uſusfructus, ita morte coloni finitur conductio, ſed mortuo intra tempora conductionis colono, hæres ejus in eam ſuccedit, §. *ult. inſ. de locat.* 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 condictio competat: quod & verum eſt, aperteque traditum *l. cum plures* 60. §. *meſſem.* 5. *locat.* nec obſcurè colligitur ex *l. ſi ſervus* 61. §. *locavi* 8. *de furt.* Non eſt contrarium quod Paulus reſpondet *l. ſi apes.* 26. §. 1. *d. tit. de furt.* colonum cum eo, qui fructus ſtantes ſurripuit, furti agere poſſe. Nam & fructuarius poteſt, *l.* 2. §. *ult. de uſufr.* quippe furti actio omnibus competit, quorum intereſt furtum factum non eſſe, licet rei ſurreptæ domini non ſunt, §. *furti.* 13. *inſ. de obl. quæ ex del. l. eum qui.* 14. §. *qualis.* 14. *de furt.* Nec alio pertinet ratio Pauli, quam his verbis exprimit, *quia ut primum decerptus eſſet; ejus eſſe cœpiſſet*, quam, ut oſtendat, ideo actionem furti colono dari, quia ejus interſit fructum ab alio decerptum non eſſe, eo quod coloni eſſe cœpiſſet, ut primum ab ipſo eſſet decerptus. Fallitur igitur Accurſius, qui etiam hoc caſu plus juris tribuit colono, quam fructuario, colonique fructus fieri exiſtimat, quocunque 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 partiario, 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 partiarius fructibus à fure defectis aut decerptis non modo actionem furti, ut is qui nummis colit, ſed furti etiam condictionem pro parte ſua habeat.

TEXTUS.
Quæ ſunt in fructu.

37. *In pecudum fructu etiam fœtus eſt, ſicuti lac, pilus, & lana: itaque agni, hædi, & vituli, & equuli, & ſuculi, ſtatim naturali jure dominii fructuarii ſunt. Partus vero ancillæ in fructu non eſt: itaque ad dominum proprietatis pertinet. Abſurdum enim videbatur, hominem in fructu eſſe: quum omnes fructus rerum natura gratia hominis comparaverit.*

NOTÆ.

37. *Statim naturali jure*] Cajus, *ſtatim pleno jure fiunt 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 Stoïcorum 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 quæſtionis Cic. 1. *de fin. cap.* 6.

COMMENTARIUS.

1. *Ratio Caji, cur non placeat partum ancillæ in fructu eſſe, examinata, & concinnior prolata ex Ulpiano.*

QUa ratione & modo fructus ſuos faciat tum bonæ fidei poſſeſſor tum fructuarius, oſtenſum eſt §§. *proximè præcedentibus* exemplo fructuum, qui in fundis aut agris naſcuntur. Quoniam vero etiam hominum & pecudum ſuus fructus eſt, quem & ipſum bonæ fidei poſſeſſori & fructuario eadem ratione acquiri juri naturali conveniens eſt, ideo ne quid hic dubii relinqueretur, ὐ παρόδῳ oſtendere voluit, quænam in hominum & pecudum fructu habenda ſint, quæ non ſint: & ait, in pecudum fructu non tantum eſſe lac, pilum & lanam, ſed fœtum etiam: atque ob id agnos, hædos, vitulos, equulos & ſuculos ſtatim ut editi ſunt, naturali jure fructuarii fieri: addit Cajus, & bonæ fidei poſſeſſoris, *l. in pecudum.* 28. *de uſur.* eſt enim utriuſque hic eadem ratio. In hominum autem fructu quæ ſint, non definit, 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 fœtus in fructu pecudum eſt, ita & partum ancillæ in hominis fructu ponendum: in hominum fructu ea duntaxat eſſe, quæ ex operis eorum percipiuntur, *l.* 4. *de oper. ſerv.* aut ſi quid acquirant ex re fructuarii, ejuſve qui eos bona fide poſſidet, §. 4. *& ſeq. inſ. 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. *& ſeqq. l.* 4. §. *ſi ante.* 18. *de uſurp. & uſucap.*

Abſurdum enim videbatur] Vetus fuit quæſtio an partus ad fructuarium pertineret: cujus meminit Cic. 1. *de finib. cap.* 6. ubi ait principes civitatis, P. Scævolam & M. Manilium exiſtimaſſe, hominem in fructu eſſe, Brutum diſſenſiſſe: cujus ſententia obtinuit, teſte Ulp. in *l. vetus.* 68. *de uſufr.* Cur autem non placuerit, partum in fructu eſſe, ejus rei hanc rationem reddit Cajus *d. l.* 28. §. 1. *de uſur.* & Imp. hoc loco, quod abſurdum viſum ſit, hominem in fructu eſſe, 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: relatorum unum nunquam poteſt eſſe alterum. Etenim ut verum fatear, nunquam hæc mihi ratio ſatis ſolida viſa fuit. Cur enim magis abſurdum hominem in fructu hominis eſſe, quam hominem homini ſervire? Aut cum ſervos pecudibus Romanæ leges exæquent, *l.* 2. §. 2. *ad leg. Aquil.* cur cum in fructu pecudum fœtus ſit, abſurdum eſt in fructu ancillarum partum eſſe? Nec eſt in his ulla ἀντίθεσις, *Fructus hominis cauſa comparati ſunt*, &, *Homo eſt in fructu hominis.* Non enim hic idem eidem ſubjecto attribuitur: ſed diverſis. Quamobrem melior eſt, certè huic loco magis convenit, illa Ulpiani ratio ſumpta à fine & uſu, quia ancillæ non ad hoc comparantur ut pariant, ſed ut ſerviant, *l. ancillarum.* 27. *de her. pet.* Id autem ſolum in fructu alicujus rei eſſe intelligitur, & ad fructuarium pertinere, quod percipitur ex eo uſu ad quem res parata eſt, vel natura vel patrisfam. inſtituto, *l.* 9. §. 5. *& ſeqq. l.* 10. *l.* 11. *l.* 12. *in pr. l.* 13. §. 4. *& 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. juſtiſſimè* 44. *de adil. edict.* Jam vero ancillas fœturæ gratia habere, quin turpe & probroſum ſit, nemo negare poteſt. Cæterum nihil amplius efficit hæc ratio, quam ut ne partus fructuario aut bonæ fidei poſſeſſori acquiri debeat: in cæteris enim partibus juris in fructu ſive reditu aut cauſa etiam partus computatur, *l.* 8. *l.* 14. *de uſur. l. Falcidia.* 24. §. 1. *ad l. Falc. l. quæſitum.* 91. §. *ult. de leg.* 1.

TEXTUS.
De Officio fructuarii.

38. *Sed ſi gregis uſumfructum quis habeat, in locum demortuorum capitum ex fœtu fructuarius ſubmittere debet, (ut & Juliano viſum eſt) & in vinearum demortuarum vel arborum locum alias debet ſubſtituere. Rectè enim colere & quaſi bonus paterfamilias uti debet.*

NOTÆ.

38. *Ex fœtu ſubmittere*] Ex fœtura gregem ſupplere, & ſufficere prolem, *d. l.* 68. §. *ult.* cum 2. *ll. ſeqq. de uſufr.* fiuntque capita ſubſtituta domini, ea quibus ſubſtituuntur, fructuarii, *d. l.* 69. Baſil. 16. *tit.* 1. *in fin.*

COM-

COMMENTARIUS.

1. *Inter onera, quæ fructuario incumbunt, unum esse ut rem fructuariam tueatur, & quid ea tuitio desideret.*

LOngius à via digreditur Imperator: sequendum tamen, quocunque trahit. Cum fructus omnes, sive ex re nascantur, sive per causam rei jure percipiantur, fructuarii lucro cedant, æquum est, ut is vicissim onera rei fructuariæ adjuncta agnoscat, juxta
1 regulam naturæ, *l.* 10. *de reg. jur.* Inter onera autem, quæ fructuario incumbunt, hoc unum est, ut rem fructuariam tueatur, *l. usufructuarius.* 44. *de usufr.* Hæc autem tuitio cum exigat, ut rem, quam accepit, integram & in suo statu conservet, quantum cura & reparatione fieri potest, ideo & curam ac diligentiam rei servandæ adversus imminentia pericula adhibere debet, & quidem talem, qualem diligens paterfam. suis rebus adhibere solet, *l. sed cum.* 65. *eod. l.* 1. *in fin. & l. seq. usufr. quem cav.* & suo sumptu sarcire ac reparare, quæ vitii aliquid contraxerunt, aut discesserunt à priori integritate; puta si quid reficiendum est, sarta tecta præstare, animalia ægrota curare, gregem ex fœtu supplere, in locum arborum demortuarum alias substituere: in summa rectè colere, atque ut bonus paterfam. uti, *l.* 7. §. 2. & 3. *l.* 13. §. 2. *l. agri.* 18. *l. sicut.* 45. *l. sed cum.* 65. *l. vetus.* 68. *in fin. & 2. ll. seqq. de usufr. l.* 7. *C. eod.*

Gregis usumfructum] Ait *gregis*, nam si non gregis aut universitatis ususfructus nomine cellectivo legatus sit, sed singulorum capitum, veluti centum ovium, nihil supplere cogitur fructuarius, *l. quid ergo* 70. §. 3. *de usufr.* quippe in his, quæ numero certa sunt & designata, non est augmento locus: & tot sunt tunc ususfructus, quot sunt capita fructuaria, quorum uno mortuo ususfructus iste extinguitur.

Demortuorum capitum] Ait *demortuorum.* Ulpianus *d. l. vetus* 68. *in fin. defunctorum*, hoc ideo, quia si vi externa capita aliqua ex grege perierint, incendio puta, aut ruina stabuli, aut prædonum impetu, hoc casus fructuarius præstare non debet, nec in locum amissorum alia substituere, arg. *l. arbores.* 59. *de usufr.*

Ex fœtu submittere] Ait *ex fœtu.* Neque enim de suo gregem supplere fructuarius cogitur, sed ex agnatis capitibus, hoc est, natis ex eodem grege, *d. l. vetus* 68. *in fin. eod.* Proinde si ex grege nondum ulla nata sint prioribus demortuis, aut si oves abortierunt, aut fœtus perierunt, priusquam submitti possent, nihil supplere debebit fructuarius. In locum quoque eorum capitum, quæ vel senio, vel vitio corporis inutilia facta sunt, alia ex fœtu submittenda. *l. vel inutilium* 69. *eod.*

Submittere debet] Submissionis effectus hic, ut substituta capita statim domini fiant, sicuti post substitutionem priora sive demortua vel utilia & vitiosa, fiunt fructuarii. 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 usufructuarius omnia quidem, etiam quæ sine culpa ejus contingunt, sed sola rei & interna incommoda ac detrimenta sustinet: quæ autem vi contingunt externa; nec à re ipsa proficiscuntur, placet ad onus fructuarii non pertinere, ex regula & jure communi de casibus fortuitis, *l. contractus* 23. *de reg. jur. l. quæ fortuitis* 6. *C. de pign. act.* Ulpianus in *l.* 7. §. *ult. de usufr.* scribit, fructuarium cogi & adserere arbores: quod Græcis est κεντρίζειν, id est, forare medullam arboris sterilis, & in eam fœcundæ calamum immittere; insitionis species pro genere. Qua forma Papinianus dixit adserere prolem pro adoptare, sicut scilicet inforatione surculus truncum adoptat, Cujac. 11. *obs.* 36. VINN. Elegans est hæc conjectura Cujacii: sed ex mea sententia non admodum solida. Adserere enim prolem Papiniano est adoptare, non quia sic adoptans filium quasi inferat familiæ, sed quod adoptans vetere ritu filium adoptivum *adserebat*, id est, vindicabat, formula illa nota: HUNC EGO HOMINEM EX JURE QUIRITIUM MEUM ESSE AJO. EST ENIM MIHI EMTUS HOC AERE HAC ÆNEAQUE LIBRA. HEIN.

Rectè enim colere] Non satis officio suo fungi videri debet usufructuarius, si fundum utcunque colat, nisi eum ita colat, ut ne deterior fiat causa ususfructus; omniaque faciat, quæ faceret in re sua: sicut cautione fructuaria continetur, *l.* 1. §. *cavere* 3. *usufr. qu. cav.*

TEXTUS.

De inventione Thesauri.

39. *Thesauros, quos quis in loco suo invenerit, Divus Adrianus naturalem æquitatem sequutus ei concessit, qui eos invenerit. Idemque statuit, si quis in sacro aut religioso loco fortuito casu invenerit. At si quis in alieno loco, non data ad hoc opera, sed fortuito invenerit, dimidium domino soli concessit, & dimidium inventori. Et convenienter, si quis in Cæsaris loco invenerit, dimidium inventoris, & dimidium esse Cæsaris statuit. Cui conveniens est, ut si quis in fiscali loco, vel publico, vel civitatis invenerit, dimidium ipsius esse debeat, & dimidium fisci, vel civitatis.*

NOTÆ.

39. *In sacro aut religioso*] Utroque scilicet privato; nam & sacra quædam privata, *l.* 6. §. 1. *D. ad leg. Jul. pecul.* Aliud, si in hujusmodi locis publicis: ita cape *l.* 3. §. *pen. D. de jur. fisc.*

Sed fortuito] Ut puta si quis colendi agri causa fodiens humum, aurum defossum inveniat, nullo adhibito perscrutandi studio, quod sine permissu 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. fisc. c.* 2.

COMMENTARIUS.

1. *Thesauri appellatione significari quasvis opes repositas, tum etiam ipsum locum, in quo asservantur, & ratio nominis.*
2. *In quaestione proposita quid eo verbo nostri intelligant, & quo referenda haec acquisitio.*
3. *Locum proprium hic intelligi etiam eum, in quo alius usumfructum habet: secus si jus empheyteusios aut feudi.*
4. *A divis fratribus nihil mutatum esse ex eo jure, quod de thesauro in loco sacro aut religioso reperto divus Adrianus constituit.*
5. *Cur caetera res hujus generis etiam in alieno quaesita occupantium fiant, thesaurus non item. & num.* 8.
6. *Cur thesaurus non totus cedat inventori, ut res caeterae, quae nullius.*
7. *Distinctio rerum Caesaris, fisci, publicarum & civitatis.*
8. *Summa juris de thesauris constituti, & quid moribus hodiernis obtineat.*

PArtes propositae tractationis, quae à Justiniano passim sparsae sunt, commodioris doctrinae causa ad duo summa capita revocari posse, ad occupationem scilicet, & rei nostrae potestatem, supra diximus in explicatione §. *singulorum* 11. *eod.* & progressi ostendimus, singula, in quae incidimus, ad alterutrum horum capitum pertinere. Nihil quod nobis potestate rei nostrae quaeratur, supereſt: ad factum & occupationem nostram pertinent, inventio thesauri, apprehensio rerum, quae à dominis vel traduntur, vel pro derelicto habentur, in quibus porro explicandis hic titulus consumitur.

Thesauros.] Thesaurus Graecis & Latinis idem est, quod Persis *gaza*, nimirum quaelibet divitiae, quas in
1 usum futurum asservavimus aut recondimus. Nam & pecunia nuper depositа, & 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.* 3. *d. tit. de acq. poss.* ut rectè existimat Gothofredus, injuria notatus à Bachov. vid. Duar. ad *d.* §. *Neratius* 3. Locus quoque, in quo opes asservantur, τὸ γαζοφυλάκιον, thesaurus appellatur. Plutarch. in *Solon.* Ἐκέλευσεν αὐτῷ τὰς θησαυρὰς ἀνοῖξαι τῶν χρημάτων. Hinc per translationem Cic. 1. *de orat. c.* 5. memoriam dicit esse rerum omnium thesaurum. Atque haec significatio etiam rationi nominis convenit. Quamvis enim Connan. 3. *comm.* 4. & Don. 4. *comm.* 14. thesaurum inde dici putant, quod, εἰς αὖλιον, *in eraſtinum*, sit repositus, ut sit θῆσις εἰς αὔριον: propius tamen vero est, vocem esse conjunctam ἀπὸ τῆς θήκης ἢ αὔρας, ut sit, conditorium pecuniae. Hoc enim nomine veteres Graeci pecuniam vocabant, qua qui ab-
2 undabat, αὐρὸς dicebatur, teste Hesychio. Caeterum in quaestione de acquirendo rerum dominio, cum agitur de thesauro occupatione acquirendo, Jurisconsulti thesaurum appellant eam duntaxat pecuniam, quae 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 quaestione proposita thesaurus definitore Paulo in *d. l.* 31. est vetus quaedam depositio pecuniae, cujus non extat memoria, ut jam dominium non habeat. Cui descriptioni similis est illa Leonis in *d. l. un.* thesaurum interpretantis, condita ab ignotis dominis tempore vetustiore mobilia, & Cassiodori *lib.* 6. *var. c.* 8. definientis depositivam pecuniam, quae 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 caeteris rebus, quae nullius sunt. Nam caeterae hujus generis res, quovis loco occupatae totae fiunt occupantis: thesaurus autem extra locum proprium repertus pro parte tantum dimidia. Sed & res caeterae quae nullius sunt, fiunt occupantis, etiamsi data opera quaesitae sint in alieno: thesaurus in alieno quaesitus nullo modo: Quod quamobrem tam variè placitum intelligetur non ita multo post.

Quos quis in suo loco invenerit.] Sive data opera quaesitos, sive fortè fortuna: tantum magicae artes ad thesaurum in suo inveniendum prohibentur: quas & ubique excipi oportet, *d. l. un. C. de thesaur.* Ait, *in loco suo.* Proprium locum accipere debemus etiam eum, 3
in quo alius usumfructum habet, *arg. pr. inf. de her. inst.* Proinde si in eo loco proprietarius thesaurum invenerit, in suo inveniſſe intelligi debet & totum sibi quaesisse. 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 praedio 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.* Moller. 4. *sem.* 27. Ager autem vectigalis sive emphyteuticus magis est, ut emphyteutae proprius existimetur, ejusque, qui dominium utile, quam qui directum habet. Nam ad emphyteutam pertinet pleniſſima rei utilitas, & pari jure, quo dominus rem tenet ac possidet; adeoque adversus ipsum etiam directum dominum utilem in rem actionem habet, *l. sciendum.* 15. §. 1. *qui satisd. l.* 1. §. 1. *si ag. vect. l. qui scit.* 25. §. 1. *in fin. de usur.* Longè igitur distat emphyteuta à fructuario: emphyteuta jus habet in corpore & substantia rei, fructuarius non item. Hinc est, quod fructuarius in edicto *Qui satisdare cog.* pro possessore non habetur, emphyteuta contra *d. l.* 15. §. 1. *qui satisd. cog.* quod arbores vi ventorum dejectae ad emphyteutam pertinent, non ad fructuarium, *l.* 12. *de usufr.* Si quid servo in quo quis usus-fructus, legatum aut donatum sit, id non fructuario sed domino proprietatis acquiritur, §. 4. *infr. per quas pers. cuique acq.* si servo emphyteutae, ipsi emphyteutae. Quam ob causam dubitandum non est, quin si ipse quoque emphyteuta in praedio in emphyteusin 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 al. fac. lib.* 2. *feud.* Mynſ. Schneid. Weſ.

Wes. poſt Gloſſ. & DD. *comm. hic.* Nic. Burgun. *ad conſuet. Fland. tr.* 12. Chriſt. *vol. 6. deciſ. 21. n. 19. & ſeqq.*

Adrianus naturalem æquitatem ſecutus] Hoc eſt, ſecutus regulam juris naturæ ſive gentium, de rebus, quæ nullius ſunt, occupanti concedendis §. *ferè 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 Accurſ. Ang. Porc. Fab. Schneid. *hic.* Duar. *de acq. rer. dom. c. 4.* Don. 4. *comm.* 14. Sic enim ſcribit Calliſtrat. *l. 3. §. pen. de jur. fiſc. Si in locis fiſcalibus, vel publicis, religioſiſve, aut 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. relict. §. 2. num.* 3. ſed ille conſtitutionem divorum fratrum à Juſtiniano iterum abrogatam contendit, qua parte illa derogaverat edicto divi Adriani. Neutrum probabile mihi videtur. Nam ſi edictum Adriani reſcripto Antonini & Veri ſublatum fuiſſet utique non quid ille, ſed quid hi de theſauris in loco ſacro religioſove inventis conſtituiſſent, Juſtinianus commemoraſſet: & cum ſimpliciter referat edictum Adriani, non facta mentione reſcripti fratrum Imperatorum, vix eſt, ut dici poſſit, hic aliquid novi juris ab eo conſtitutum eſſe. Arbitror commoda explicatione *d. l. 3. §. pen.* cum hoc noſtro §. conciliari poſſe: quamvis id neget Ant. Matth. Conſtituit Adrianus, theſaurum ejus eſſe, qui eum inveniſſet in loco ſuo: addidit, idem eſſe, etiamſi in loco ſacro aut religioſo repertus ſit; nimirum ejus itidem eſſe, cujus eſt fundus, in quo loca iſta ſunt, perinde quaſi in ſuo adhuc reperiſſet. Nam etſi loca ſacra & religioſa nullius 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. empt.* neque poteſt ſine injuria vel in Deos ipſos Deorum beneficio privari, qui vel ipſi, vel quorum majores partem fundi ſui divinis uſibus dicaverunt. Quid divi fratres in *d. l. 3. §. pen. de jure fiſci?* Conſtituerunt, inquit Calliſtratus, ut theſauri in locis fiſcalibus vel publicis religioſiſve aut monumentis reperti pro parte dimidia fiſco vindicarentur. Titulus ipſe & rerum conjunctio oſtendunt, loqui Impp. de locis religioſis ſimilibus publicis, in quibus ſcilicet fiſcus jus habet, aut qui fiſci quodammodo ſunt, puta quod ad fiſcum 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 fiſcum volunt, quo utitur in rebus publicis juris profani, aut quo utuntur privati in loco ſuo ſive profano ſive religioſo. Et vero ob loci religionem aut ſanctitatem nihil novi juris hic conſtitutum fuiſſe, argumento eſt, quod Leo Imp. in *d. l. un. C. de Theſaur.* ſimpliciter diſtinguit; an quis in ſuo loco repererit, an in non ſuo, nulla facta mentione ſacri aut profani, quaſi hoc nihil ad rem faciat: idque ex Ælio Spartiano *in Hadr. cap.* 18. etiam certius colligas, qui itidem ſine ulla rerum diſtinctione refert, Adrianum de Theſauris ita caviſſe, ut *ſi quis in ſuo reperiſſet, ipſe potiretur: ſi quis in alieno dimidium domino daret: ſi quis in publico, cum fiſco æqualiter partiretur.* Nulla igitur eſt pugna inter *d. l. 3. §. pen.* & hunc §. noſtrum, quem de loco religioſo privato accipi oportet, ſuadente id ipſum quoque rerum in eo conjunctione & diſcretione: manifeſteque labitur Bachovius, qui ob conjunctionem loci religioſi & ſacri negat hanc interpretationem admitti poſſe, eo quod nulla loca aut ædes ſacræ privatæ dici poſſint; hoc enim falſum eſſe, & ſacella privata propriaſque ſuas ædiculas veteres habuiſſe, vel unus Paulus eum docere poterat in *l. ſacrilegi 9. §. 1. ad leg. Jul. pec.* ita propemodum & Conn. 3. *Com.* 4. Charond. 1. *veriſim.* 21. Robert. *rec. lect.* 5. Cantiunc. & Weſemb. *hic.* VINN. Addendus hic omnino Jac. Gothofred. ad *l. 1. C. Theod. de theſaur.* ubi tota hujus legiſlationis hiſtoria erudite exponitur. HEIN.

Fortuito caſu] Theſaurus, quem inveni in loco meo ſive fortuitum ſive quæſitum, meus eſt: ſin ille locus meus ſacer eſt vel religioſus, non alias meus erit, quam ſi fortunæ quaſi munere mihi oblatus fuerit, nullo adhibito perſcrutandi ſtudio: quod procul dubio ideo placuit, ne detur occaſio violandorum ſepulchrorum & aperiendi urnas defunctorum, ſi etiam ſtudioſè quæſitum inventumque ſuum quiſque faciat, ſibique habeat.

At ſi quis in alieno] Cæteræ res, quæ nullius ſunt, occupantium fiunt, etiamſi data opera in alieno quæſitæ ſint, ut de feris beſtiis in fundo alieno inveſtigatis & captis diximus: theſaurus in alieno quæſitus & inventus ne pro parte quidem fit inventoris, ſed totus domino reddi jubetur, *d. l. un. C. de 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 cujus viſceribus theſaurus abditus jacet. Aliena autem effodere ſine permiſſu domini, inque iis latentes rimari opes, merito vetitum, & pœna, non præmio, dignum. *d. l. un. l. 2. C. Theod. de theſaur.* 5

Dimidium domino ſoli] Theſaurus in alieno loco caſu inventus, dum quis arat, aut quid aliud in eo operis facit, pro dimidio inventoris fit, pars altera dimidia conceditur domino ſoli, *l. ſi is. 63. §. pen. & ult. hoc tit. d. l. un. C. de theſaur.* Cur vero, inquis, non totus cedit inventori, ſicuti cæteræ ejuſdem generis res occupantis totæ fiunt, loco quocumque occupatæ, ut feræ beſtiæ, res pro derelicto habitæ, gemmæ & lapilli inventi in littoribus? Nimirum quia illæ feræ nullius ſunt, theſaurus non eſt; quippe quem nemo eo animo abſcondit, ut eum in numero rerum ſuarum eſſe nolit, ſed ut tutiore loco cuſtodiat: tantum ideo nullius eſſe dicitur, quia cujus ſit non apparet: 6

nam

nam etsi dominum per rerum naturam habeat, hæredem scilicet ejus, qui eum defodit, quamvis per longissimam successionem primo domino succedentem: apud nos tamen non habet; quia à nobis dominus ignoratur: ob quam incertitudinem itum est ad hanc partitionem, ut pars una inventori, pars altera domino loci adjudicaretur. Tametsi enim pro inventore dici poterat, thesaurum, ut rem nullius, totum ei, qui invenit, tribui oportere, propterea quod de his, quæ non apparent, perinde judicandum sit, quasi non essent, *l. in lege* 77. *de contr. empt.* dominum tamen loci & sua, & par ratio defendit, qui contra sibi thesaurum vindicans, dicere potest, nihil esse verisimilius, quam quod à majoribus suis profectus sit: in proprio enim, quia tutius, non in alieno thesauros condi: adhæc fundi in quo tanto tempore asservatus est, quodammodo beneficium esse: quam ob causam cum Impp. Gratianus, Valentinian. & Theod. partem quartam duntaxat domino loci assignassent, *l.* 2. *C. Theod. de thes.* merito Imp. Leo, abrogata eorum constitutione, ad æqualitatem partitionis & veterum constitutionum normam rem revocavit. VINN. Videtur ratio hujus divisionis inde repetenda, quod veteres disputarent, accessionisne jure an inventionis vel occupationis adquiratur thesaurus? Prius placuit illis, quos hic sequitur Imperator: posterius Paullo. *l.* 31. §. 1. *ff. de adqu. rer. dom.* Qui prius admittebant principium: totum thesaurum vindicabant domino fundi: qui posterius; inventori. Hadrianus utrumque conjunxit, & dimidium domino addixit, jure accessionis, dimidium inventori, jure occupationis rei pro derelicta habitæ. HEIN.

7 *In Cæsaris loco &c.*] Distinguit Imp. loca Cæsaris à locis fiscalibus, & hæc à publicis, publica à locis civitatis. Res Cæsaris dicuntur bona Principis patrimonialia. Res fisci sunt, veluti bona proscriptorum, vectigalia, commissa, bona caduca; quæ quidem & ipsa quasi propria & privata sunt Principis, *l.* 2. §. 4. *ne quid in loc. pub.* sed, ut Principis, & ratione imperii. Publica loca appellat, quæ in usu publico sunt populi Romani, veluti areæ, insulæ, agri, viæ itineraque publica, *d. l.* 2. §. 3. Loca civitatis, quæ usibus civium in municipiis & singulis civitatibus deserviunt, §. *universitatis.* 6. *sup. eod.* quæ à publicis eodem sensu hic separat, quo Ulp. bona civitatis ab iis, quæ populi Romani sunt, *l.* 15. *de verb. sign.* Spartianus *in Hadr. cap.* 18. omnia ista loca designavit uno verbo publici. Hæc obiter in præsentia: subtilius rerum Cæsaris, fiscalium, & publicarum discrimen exquiremus, §. *ult. inf. de usuc.*

8 *Dimidium fisci vel civitatis*] Sive in loco alieno privati alicujus, sive in loco Cæsaris, aut publico fisci vel civitatis thesaurus repertus sit, medietatem 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. *quæ sint regal. in fin.* Quod si inventor partem thesauri ad fiscum pertinentem suppresserit, totum cum altero tanto cogitur solvere. Deferre autem se nemo cogitur si pars fisco non debeatur, *l.* 3. §. *ult. de jur. fisc.*

9 Summa juris de thesauris edicto D. Adriani constituti hæc est, ut si quis thesaurum in suo reperisset, sive quæsitum sive nihil tale cogitans, totum sibi haberet: si quis in alieno, non data ad hoc opera, dimidium domino daret, partem alteram duntaxat ipse consequeretur: si quis in loco publico, itidem non data opera, cum Principe aut civitate æqualiter partiretur. Si quis autem scrutatus in alieno sive privato sive publico thesaurum invenisset: is totum hunc domino loci, cive, ad cujus 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. quæ sint reg.* At nunc in plerisque locis thesauros, ut & alia plerique ἀδέσποτα, Principes sibi vindicant, & quidem in solidum, quocunque in loco reperti fuerint: estque id nunc jus commune & quasi gentium. Nam & in Germania, & Gallia, & Anglia, & Hispania, & Dania id observatur, teste D. Grot. 2. *de jur. bell. c.* 8. *n.* 7. add. Peregrin. *lib.* 4. *de jur. fisc. c.* 2. Covar. *in relect. c. peccatum. de reg. jur. in* 6. *part.* 3. §. 2. Lebret. *lib.* 3. *de la souveraineté, c.* 6. Christin. *vol.* 1. *decis.* 16. Theodoricus quoque rex thesauros quocunque loco repertos publico vindicari jussit, *Sine damno* enim, inquit, *inventa perdit, qui propria non amittit.* Cassiodorus 4. *var.* 34. & 68. Apud nos tamen jus hoc incertum esse dicitur; nam patronos quidem fisci contendere thesauros quocunque in loco inventos ad fiscum pertinere, ut in plerisque aliis regionibus nunc obtinere diximus: cæterum alios contra putare, sequendam nobis esse in hoc negotio constitutionem juris Romani; propterea quod neque quicquam de eo cautum reperiatur legibus propriis, neque doceri possit, Romani juris vigorem apud nos desuetudine usuque contrario enervatum. Grot. 2. *manud. ad Jurisp. Bat. 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. 1. Regula ejusque Ratio.

40. *Per traditionem quoque jure naturali res nobis acquiruntur. nihil enim tam conveniens est naturali æquitati, quam voluntatem domini, volentis rem suam in alium transferre, ratam haberi: & ideo cujuscunque generis sit corporalis res, tradi potest, & à domino tradita alienatur. Itaque stipendiaria quoque & tri-*

tributaria prædia eodem modo alienantur. Vocantur autem ſtipendiaria & tributaria prædia, quæ in provinciis ſunt: inter quæ, nec non & Italica prædia, ex noſtra conſtitutione nulla eſt differentia: ſed ſiquidem ex cauſa donationis, aut dotis, aut qualibet alia ex cauſa tradantur, ſine dubio transferuntur.

NOTÆ.

40. *Per traditionem*] Ex Cajo *l.* 9. §. 3. *h. t.* Sola autem conventione dominium non transfertur, veluti ſi inter nos convenerit, ut mea res eſſet tua, licet ex juſta cauſa, puta, quia eam tibi vendidi, *l.* 20. *C. de pact.*

Noſtra conſtitutione] *d. l. un. C. de uſuc. transf.* ubi tollitur vetus rerum & dominorum diſtinctio. Etſi autem provinciales pleno jure domini non erant, habebant tamen jus aliquod dominio proximum, prædiaque ſua alienare poterant, & hæredibus relinquere, & ſervitutem his imponere, *l.* 3. *C. de ſervit.*

Ex cauſa] Nunquam enim nuda traditio dominium transfert, ſed ita, ſi venditio aut alia juſta cauſa, id eſt, titulus ad dominium transferendum habilis, præceſſerit, *l.* 31. *h. t.* ſaltem opinione tradentis.

COMMENTARIUS.

1. *Citra traditionem dominia rerum jure gentium non transferri, & quam rationem hoc habeat?*
2. *An ad transferendum dominium requiratur vacua poſſeſſionis traditio?*
3. *Reſponſum Tryphonini ſub tit. de fund. dot. expoſitum.*
4. *Traditione non transferri dominium, niſi juſta cauſa, ſaltem opinione tradentis, præceſſerit, propter quam traditio ſequatur.*
5. *An & quando diſſenſio in cauſis tradendi & accipiendi impediat dominii tranſlationem?*
6. *De veteri diſcrimine dominiorum nonnulla.*
7. *Quale jus olim poſſeſſores prædiorum provincialium habuerint?*
8. *Stipendium & tributum univocè dici.*
9. *Provincialium qui vectigales, qui ſtipendiarii ſive tributarii appellati?*

HÆc 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 traditæ acceptionem atque apprehenſionem; quippe ſine qua traditio non perficitur, hoc eſt, dominium non transfertur aut acquiritur, *l. in omnibus.* 55. *de obl. & act.* Differt autem hic modus acquirendi à ſuperioribus ejuſdem generis, quod earum rerum, quæ nullius ſunt, jure gentium acquirendarum ratio præter apprehenſionem nihil deſiderat, quia occupantur ſine cujuſquam injuria, quæ ex hoſtibus capiuntur, invitis dominis ad nos tranſeunt jure belli: in ſpecie autem propoſita non ſatis eſt nanciſcendi dominii cauſa, rem apprehendiſſe, niſi & voluntate domini in hoc tradita ſit; quod omnino hic exigit ratio juris gentium, *d. l. in omnibus.* 55. *l.* 2. *de his qui ſui vel al. jur. l.* 1*d quod noſtrum.* 11. *de reg. jur.* Et quia nemo eo animo eſt, ut velit rem ſuam in alium transferre ſine cauſa, inde eſt, quod, cum in cæteris omnibus juris gentium acquiſitionibus modus acquirendi idem ſit, & cauſa ſive titulus, (verbi cauſa occupatio feræ beſtiæ eſt & modus acquirendi & titulus,) ea in hac ſpecie perpetuo diſtinguatur. Modus acquirendi eſt traditio vel potius rei traditæ acceptio & apprehenſio; titulus, veluti emptio, permutatio, donatio, cæteræque cauſæ, ex quibus re à domino tradita dominium in accipientem tranſit, ſin minus, jus uſucapiendi, *l. nunquam.* 31. *hoc tit. l.* 1. *& ſeqq. de publ. in rem act.*

Per traditionem] Traditio vel vera eſt, quæ naturalis datio appellatur, *l. non ſtatim.* 8. *de pecul.* & in re mobili eſt de manu in manum tranſlatio, in re ſoli in poſſeſſionem inductio; vel ficta; quæ commoditatis cauſa fit vel brevi manu, vel actu aliquo corporis, aut nota ſive ſymbolo, quod veram traditionem repræſentet. Non minus verò ficta & ſymbolica traditione dominium in accipientem tranſit, quam vera & naturali, §. *interdum.* 43. *& ſeq. inf. eod.* At citra ullam traditionem nudis & ſolis pactis dominium non transfertur, etiamſi id agatur in negotio gerendo, ut transeat: verbi cauſa, placuit inter nos, ut mea res eſſet tua; licet id placuerit ex juſta cauſa, puta quia eam tibi vendidi, non ante tamen tua erit, quam à me tibi tradita ſit, *l. traditionibus.* 20. *C. de pact. l. ſi ager.* 50. *de rei vind. l. quotiens.* 15. *l. pen. C. eod. l.* 6. *C. de har. vel act. vend.* Cur vero ad dominium transferendum non placet ſufficere nudam convenientium voluntatem? Nimirum, quia nemo ex ratione juris gentium facto ſuo rem, ſive ea nullius ſit, ſive alterius, 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 alienæ apprehendi, & per eam poteſtati noſtræ res ſubjici poteſt, quam ſi dominus eam tradiderit, in cujus tam diu poteſtate eſt & manet. Diſſ. tamen D. Grot. 2. *de jure belli c.* 6. & 8. contendens ex ratione juris naturæ ſeu Gentium, nihil amplius ad tranſlationem dominii requiri, quam ſolam voluntatem domini rem ſuam alteri in hoc addicentis: jure autem & ratione civili inſtitutum eſſe ſecuritatis 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 impropriè dicatur. Sed poſito eo, quod diximus, & quæ veterum ſanè omnium ſententia fuit, traditione, non nuda conventione, dominium jure naturali ſive gentium acquiri, quæſitum porro ab interpp. eſt, an in propoſito ad dominium transferendum ſufficiat, rem qualiterqualiter tradidiſſe, dum ea tradita ſit vacua ab omni detentore, qui apprehenſionem impediat; an vero ad eam rem neceſſe ſit, tradere rei vacuam & plenam poſſeſſionem? Breviter, an res ab alio poſſeſſa ita alicui tradi poſſit, ut dominium in eum tranſeat. Finge ita; Fundum tibi vendidi, qui ab alio bona fide poſſidebatur, & dum fortè poſſeſſor peregre abeſt, eum tibi tradidi dominii transferendi cauſa, tu in eum ingreſſus es eo animo,

ut capias, quod traditur, & dominus fias. Quæritur, an quia vacua poſſeſſio tibi tradita non eſt, ac ne poſſeſſio quidem, nihilominus tibi fundus jure gentium acquiratur? Et putavi aliquando cum DD. Longobardis, Placent. Joan. Azon. Accurſ. Odofred. Bart. Bald. quos ſequitur D. Don. 4. *comment.* 19. acquiri: neque alienam abſentis poſſeſſionem obſtare domino, quominus ille rem ſuam transferat in eum, cui ejus rei corpus prehendendum & tenendum dat, ſine cujuſquam impedimento. Cæterum nunc in contrarium moveor, & quidem maximè 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 facto noſtro acquiritur, prius poteſtati noſtræ ſubjiciatur. At vero res poteſtati noſtræ ſubjecta dici non poteſt, cujus plenam poſſeſſionem, eamque, quæ avelli non poſſit, nacti non ſumus, *l. 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 juſta 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 transfertur dominium & præſtatur cauſa uſucapionis, *arg. l.* 11. §. 1. *de act. empt. l. fundum.* 46. §. 1. *de evict.* §. *pen. inſ. per quas perſ.* non magis convenit, re à domino tradita dominium transferri ſine tranſlatione poſſeſſionis, quam re tradita à non domino jus uſucapiendi. 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? Plane nihil. *l. reſtituta.* 37. *ad ſen. Trebel.* At certum eſt, per procuratorem dominium nobis non acquiri, niſi per conſequentiam poſſeſſionis per eum nobis adeptæ, *l. traditio.* 20. §. *ult. hoc tit. d.* §. *pen. inſ. 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.* 5. *inſ. eod.* His accedit & veterum manifeſta auctoritas, quibus tradere, cum de transferendo dominio quæritur, nihil aliud eſt, quam poteſtatem facere rei habendæ & poſſidendæ; traditio nihil aliud, quam poſſeſſionis datio atque tranſlatio, *l.* 3. §. 1. *de act. empt.* 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 probat. l. qui prædium.* 13. *C. de diſtr. pign.* & maximè *l.* 8. *C. de act. empt.* idem, *l. hæc 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, inquies, nihil commune habet poſſeſſio cum dominio, *l.* 12. §. 1. *de acq. poſſ.* Quid tum poſtea? Nam nec titulus ſive cauſa, nec nuda apprehenſio & detentio habet: quæ tamen illi ipſi in propoſito requirunt, qui hoc objiciunt. Separata quoque eſt cauſa poſſeſſionis & uſucapionis, *l.* 2. §. 1. *pro empt.* nemo tamen inde colligit, uſucapionem ſine poſſeſſione procedere. Nihil ad rem facit quod dominium retineri poteſt ſine poſſeſſione: non enim tam facilè quid acquiritur, quam quæſitum ſemel retinetur. poſſeſſio non acquiritur niſi animo & corpore, animo retinetur ſolo, *l.* 3. §. 1. & §. *ſaltus.* 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, §. *feræ.* 12. *ſup. eod.* Unus locus eſt, quo præcipuè moventur, qui dominium etiam ſine poſſeſſione acquiri poſſe contendunt, *l. ſi fundum.* 16. *de fund. dot.* 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 Juliæ pertinere inciperet, maritoque acquireretur vindicatio; quæ omnia arguant, dominium iſtius fundi marito quæſitum fuiſſe, *per l. in rem.* 23. *de rei vind.* junct. *l. dotale.* 13. §. 2. *de fund. dot.* 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 dari tantum deſtinata, *l. ſi rem.* 14. & *l. ſeq. de jur. dot.* & cur prædium dotale conſtitui minus rectè dicatur, quod mulier inſtrumento dotali profitetur ſe in dotem dare, quam uſusfructus & jura prædiorum conſtitui dicuntur pactionibus & ſtipulationibus? §. 1. *infra de uſufr.* §. *ult. inſ. 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 ſive actionem ipſam in dotem datam omnino credibile eſt, cum ipſam rem tradere, quam alter poſſidebat & tenebat, mulier non potuerit. Lex Julia vetat alienari vel uſucapi fundum dotalem. Hæc prohibitio legis Juliæ pertinet quidem maximè ad fundum jam traditum & marito acquiſitum: quippe qui propriè dotalis eſt, *d. l. dotale.* 13. §. 2. *de fund. dot.* & dotalis conſtituitur non qualiquali traditione, ſed ea, quæ & poſſeſſionem transferat, *l.* 5. *in fin. ſol. matr.* Cæterum, ut Tryphoninus ſignificat, pertinet ea lex etiam ad fundum nondum traditum, ſed doti tantum deſtinatum aut inſtrumento promiſſum, tranſlata actione ad dominium vindicandum: propterea credo, quod qui actionem ad rem vindicandam habet, propè abeſt ab eo, qui habet rem ipſam, *l. qui actionem. de reg. jur.* Juvat hanc interpretationem locus ipſe, in quo cum quod nulla fit mentio traditionis, tum quod maritus dicitur fundum à Titio petere debuiſſe; argumento eſt, Titium ipſum fuiſſe & manſiſſe in poſſeſſione, nihilque marito ne corporaliter quidem traditum & tenendum datum. Planè ſufficit tradentem verè poſſidere, licet alius in poſſeſſione ſit, hoc eſt, rem detineat: nam jus detentionis non impedire, quominus ſimplici traditione poſſeſſio & per eam dominium transferatur, oſtendit *l.* 14. & *tot. tit. qua in fraud. cred.* nec obſtat, quod dicitur in *l.* 2. §. 1. *de act. empt.* vacuam poſſeſſionem emptori traditam non intelligi, ſi

3

cre-

creditores bona poſſideant: hoc enim ad obligationem venditoris pertinet, quæ hoc exigit, non tantum ut res præſtetur vacua ab omni vero poſſeſſore, ſed etiam ab alio omni, qui jus aliud, vel detentionem habeat, cujuſmodi habent creditores, qui morante porro debitore etiam ſecundum decretum petere & impetrare poſſunt. Illud meminiſſe oportet, diſputare nos de acquirendo rerum dominio jure gentium: nam quin jure civili multis ex cauſis ſine poſſeſſione acquiratur, veluti aditione hæreditatis, agnitione bonorum poſſeſſionis, legati fideicommiſſi, dubium non eſt. Utilitatis quoque cauſa jure ſingulari in quibuſdam cauſis receptum, ut cui poſſeſſio non acquiritur aut acquiri non poteſt, ei ſimplici apprehenſione acquiratur dominium, eo, qui tradit amittente poſſeſſionem, vid. *l. acquiruntur.* 10. §. 4. *l. liber.* 19. junct. *l. homo.* 54. *hoc tit. l. etiam invitis.* 32. *eod.* junct. *l. peregre.* 44. §. 1. *de acq. poſſ. l.* 13. *de donat.* add. Cont. *lib.* 1. *diſput.* 8. Hotoman. *illuſt. quæſt.* 11. Bronch. 3. *aſſ.* 81.

Voluntatem domini] Eſt enim ſuæ quiſque rei moderator & arbiter. *l. in re mandata.* 21. *C. mand.* Cæterum 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 alicui tradit transferendi gratia, niſi cauſam habeat, cur id fa-4 ciat. 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 ſuperfluè, cùm 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 impediat dominii tranſla-5 tionem? Et ſiquidem in tradente nulla ſit cauſa dominii transferendi, vel in capiente nulla nanciſcendi; ut ſi ego deponam apud te pecuniam, tu quaſi mutuam aut donatam accipias, aut è converſo, ſi ego tibi dem pecuniam quaſi mutuam, tu quaſi commodatam accipias oſtentandi cauſa; certum eſt, dominium non transferri, *l. ſi ego.* 18. §. 1. *de reb. cred.* Non enim hic concurrit affectus ex 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 mutuam accipis, *d. l. ſi ego.* 18. *pr. de reb. cred.* Primum negat hic eſſe donationem: ſed hoc etiam ex ſententia Juliani. Deinde ait, nec mutuam eſſe: 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: & hanc regulam etiam eodem exemplo declarat, *d. l. cum in corpus.* 36. quod proponitur ab Ulpian. *d. l. ſi ego.* 18. *de reb. cred.* D. Contius 1. *diſp.* 9. & Bachov. *in Treutl. diſput. de mutuo. theſ.* 4. negant hoc diſſidium componi poſſe: & ſane ferri non poteſt, quod Alciatus 5. *parerg.* 15. Pac. 3. *quæſt.* 67. Gilb. Reg. 2. *enant. ultim.* putant, diverſas eſſe horum locorum ſpecies, pecuniam creditam apud Julianum interpretantes debitam, contra uſum verborum & manifeſtum ſenſum Juriſconſulti. Si qua eſt componendi ratio, ea eſt, quam affert Connan. 3. *comm.* 7. & Don. 4. *comm.* 18. & *ad d. l. ſi ego.* 18. *de reb. cred.* nimirum Verba hæc Ulpiani, *magiſque nummos accipientis non fieri*, duplicem poſſe pati interpretationem: poſſe ſic accipi, ut nummi omnino non fiant accipientis: poſſe etiam ſic, ut non fiant perfectè, non irrevocabiliter, ex comparatione ſcil. acquiſitionis rei donatæ, *arg. l. aliud eſt capere.* 71. *de verb. ſign. l. cum quis.* 38. §. 3. *de ſolut.* fiant tamen eo effectu, ut etiamſi adhuc extent, 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. Fuſius hæc exequor *lib.* 2. *ſel. quæſt. 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 & quadrupedes, 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.* Rævard. ad *leg.* 12. *tab. c.* 16.

Corporales res] Nam res incorporales propriè traditionem non recipiunt, *l.* 3. §. *ſi iter.* 2. *de act. emp. 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. d. l.* 3. §. *ſi iter. de act. empt. l.* 2. §. *ult. de prec.*

A domino] Qui ſcilicet liberam rerum ſuarum admi-

niſtrationem habeat. Nihil autem intereſt, utrum ipſe dominus rem ſuam alicui transferendi cauſa tradat, an voluntate ejus alius, procurator puta aut creditor, §. *nihil autem.* 42. *inf. eod.* §. 1. *inf. quib. al. lic.* aut etiam alii, qui jure pro dominis habentur, ut tutores & curatores. *l. bonæ fidei.* 109. *de verb. ſign. l. non omni.* 16. *& l. lex.* 22. *C. de adm. tut.*

Tradita alienatur] Non minus videlicet pleno jure, quam ſi mancipata aut in jure ceſſa eſſet, ſublato antiquo diſcrimine dominii, *l. un. C. de nud. jur. Quir.*
6 *toll.* 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, iſque 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 eo manebat venditoris, quamdiu mancipatus, in jure ceſſus, aut uſucaptus non eſſet. Jus hoc Quiritium ſibi aſſerebat, qui vindicabat hac vulgata formula; *Hunc ego hominem ex jure Quiritium meum eſſe ajo. l.* 1. *de rei vind.* Hinc & illa judicis dati formula apud Cic. 4. *in Verr. c.* 12. *Si paret 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. Rævard. *d. cap.* 16. Erat autem ejus, qui in bonis habebat, cauſa potior, quam domini ex jure Quiritiarii: nam ſi ſervus alterius in bonis, alterius ex jure Quiritium eſſet, ex omnibus cauſis acquirebat ei, cujus in bonis erat, Ulp. *d. tit.* 19. §. *pen.* Qua de cauſa Juſtinianus nudum hoc & inane Quiritium jus ſuſtulit, *d. l. un. C. de nud. jur. Quir. tol.*

Tributaria prædia eodem modo alienantur] Dixit, res omnes, cujuſcumque generis ſint, traditione alienari, hoc eſt, ut omnes exponunt, non minus res mancipi, quam nec mancipi. Hinc infert etiam, eodem modo alienari prædia provincialia. Atqui hæc prædia fuere res nec mancipi: res autem nec mancipi etiam veteri jure nuda traditione abalienabantur. Ulp. *d. tit.* §. 6. Unde videtur ex contrario ſic inferendum fuiſſe; *Itaque Italica quoque prædia eodem modo alienantur.* Verum alio reſpicere Imperatorem, ex ſequentibus apparet, ad exæquationem videlicet juris prædiorum provincialium & Italicorum, cujus ipſe primus auctor eſt,
7 *l. un. C. de uſuc. transf.* Olim agri & prædia in provinciis non erant pleno jure poſſeſſorum, ſed uſu & fructu duntaxat: ſummo autem jure propria erant populi Romani: quippe quæ prædia cum primum jure belli una cum poſſeſſoribus in jus & ditionem populi victoris veniſſent, hoc eſt, publica facta eſſent populi Romani, ſæpè provincialibus ſeu veteribus dominis denuo utenda & fruenda concedebantur, impoſito annuo vectigali aut tributo in argumentum retentæ proprietatis aut ſummi juris. Unde eſt quod prædia iſta à poſſeſſoribus mancipio dari non poterant, nec ab alio uſucapi, ſed longi duntaxat temporis poſſeſſione illud, quod dixi, jus in iis acquiri: de quo uberius *tit.* 6. Poterat & nuda traditione jus idem in quoſvis alios transferri, ſalva ſcilicet ſemper manente proprietate populo aut Principi. Igitur quod de hiſce prædiis ait, eodem illa modo alienari, ſic accipiendum eſt, alienari plenè & perfectè, ſimplicique traditione transferri in accipientem verum & juſtum dominium, idem nimirum, quod nunc quiſque dominus in re ſua qualibet habet, ſublata rerum & dominiorum diſtinctione, *d. l. un. C. de nud. jur. Quir. toll. d. l. un. C. de uſuc. transf.* Atque hinc patet, conſtitutione Antonini, qui provincialibus omnibus jus civitatis dedit, *l. in orb.* 17. *de ſtat. hom.* effectum non eſſe, ut ſolum provinciale ejuſdem juris eſſet cum ſolo Italico. Primus enim Juſtinianus differentiam ſuſtulit, voluitque eodem jure prædia omnia cenſeri, *d. l. un. C. de uſuc. transf. & hoc text.* Obiter addo jus illud vetus provincialium poſſeſſorum non fuiſſe jus perſonale, quale eſt uſusfructus: ſed reale & proximum dominio, cujuſmodi eſt emphyteuticum, & quod vulgo appellatur dominium utile. Nam & poſſeſſiones ſuas hæredibus relinquere & cuivis extraneo in jure cedere, Ulp. *d. tit.* 19. §. 8. Theoph. *hic.* & ſervitutem his imponere poterant, *l.* 3. *C. de ſerv.*

Sunt autem ſtipendiaria & tributaria prædia, quæ in provinciis] Nemo hinc colligat, prædia omnia, quæ in provinciis erant, vectigalia fuiſſe. Certum enim eſt, multas civitates beneficio populi aut Principum jus habuiſſe Latii ſive Italiæ, & ſine eo jure colonias nonnullas provinciales & civitates immunes fuiſſe, *l.* 1. *l. pen. l. ult. de Cenſ.* 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 *συνωνύμως*. Nam conſtat, Principes ſenſim 8
ſibi provincias omnes ſepoſuiſſe, neque diu ratam manſiſſe partitionem illam provinciarum, 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.* 4. *de jur. fiſc.* Sed tamen *συνώνυμα* eſſe ex auctoritate Pomponii refert Ulpian. *l. ſi ager.* 27. §. 1. *de verb. ſign. Stipendium*, inquit, *à ſtipe appellatum eſt, quod per ſtipes, id eſt, modica æra colligatur. Idem hoc etiam tributum appellari Pomponius ait. Et ſanè*, inquit, *appellatur à contributione tributum, vel ex eo, quod militibus tribuatur*, ita & Feſtus in voce *Tributum.* Varro autem *lib.* 4. *de ling.* ſic dictum ſcribit, quod *tributim à ſingulis pro portione cenſus exigebatur.* Neque ſolum initio, ut ex Cic. Cæſ. Liv. Plin. Gellio diſcimus, ſtipendium & tributum promiſcuè appellata eſt ea pecunia, quæ populo imperabatur & colligebatur in publicum, ut ex ea miles ſuſtentaretur: ſed etiam apud poſteriores, Sueton. Eutrop. Sextum Ruffum, promiſcuum eorundem verborum uſum reperias, ut obſervavit D. Cujac. 7. *obſ.* 3. In eo ſanè aliqua differentia eſt, quod plerumque ſtipendium, non tributum, appellamus æs, quod ex tributo militibus ſolvitur: unde ſtipendia facere &c. Petilius Cerealis apud Tacit. *lib.* 4. *hiſt. cap.* 74. *Neque quies*, inquit, *gentium ſine armis, neque arma ſine ſtipendiis, neque ſtipendia ſine tributis haberi queunt.* Verum hoc

ad

9 ad præſentem diſputationem non pertinet. Illud verum eſſe oſtendit antiquitas, quod D. Hotomannus hic notat, provincialium alios vectigales fuiſſe, alios ſtipendiarios ſive tributarios. Vectigales, qui incertum vectigal ſolvebant, ut decimam partem frugum; unde Decumani dicti, & eorum ager decumanus, de quibus multa Cicero 3. *in Verr.* Stipendiarios, qui certum vectigal in pecunia vel etiam in frumento pendebant. Quod & tributum ſeu ſtipendium, & teſte Cicerone 5. *in Verr.* Stipendiarium dicebatur. Quanquam vectigalis appellatio latius patuit, eaſque etiam pecunias comprehendit, quæ vel prætorii, vel ſcripturæ, vel ſalis, aut viceſimæ nomine exigebantur, de quo in præſentia non quæritur, *l. ult.* §. *ſpecies*, 8. *de publican.* conſule Sigon. 1. *de jur. civ. Rom.* 16. Freig. *in lib.* 3. Cic. *in Verr.* Gœd. *ad l. inter publica.* 17. §. 1. *& l. ſi ager.* 27. *de verb. ſign.* VINN. Accuratius hæc omnia exponit V. C. Petr. Burmannus *de vectigalibus Populi Rom.* qui hic omnino conferendus. HEIN.

TEXTUS.

2. Limitatio.

41. *Venditæ vero res & traditæ 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 transeat, ex cauſa emptionis non aliter, quam ſi pretium ſolutum ſit, &c.*
2. *Satisfacere & ſolvere, item fidejubere & expromittere, quomodo differant?*
3. *An præſumatur venditor fidem emptoris ſecutus ex eo, quod ſimpliciter rem tradiderit?*
4. *Ad tranſlationem rerum immobilium quæ jure civili Batavorum deſiderentur?*

QUod 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 exigitur, ut pretium ſolutum ſit, 1 aut neceſſitas ejus ſolvendi 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 conſtet: quippe qui ex communi hominum ſenſu hac lege & conditione potius rem, quam vendidit & tradidit, transferre voluiſſe cenſeri debeat, ſi pecunia ſibi ſoluta ſit, (hanc enim ſpectat, & protinus ſibi numerari velle videtur, qui rem vendit) quam animum habuiſſe rem ſuam pure & ſimpliciter in 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 cont. empt. l.* 5. §. *pen. de trib. act. fact. l. ut res.* 53. *de cont. empt.* Satisfaciendi verbum generalius 2 eſt, quam ſolvendi. Qui ſolvit, utique & ſatisfacit: at non omnis ſatisfactio ſolutio eſt. Satisfacit & qui non liberatur, veluti ſi quis fidejuſſorem vel pignora det: ſolutione vero obligatio tollitur. Ait, *ei ſatisfecerit*; nimirum 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, formulaſque & ſolemnia ſpectant, ut liquet ex fragmentis, quæ à viris doctis collecta in manibus ſtudioſorum verſantur: non tamen omnia. Nam quod placet, rem venditam non aliter 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. VINN. Inde vero eſt, quod in traditionibus, quæ nexu & mancipio fiebant, adhibenda eſſet ænea libra, & emtor eam ære percuteret, indeque æs daret ei, à quo mancipio acciperet. vid. Caji fragmentum apud Boëthium in *Comment. ad* Cic. *Top. lib.* III. Non enim tranſlatum credebatur dominium, niſi ſatisfactum eſſet mancipanti. HEIN.

Fidem emptoris ſecutus fuerit] Id eſt, fidem emptori de pretio habuerit ſine ulla ſatisfactione, *d. l.* 19. *de cond. empt.* ἐπειδὴ ἐκεῖσε ἐπίστευσε τῇ ψιλῇ ὁμολογίᾳ αὐτῷ, quod ex circumſtantiis æſtimandum; veluti ſi dies ſolutioni dicta ſit, *l.* 3. *C. de pact. int. empt. & vend.* aut ſi, cum emptor pecuniam ad manum non haberet, venditor dixerit, I, licet: nunc non requi-

3 ro; poſtea dabis. Plane ſi nulla mentio facta ſit de pretio poſtea ſolvendo, ex eo ſolo quod venditor rem tradidit, cenſeri non debet fidem emptori habuiſſe, ut hic locus & *d. l.* 19. apertiſſimè oſtendunt. Adeoque regula illa, quam hic ex communi opinione Schneid. tradit; *In dubio qui rem venditam ſimpliciter emptori tradit, ſequi videtur fidem emptoris; niſi contrarium appareat:* convertenda eſt, & ſic concipienda; *In dubio qui rem empteri tradit, non videtur ſequi fidem emptoris, niſi emptor contrarium doceat.* Atque ita communiter DD. ſuo tempore tenuiſſe refert Jo. Fab. & probant
4 Weſemb. & Bachov. Jure civili Batavorum ad tranſlationem ſive alienationem prædiorum, cenſuum, decimarum, aliarumque rerum immobilium non ſufficit ea privatim tradita eſſe, licet à domino qui plenam rerum ſuarum adminiſtrationem habet: ſed neceſſe eſt, ut earum rerum traditio fiat publicè & coram judice ejus loci, in quo ſitæ ſunt: privatim aut apud alium judicem facta nullius momenti habetur; exceptis bonis feudalibus, quorum traditio facienda coram domino feudi ejuſve vicario & paribus curiæ. Hoc enim cum antea quibuſdam duntaxat in locis ex conſuetudine obſervaretur, generali lege ſancitum eſt à Carolo Quinto anno 1529. Ab Ordinibus additum, ut hujuſmodi traditiones actis inſinuarentur, hoc eſt, referrentur in literas publicas, & ſi ex cauſa venditionis aut permutationis fierent, quadrageſima pretii aut juſtæ rei æſtimationis in uſum publicum fiſco penderetur, *fac. art.* 37. *Ord. pol.* D. Grot. *lib.* 2. *man. cap.* 5. *& ibi* Groen.

TEXTUS.

3. Ampliatio.

42. *Nihil autem intereſt, utrum ipſe dominus tradat alicui rem ſuam, an voluntate ejus alius, cui ejus rei poſſeſſio permiſſa ſit. Qua ratione ſi cui libera univerſorum negotiorum adminiſtratio permiſſa fuerit à domino, isque ex 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 improbatur.*

CUm ad dominium traditione transferendum neceſſe ſit, ut dictum eſt, ut res tradatur à domino, hoc nunc ex Cajo *l.* 9. *§. nihil autem* 4. *hoc tit.* 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. *§. dejeciſſe* 12. *de vi & de vi arm.*

Cui ejus rei poſſeſſio permiſſa eſt] Hotom. reſtituit, *cui ejus rei poteſtas permiſſa eſt*, quod quidem ſenſum habet commodiorem: ſed tota hæc adjectio abeſt à 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 procurator, cui univerſorum bonorum adminiſtratio permiſſa eſt, poſſit rem ad adminiſtrationem ſuam pertinentem ſine exceptione alienare, aut in alium transferre, quæri ſolet. DD. comm. duo genera ejuſ- 1 modi procuratorum faciunt; unum eorum, quibus ſimpliciter rerum omnium adminiſtratio commiſſa eſt: alterum, quibus commiſſa eſt libera, nominatim ſc. hoc adjecto & procuratorem cum libera (ſic loquuntur) etiam jus rem alienandi habere contendunt, modo ne id fiat animo donandi: eum autem, cui ſimpliciter adminiſtratio mandata eſt, nihil alienare poſſe, præter fructus aut res alias, quæ facilè corrumpi poſſunt. Verum hæc diſtinctio, ut commentitia & veteribus incognita, à Duar. ad *l.* 1. *§. per procuratorem* 20. *de acq. poſſ.* Donell. 4. *comm.* 15. Vaud. 1. *quæſt.* 47. & aliis nonnullis doctis viris rejicitur. Et vero ſi ex mandato æſtimandum, quid cuique liceat in re aliena, dicendum omnino videtur, parem eſſe debere horum procuratorum poteſtatem; nec quod alteri non licet, id alteri in re dominica licere. Quid enim intereſt, ſimpliciter alicui bonorum univerſorum adminiſtratio mandata ſit, an mandata adjecto verbo libera? Non magis hæc differunt, quam hæres ſimpliciter inſtitutus, & inſtitutus ex aſſe. Adminiſtratio quantumvis 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.* manumiſſio, *l. ſervus* 13. *de manumiſſ.* rei dominicæ pro alio obligatio, *l.* 1. *§.* 1. *qua res pign. dat.* liberatio pignoris aut hypothecæ, *l.* 7. *§.* 1. *quib. mod. pign. ſolv.* item quævis alia juris dominici remiſſio, *l. mandato.* 60. *de procur. l. præſes.* 12. *C. de tranſact.* alienatio quoque rerum domini, quam non exigit ratio adminiſtrationis. *l. procurator tutorum.* 63. *de procur.* junct. *l.* 12. *& ult. de cur. fur. l. procuratorem.* 16. *C. de procur. l.* 1. *§.* 1. *de off. procur. Caſ.* Hinc cui ſimpliciter rerum gerendarum provincia demandata eſt, rem domini in judicium deducit, *l.* 12. *de pact.* quod illis tantum licet, qui domini loco habentur, *l. tutor.* 22. *& l.* 27. *de adm. tut.* poteſt exigere & accipere, *l.* 11. *de pact. l. qui hominem.* 34. *§.* 3. *de ſolut.* creditoribus ſolvere, *l. quodlibet.* 87. *eod. tit.* novare, *l.* 20. *§.* 1. *de novat.* poteſt tranſigere, paciſci, jusjurandum deferre, *d. l. præſes.* 12. *C. de tranſact. d. l.* 12. *de pact. l. jusjurandum.* 17. *§. ult. de jurejur.* modo ea faciat in re dubia & probationibus deficientibus, *arg. l. tutor.* 35. *d. tit. de jurejur.* Poteſt rem domini pignori dare, ſi mandatum accepit ab eo, qui ſub pignoribus ſolebat mutuas pecunias accipere, *l.* 12. *de pign. act.* poteſt vendere ea, quæ ſervando ſervari non poſſunt *l. procurator.* 63. *de procur.* &

qua-

quatenus negotiorum exigit administratio, etiam alia quædam ob magnam utilitatem alienare. *arg. l.* 12. *& l. ult. de cur. fur.* Non debet plus licere ei, cui libera administratio permissa est: ut enim maximè libera sit, administratio tamen est, nihil amplius. Quod igitur de 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 flagitet: eodemque modo etiam accipi debet, quod hoc loco & apud Cajum *d. l.* 9. §. 4. *eod.* relatum est, procuratorem cum libera rem ex negotiis sibi commissis vendendo & tradendo facere accipientis. Planè potest mandatum ita concipi, ut post generalem clausulam quædam etiam specialiter exprimantur, quæ, alioqui aut non concessa, aut non tam plenè concessa intelliguntur, ut in specie *l. creditor.* 60. §. *Lucius.* 4. *mand.* Argumentum quod ab administratione peculii sumptum ad distinctionem suam probandam DD. afferunt, nullum est, & distinctio administrationis peculii in simplicem & liberam ex *l.* 10. *C. quod cum eo qui in al. pot.* ipsa quoque suspecta, confer *l. si convenerit.* 18. §. *ult. de pign. act. l. si quis.* 41. §. *ult. de rei vind. l. pen.* §. 3. *de div. & temp. præsc. l.* 13. *in fin. de cond. ind. l. libera.* 48. *pr. &* §. 1. *de pecul. l. ult. de novat. l. contra* 28. §. 3. *de pact. l.* 8. §. *an paciſci.* 5. *quib. mod. pign.* Atque hoc etiam Vaudus animadvertit *d. loc.* qui etiam contendit, plus licere filiofam. aut servo liberam peculii administrationem habentibus, in administratione rei peculiaris, quam procuratori universorum bonorum in rebus mandatis; propterea quod peculium est quasi proprium patrimonium servi filiive familias, à substantia & rationibus domini patrisve separatum atque abstractum, *l.* 5. *l. peculium.* 39. *de pecul.* quod longè diversum sit in procuratore. Adhæc unam eandemque servi & domini, unam patris & filii personam videri. *l.* 10. *de opt. leg. l. ult. in fin. C. de impub. subst.* §. 4. *&* §. *post mortem.* 12. *infr. de inut. 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. *qua 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 vendiderit tibi, aut donaverit, aut dotis nomine dederit. Quamvis enim ex ea causa tibi eam non tradiderit, eo tamen ipso, quod patitur tuam esse, statim tibi acquiritur proprietas, perinde ac si eo nomine tibi tradita fuisset.*

NOTÆ.

43. *Perinde ac si eo nomine*] Fictione scilicet brevis manus, ut una actio hic occultetur, *l.* 3. §. *pen. D. de don. int. vir. & ux.* Fingitur res ex priori causa restituta, & ex posteriore denuo tradita.

COMMENTARIUS.

Dictum est in explicatione §. *per traditionem.* 40. *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. Fictione brevis manus traditio fit, cum vel rem meam, quæ apud te sit ex alia causa, tibi vendo aut dono: ad quam speciem pertinent exempla hoc §. proposita ex Cajo *l.* 9. §. *interdum.* 5. *eod.* vel cum eum, qui mihi dare volebat, aut debebat, jussero tibi dare, *l.* 3. §. *pen. & ult. de don. int. vir. & ux.*

Nuda voluntas] Non quæ planè & per se nuda sit, aut præter consensum nihil habeat, quemadmodum, cum dicimus, ex pacto nudo actionem non nasci, nudum intelligimus, quod simpliciter nudum est, hoc est, tale, quod præter conventionem nihil causæ habeat ad obligandum eum, qui pactus est. *l.* 7. §. 4. *de pact. l.* 10. *C. eod.* Nam cum ne actio quidem ex hoc genere pacti competat ad dominium adipiscendum, plusquam manifestum est, dominium ex eo transferri non posse. Non etiam quæ nuda sit ab omni traditione: quomodo nuda pacta accipimus, cum traditionibus in genere opponuntur, *l. traditionibus.* 20. *C. de pact.* & pignus nuda conventione contrahi dicitur, qua convenit, ut res pignori sit sine ulla traditione, *l.* 1. *de pign. act.* Sed nuda ex comparatione ejus rei, cui hoc loco opponitur, id est, nuda à vera & naturali traditione, quæ causam transferendi sequatur. Nam si nuda sit ab omni non tantum reali, sed etiam ficta & symbolica traditione, sola voluntas dominium transferre non potest. Eodem sensu 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 evict.* Ad hoc genus fictæ traditionis etiam pertinet species *l.* 3. §. *pen. & ult. de don. int. vir. & ux.* si id, quod alius mihi dare volebat, jusserim Titio dari; quamvis fictio nonnihil dissimilis & inter tres personas.

Per-

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.* 62. *de evict. & hoc* §. dominium transferri nuda voluntate. Fictio ſive cogitatio talis eſt: creditur res tibi commodata aut apud te depoſita, domino, qui eam poſtea tibi vendidit aut donavit, reſtituta, atque ab eo mox ex ea cauſa tibi tradita. Quod à Conſultis ideo excogitatum eſt; quia hoc modo celerius & ſine inutili circuitu ad finem propoſitum perveniatur. *d. l.* 3. §. *pen. de don. int. vir. & ux.* Unde in ſimili, ſi debitorem meum juſſerim tibi dare, fingitur brevi manu acceptum à me, & tibi datum; ut una actio hic occultetur, *d. l.* 3. §. *pen. & ult. l. 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, juſſerim Sejo mutuo dare: ſive inter duas, puta ſi convenerit, ut pecuniam, quam tu mihi ex mandati cauſa debes, crediti nomine retineas. In utraque enim hac ſpecie fingitur mihi data pecunia, & à me ad te aut ad Sejum profecta: 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 furt.* & ideo Ulpiani ſententiam admittendam cenſent, ſi debitor præſens ſit & paratus pecuniam numerare: Africani, in debitore abſente, aut qui pecuniam ad manum non habeat: quippe diſertè Africanum loqui de eo, qui epiſtolam miſit ad creditorem, ac proinde de eo, qui abſit. D. Don. in *d. l. ſingularia.* 15. *de reb. cred. n.* 22. *& ſeqq.* Utut 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 re præſenti, *l.* 1. §. *pen. D. de acq. poſſ.*

COMMENTARIUS.

HOc §. agitur de eo genere fictæ traditionis, quæ nota aliqua aut ſymbolo veram repræſentat; cujus una ſpecies proponitur, ſi mercibus certo loco concluſis, quas dominus mihi traditas velit, claves ejus loci mihi tradantur, *ex d. l. qua ratione.* 9. §. *item ſi.* 6. *hoc tit.* 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 obſignatio pro eorum traditione valet, *l. quod ſi.* 14. §. 1. *de per. & comm. rei vend.* Item cuſtodis appoſitio, ſi res non facilè loco moveri poſſint propter magnitudinem ponderis. *l. antepen. de acq. poſſ.* Poteſt & ſine nota actus aliquis traditionem repræſentare: nam ſi in re præſenti & aperta dominus eam ſe mihi tradere dicat, ego ſim hoc animo ut velim poſſidere, hic placuit me 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* 9. §. *item ſi.* 6. *d. l.* 1. §. *pen. l. clavibus.* 74. *de contr. empt.* Cæterum hoc ita, ſi claves traditæ ſint apud ipſum locum, in quo res conditæ ſunt, *d. l. clavibus* 74. 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. ἐὰν παρεσὼς τῷ ὡρείῳ.

TEXTUS.

De Miſſilibus.

45. *Hoc amplius, interdum & in incertam perſonam collata voluntas domini transfert rei proprietatem: ut ecce, prætores & conſules cum miſſilia jactant in vulgus, ignorant quid eorum quiſque ſit excepturus: & tamen quia volunt, quod quisque acceperit, ejus eſſe, ſtatim eum dominum efficiunt.*

COMMENTARIUS.

ETſi regulariter in tranſlatione dominii non minus perſona accipientis, quam tradentis certa eſſe debet, ut affectus ab utraque parte contrahentium concurrat, *l. in omnibus.* 55. *de obl. & act.* evenit tamen interdum, ut dominium per traditionem tranſeat in perſonam accipientis incertam, veluti cum miſſilia jactantur aut ſparguntur in vulgus, quod exemplum hoc loco proponitur, & *l.* 9. §. *pen. eod.* Etenim qui pecunias ſuas ita ſpargit aut projicit, in nullius certæ perſonæ deſtinationem fertur, & planè ignorat, quis quid earum rerum ſit accepturus. Utique tamen quia palam eſt, velle eum, quod quiſque ex ſparſo apprehenderit, id ſibi habere, æquiſſimum eſt & naturali rationi conſentaneum, ratam haberi domini voluntatem, *arg.* §. *per traditionem.* 40. *ſup. eod.* Poterat videri, quod ita ſparſum eſt, pro derelicto habitum, & ideo apprehendenti cedere jure occupationis rerum nullius: ſed magis eſt, ut ex voluntate domini traditum ſibi accepiſſe dicamus, cum in eum finem pecunia ſparſa ſit, ut ſtatim apprehenderetur, & quantum apprehenſum eſſet, fieret apprehendentis; quo animo non eſt is, qui rem pro derelicto habet. VINN. Immo certiſſimum

mum est, missilia nostra fieri non per traditionem, sed per occupationem, quia qui illa spargit, eorum dominio vero sese abdicat, antequam quis ea adprehenderit. Quorum dominio nos abdicavimus, ea sunt derelicta. Res pro derelictis habitæ cedunt occupanti. Nec ratio Vinnii aliud suadet. Omnes enim res pro derelictis habitæ eo fine abjiciuntur, ut apprehendantur, & quantum quisque adprehenderit, fiat adprehendentis. Quo animo esse derelinquentem, cur neget auctor noster, equidem non video. HEIN.

Prætores & consules] Desunt hæc apud Cajum: & vix est ut reperias, magistratus populi Romani consules aut prætores missilia sparsisse. Principes id factitasse legimus apud Sueton. *in August. c.* 98. *in Caligul. c.* 18. *in Neron. c.* 11. Ut consules sparserint, è Græcorum consuetudine fluxisse videtur: quam Marcianus non sine causa sustulit, *l.* 2. *C. de consul. & non sparg. pec. lib.* 12. revocavit ad certum modum Justinian. *Nov.* 105. *c.* 2. §. 1. qua constitutione permittitur volentibus consulibus missilia spargere & muneribus honorare populum, dum ne id sæpius faciant, quam septies in anno, & in septem processionibus: nec aurum populo spargant, quod soli datur imperio. Hæc constitutio iterum abrogatur à Leone, ususque missilium consulibus in totum interdicitur, *Nov. Leon.* 94.

TEXTUS.

De habitis pro derelicto.

46. *Qua ratione verius esse videtur, si rem pro derelicto à domino habitam occupaverit quis, statim eum dominum fieri. Pro derelicto autem habetur, quod dominus ea mente abjecerit, ut id in numero rerum suarum esse nolit: ideoque statim dominus ejus esse desinit.*

COMMENTARIUS.

1. *Quæ requirantur, ut res pro derelicto habita censeatur?*
2. *Pro derelicto habita statim nostra esse desinere, alterius autem non fieri, nisi possessio eorum apprehensa fuerit.*

RES pro derelicto habita statim nostra esse definit, & nullius fit, ideoque secundum jus de rebus nullius occupanti conceditur. Pertinet igitur hic modus acquirendi ad inventionem, ut supra quoque monuimus §. *item lapilli.* 18. *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. Sparsio species donationis est, & liberalitas, qua, qui spargit, populum demereri studet: abjectione autem aut desertione hoc saltem agitur, ut ne res amplius in bonis sit.

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 desinit: 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 definit: quia iisdem modis res desinunt esse nostræ, quibus nostræ fiunt, *l.* 1. *pro derel.* Unde rectè à Juliano notatur Proculus, qui putabat dominium rei pro derelicto habitæ tunc demum à nobis abire, cum ab alio occupata esset, *l.* 2. §. 1. *d. tit.* sic enim fieret, ut si quis eam rem furandi animo abstulisset, furtum commisisse intelligeretur: quod est absurdum, *l. falsus* 43. §. 5. *de furt.* Quod si dominus non sit, à quo res derelicta est, non fit statim occupantis; sed poterit, qui occupavit, eam usucapere, *l.* 4. *pro derel.* Illud constat, pro derelicto habita, ut cætera, quæ nullius sunt, non acquiri ei, qui primus ea videre cœpit & notare oculis, sed qui primus possessionem eorum nactus sit. Sic Acanthos insula deserta adjudicata fuit Chalcidensibus, qui priores intraverant; non Andriis, qui priores jaculum immiserant, Plutarch. *qu. Græc.* 29. quoniam possessionis initium, est corporis ad corpus adjunctio: qualis circa res mobiles maximè fit manibus; circa res soli, pedibus. D. Grot. *mar. lib. c.* 2. Sunt qui pro derelicto habita fisco nunc adscribenda tradunt, D. Cyprian. Regn. *cens. Belg. hic* post Zypæ. *notit. jur. Belg. tit. de jur. fisc.* quibus non assentior, per ea, quæ nos ad §. 39. *sup. eod.* & Groenew. *d. ll. abrog. ibid.*

TEXTUS.

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: hæ enim dominorum permanent: quia palam est, eas non eo animo ejici, quod quis eas habere nolit, sed quo magis cum ipsa navi maris periculum effugiat. Qua de causa si quis eas fluctibus expulsas, vel etiam in ipso mari nactus, lucrandi animo abstulerit, furtum committit. Nec longe videntur discedere ab his, quæ de rheda currente, non intelligentibus dominis cadunt.*

NOTÆ.

47. *Furtum committit*] Hujus loci interpretem habes Ulpian. *d. l.* 43. §. *pen. &* §. 4. *cum aliquot seqq. D. de furt.*

COMMENTARIUS.

1. *Quæ levandæ navis gratia ejiciuntur, non eo animo abjici videri, quod quis ea habere nolit.*
2. *Eum, qui alienum quid in via jacens lucri faciendi causa tollit, furti obstringi, licet ignoret cujus sit.*
3. *Quid, si nemo rem inventam post proclamationem repetat.*
4. *An præmium indicii honeste peti possit.*
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 suum esse non vult, sed alia mente: ac proinde id ejus, qui abjecit, manere, nec fieri apprehendentis. Id hoc §. declaratur exemplo rerum in tempestate levandæ navis causa ejectarum.

1 *Non eo animo ejici, quod quis eas habere nolit*] Qui oborta tempestate levandæ navis gratia res aliquas projiciunt, non hanc mentem habent, ut eas pro derelicto habeant: quippe si invenerint, ablaturos; & si suspicati fuerint, in quem locum ejectæ sunt, requisituros: sed ut levata nave maris periculum effugiant. Perinde igitur hoc est, ac si quis onere pressus in viam rem abjecerit; mox cum aliis reversurus, ut eam auferat, *l.* 8. *ad leg. Rhod.* 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.* 7. *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 perituram sit, quod jactatur: sic enim scribit in *l. falsus creditor* 43. §. *pen. de furt.* Respondet Wesembecius, Ulpianum eo loco de jactu spontaneo loqui, de eo videlicet, qui simpliciter nec urgente ulla necessitate res aliquas in mare projicit: hunc in hac actione merè voluntaria credibile esse pro derelicto velle habere id, quod videtur ut periturum jactare. Quam responsionem, licet eam ut ineptam explodat Bachovius, locus ipse non parum juvat, nam ex fine *d.* §. *pen.* manifestum est, Ulpianum distinxisse inter id, quod simpliciter & non simpliciter jactatum sit.

Cum ipsa navi maris periculum effugiat] Mercator nunquam mercium suarum jacturam faceret, nisi speraret, majus se malum hoc pacto declinaturum, mortem nimirum. Facit igitur hoc ἑκὼν ἀέκοντί γε θυμῷ, ut hæc actio mixta sit ex spontaneo & invito. Invita est, si causam spectes, quæ extrinsecus impellit, ut jactura fiat: spontanea, si causam proximam & principium internum, consilium mortis evitandæ. Quin etiam plus voluntarii quam inviti hujusmodi actiones habent: nisi enim voluntate consentiente fierent, in exequendo ministerium non præberent membra corporis. Consule Aristot. 3. *eth.* 1.

Lucrandi animo] Secus est, si hoc animo, ut rem salvam faceret & restitueret domino, aut si, putans, simpliciter sive sponte jactatam prove derelicto habitam, *d. l. falsus creditor.* 43. §. *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.

Quæ de rheda currente cadunt.] Comparantur res in 2 tempestate ejectæ cum his, quæ iter facientibus decidunt de curru, aut quæ imprudentibus excidunt in via, quas certum est dominorum permanere, eumque qui alienum quid jacens in via lucri faciendi causa tollit, furti obstringi: in tantum, ut nihil interfit, sciverit, an ignoraverit, cujus essent: nihil enim ad furtum minuendum facit, quod, cujus sit, ignoret, *d. l. falsus* 43. §. *qui alienum* 4. quippe cum omnes scire debeant, quod suum non est, hoc ad alios modis omnibus pertinere. *l. ult C. unde vi.* At, si non ut lucretur, sustulit, sed redditurus ei, cujus id esse postea apparuerit, furti non tenetur. Proinde si nescit, cujus sit, rectè probeque faciet, si libellum proponat, continentem, invenisse se, & redditurum ei, qui suum id esse demonstraverit: hoc enim facto palam ostendet, se non tulisse eam rem animo furandi, *d. l. falsus* 43. §. *sed si* 7. & *seq.* Quid ergo, si post hujusmodi 3 libellum propositum, aut (sicubi consuetudo) post insinuationem præconis voce factam, nemo sese offerat, qui rem inventam ut suam repetat? Poterit inventor, si pauper est, eam sibi ceu munere Dei collatam retinere; sin dives est, bene & piè fecerit, si in usus & alimoniam pauperum eam convertat, ita Bart. ad *d. l. falsus* 43. §. *qui alienum.* 4. Fab. Cantiunc. Schneid. *hic.* Qui hoc obiter etiam tractant, an is, qui rem 4 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.* 43. §. *quid ergo* 9. ubi pro eo, quod in vulgatis editionibus omnibus atque in ipso etiam Pisano codice legitur, *Quid ergo, si εὕρετρα, quæ dicunt, petat, &c.* Budæus ex vestigiis exilibus antiqui exemplaris, ut ipse ait, restituit, *Quid ergo, si ea, quæ dicunt, Græci μήνυτρα, petat*, sed nulla necessitate: nam εὕρετρον non minus Græcum est, quam *μήνυτρον*, 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.* 5. §. *si tibi.* 4. *de cond. ob turp. ca.* Hac eadem in causa sunt etiam bona naufragorum; & peculiaris etiam pœna in eos, qui quid eorum in littus expulsum surripuerunt, nova lege constituta est, publicatio omnium bonorum, *auth. navigia. C. de furt.* quæ desumpta est ex constitutionibus Frederici Secundi *de statutis & consuetudinibus contra ecclesiæ libertatem editis tollendis coll.* 10. De rebus in tempestate ejectis 5 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 illisarum navium. Cæterum aucta navigatione inque dies magis magisque increscente, visum est placitumque Ordinibus hujus provinciæ, 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

Hoc tempore elapſo publicantur, & fiſco acquiſitæ eſſe intelliguntur, *Placit.* Van de Seedrifteu / *Phil.* 2. qui tamen facilè patitur eas redimi, Grot. 2. *manuduct.* 4. Graviter in præcipitem illam publicationem rerum ad littus ejectarum *lib.* 1. *de Republ. c.* 10. invehitur Bodinus: *Barbarum id quidem*, inquit: *& antiquis inuſitatum, ut, cujus opes ac fortunæ naufragio miſerè perierint, & quem noſtris opibus ſublevare debeamus, ejus reliquias, quas ad littus ejectas bona fide reſtitui oportebat, turpe diripi patiamur. Sic tamen*, inquit, *vivitur, ut, qui portus habent, eam crudelitatem tum in cives tum in peregrinos exequantur. Jus quaris! Error jus facit: at ſi non peccatur errore, ſed ſcientia, ſcelus eſt, quod erroris ſpecie prætenditur.* Mera ſanè injuria eſt, nulla probabili cauſa præcedente ſuum alicui auferre, atque ob id antiquis ſemper religioſum fuit bona naufragorum fiſco addicere. Extat conſtitutio Conſtantini in *C. Juſtin. tit. de naufrag. lib.* 11. in hæc verba: *Si quando naufragio navis expulſa fuerit ad littus, vel ſi quando aliquam terram attigerit, ad dominos pertineat: fiſcus meus ſeſe non interponat. Quod enim jus habet fiſcus in aliena calamitate, ut de re tam luctuoſa compendium ſectetur?* Bene Euripides *in Helena?*

Ναυαγὸς ἥκω ξέν῾, ἀσύλητον γέν῾.

Dion. Pruſæenſis *orat.* 7. de naufragio locutus: Μὴ γὰ εἴη ποτὲ, ὦ Ζεῦ, λαβεῖν μηδὲ κερδάναι κέρδ῾ τοιῦτον ἀπὸ ἀνθρώπων δυσχίας. Poteſt etiam huc accommodari locus Caſſiodori *lib.* 4. *var.* 7. ubi ſic ſcribit: *Crudelitatis genus eſt, ultra naufragium velle deſævire, & illos ad diſpendia cogere, quibus inopem vitam probantur immania elementa dediſſe*, add. *auth. navigia. C. de furt.* Gail. 1. *obſerv.* 18. Gudelin. *lib.* 5. *de jur. nov. cap.* 10. Chriſtin. *vol.* 5. *deciſ.* 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.* Doctiſſ. 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, τὰ ναυάγια τῶν τελωνῶν εἶναι. atque eſſe hanc conſtitutionem poſteriorem reſcripto ejuſdem Antonini, quod extat in *l.* ἀξίωσις, 9. *de leg. Rhod.* quo naufragos ad legem Rhodiam remiſit. Oſtendit etiam, reſcriptum iſtud multis modis corruptum eſſe; & in d. conſtitutione pro, *vel ſi quando reliquam terram attigerint*, ut omnes libri ſcripti habent, legendum, *vel ſi quando reliqua terram attigerint.* Nec dubium, quin in *d. l.* ἀξίωσις. 9. *de leg. Rhod. pro* ὑπὸ τῶν δεμοσίων, ex ejuſdem Salmaſii ſententia, quam & Grotius probat, reponendum ſit, ὑπὸ τῶν δεμοσιόνων, id eſt, τελωνῶν, à publicanis.

TITULUS SECUNDUS

DE REBUS CORPORALIBUS ET INCORPORALIBUS.

Continuatio.

QUæ 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 ſubdiviſio 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.

Quædam præterea res corporales ſunt, quædam incorporales. Corporales hæ ſunt, quæ ſui natura tangi poſſunt; veluti fundus, homo, veſtis, aurum, argentum, & denique aliæ res innumerabiles. Incorporales autem ſunt, quæ tangi non poſſunt: qualia ſunt ea quæ in jure conſiſtunt, ſicut hæreditas, uſusfructus, uſus, & obligationes quoquo modo contractæ. Nec ad rem pertinet, quod in hæreditate res corporales continentur: nam & fructus, qui ex fundo percipiuntur, corporales ſunt: & id quod ex aliqua obligatione nobis debetur, plerumque 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.

Quædam 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.

Ipſum jus hæreditatis] Cajus *ipſum jus ſucceſſionis* à quo & hæreditas definitur ſucceſſio in univerſum jus, quod defunctus habuit, *l.* 24. *de verb. ſign.* ſed hæc impropriè: nam ſuccedere non hæreditatis eſt, ſed hæredis. Hæreditas autem eſt res acquiſitioni ſubjecta, & quæ hæredi per ſucceſſionem acquiritur. Jus vero dicitur, quia univerſitatem denotat, patrimonium defuncti cum oneribus; non res ſingulas ſeorſum, *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 propriè neque ſucceſſionem eſſe, neque jus ſuccedendi, neque rem, quæ ſuccedit, ſed jus, quod per ſucceſſionem acquiritur.*
5. *Jura prædiorum quo reſpectu ſervitutes dicantur?*

Ui natura tangi poſſunt] Hoc eſt, quæ ſub tactum cadunt, quas ſi præſentes ſint, corpore & manu apprehendere, cæteriſque ſenſibus percipere poſſumus. Ait autem, hujuſmodi res eſſe fundum, hominem, &c. fundum, puta Tuſculanum; hominem, Stichum: res, nimirum ſingulares & ſubſtantias primas. Nam ſecundæ ſive univerſalia à ſenſibus remota ſunt. Ariſtot. 1. *analyt. c.* 31. Utrum autem univerſalia ſint merum opus intellectus & figmenta phantaſiæ, an quid realem eſſentiam habens & revera ſubſiſtens in rebus ſingulis, philoſophorum diſputatio eſt. VINN. Sunt hæc verè ſtoica. Quum enim hi philoſophi ſenſus omnes reducerent ad tactum: corpus definiebant, *quod tangi poſſit:* Sen. *Epiſt.* CVI. Iidem corpora ſola *eſſe*, adfirmabant: incorporales res non *eſſe*, ſed *intelligi.* Cic. *Top. cap.* 5. Illa *res* vocabant, has *jura.* Quinctilian. *Inſt.* v, 10. Et inde facile patet, cur Paullus ſervitutes nec in bonis, nec extra bona eſſe dicat. HEIN.

1 *Aurum, argentum*] Non tantum rude, ſed etiam ſignatum, nummi aurei aut argentei, licet contra diſputet D. Hotomannus *illuſtr. quæſt.* 15. Nam oppoſitum eſt in oppoſito, ſive contradictio in adjecto, ſi quis dicat argentum ſignatum corpus non eſſe. Spectatur quidem in pecunia maximè valor publicus, *l.* 1. *de contr. empt.* & reſpectu hujus valoris nummus nonnunquam opponitur iis rebus, in quibus præter corpus nihil conſideratur, ut in *l. quis hæredis.* 46. *de condict. 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 is.* 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 confuſim corpora mea & aliena ſolvi, non ut certas ſpecies, ſed exiſtimans, me debere certam quantitatem. Quid, quod eo ipſo, quod ait me non condicere partem corporum, fatetur corpora eſſe. Nihil etiam quod Ulpian. *l.* 5. *in pr. de imp. in res dot.* ſcribit, deminutionem dotis per impenſas neceſſarias fieri ipſo jure, ubi non ſunt corpora, ſed pecunia: neque enim corpora pecuniæ opponit, ut non corpori: ſed eadem ratione, qua eodem loco corpora opponit corpori æſtimatio, 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 reſpondendum ad *l. ult. de adim. leg.* Alibi cautius ſumma aut numerata pecunia non ſimpliciter corpori, ſed certo corpori opponitur, *l. ſi hæres.* 68. *pr. ad ſen. Treb. l.* 10. *de accept.*

Qualia ſunt, quæ in jure conſiſtunt] Res omnes, quæ tangi aut demonſtrari non poſſunt, ſed animo tantum cerni atque intelligi, incorporales quidem ſunt: verum non omnium earum rerum conſideratio Juriſconſulti propria eſt. Nam & angeli, & ſpiritus, & animæ res ſunt incorporeæ. Illa quoque quæ à Cicerone in *Topic.* enumerantur, uſucapio, tutela, gens, agnatio, quamvis harum rerum tractatio ad Juriſconſultum pertinet, non ſunt tamen hujus loci, in quo de iis rebus agitur, quæ 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 & munus publicum. Quid eſt ergo, quod ait, *quæ in jure conſiſtunt? Jus* 2 *eſt*, inquit Weſemb. *intellectus ſeu recta ratio. Quæ igitur in jure conſiſtunt, ut alia omnia, quæ ſunt rationis, ea tantum intelliguntur*, inquit, *non ſunt.* Ita loquitur Weſembec. quaſi exiſtimet ea, quæ in jure conſiſtere dicuntur, eſſe mera entia rationis & intentionalia duntaxat: quomodo & D. Tuningius, qui ea dicit eſſe notiones & intelligentias; quas Platonici *Ideas* vocant: neque aliud judicium Donelli fuit *lib.* 5. *comm.* 1. Sed quæſo quid tam abſurdum eſt, quam dicere, hæreditatem, bonorum poſſeſſionem, uſumfructum, ſervitutes prædiorum, pignus, obligationes, actiones, figmen-

figmenta esse intellectus, natura nihil esse? Amabo te, si tibi luculenta hæreditas relicta sit, aut opulenti patrimonii ususfructus, somniumne esse putabis phantasiæ aut ideam Platonicam? quanquam sunt ἀψηλάφητα καὶ ἀμεταχείριστα. Sic autem habendum est, res hujusmodi in jure consistere dici & his corpora opponi, non quia revera & natura non sint, aut extra considerationem juris non subsistant, sed quia à jure quodammodo existentiam suam, hoc est, certam ac definitam formam acceperunt: quippe jus civile harum rerum naturam quasi pro arbitrio formare potest; cujusmodi potestatem in rebus corporalibus non habet. Atque hoc sensu accipiendum, quod Fab. & Ang. tradunt, ea dici in jure consistere, quæ à jure substantiantur, creantur & nominantur. Habent enim utique & veram suam essentiam, suntque omnino entia realia, sicut & quævis alia accidentia, ita propemodum & D. Bachovius.

Sicut hæreditas, ususfructus, usus, & obligationes] Hæc omnia hactenus quidem rectè conjunguntur, quatenus jura sunt sive res incorporales. Cæterum dissimilis harum rerum ratio est, quatenus rebus ipsis oppo-
3 nuntur, 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, hac consideratione non ineptè jus dicitur, *l. hæreditas.* 119. *l. pecuniæ.* 178. §. 1. *l. bonorum.* 208. *de verb. sign.* Unde Papinian. *l. hæreditas.* 50. *de hær. pet. hæreditas*, inquit, *etiam sine ullo corpore juris intellectum habet.* add. *l.* 3. *de bon. poss.* Obligatio quatenus à parte debitoris consideratur, jus non est, sed vinculum juris, quo ille adstringitur ad dandum aliquid aut faciendum, *inf. de oblig. in pr.* A parte autem creditoris, qui debitorem ita adstrictum habet, non malè jus dicitur, quod ex contractu acquiratur & numeretur in bonis. Etenim jus illud non est jus in re, sed 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 absimilia, sicut ipse apertè 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 confessoriam, 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 venit, 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 aut acquiri potest, concedo esse. Si propriè, nego. Quid enim aliud est jus successionis, quam jus succedendi? At jus succedendi ex testamento aut lege est, idque hæres habet priusquam hæreditatem adeat: hæreditatem autem non ante habet, quam eam adierit, *l. delat.* 151. *de verb. sign.* §. *ult. de hær. qual. tot. tit. de acq. hær.* Jus succedendi decedens intra annum transmittit ad hæredes 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 impropriè 4
dici de hæreditate fatendum est: non enim ipsa hæreditas, sed susceptio hæreditatis, successio est; quippe succedere non hæreditatis, sed hæredis est; unde hæres passim universi juris successor appellatur. Ad eundem modum bonorum possessio definitur jus persequendi 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, suscipiturque ejus rei commodum & incommodum. In jus demortui succedit, & commodum atque incommodum suscipit non hæreditas aut bonorum possessio, sed hæres aut bonorum possessor. Atque, ut verbo dicam, hæreditas, ut res cæteræ, objectum est acquisitionis, & res, de qua acquirenda agitur; successio, modus per quem illa acquiritur: jus succedendi, jus, quo delata acquiri & obtineri potest. Quamobrem nec Theophilus rectè hæreditatem definit esse jus, quod alieni 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 definierit *pecuniam, quæ 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 acquirendæ pecuniæ, sive jus succedendi.* Quanto enim intelligentius & subtilius Cicero, quam Hotomannus, liquet ex iis, quæ jam dicta sunt. neque pecuniæ verbum, quod pro genere Cicero posuit, quenquam offendere debet, cum etiam nostri testentur, pecuniæ appellatione res omnes & tam jura, quam corpora contineri, *l. pecuniæ.* 222. *de verb. sign.* Augustin. *de discip. Christi. c.* 6. Totum quicquid homines possident, in terra pecunia vocatur, servus sit vel ager, arbor, pecus, quicquid horum est pecunia dicitur, ut apud Græcos χρήματα Olympiodor. *in Phædon.* Plat. ἄλλοι φασὶν, ὅτι χρήματα καλεῖ ὁ Πλάτων πάντα κτήματα, Displicet etiam nunc mihi D. Donelli opinio, quam aliquando secutus sum, qui *lib.* 6. *comm.* 2. hæreditatem esse contendit rem ipsam, quæ succedit in universum jus de-

functi, 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 subjecta sit acquisitioni, quam defunctus ipse, cujus personam repræsentare fingitur. Res ipsa loquitur, hæreditatem nihil aliud esse, quam patrimonium cujusque defuncti cum oneribus, eens Overledens boedel / ut tribus verbis definit D. Grot. 2. *manud.* 11. ita tamen, ut appellatione sua universitatem demonstret, omniaque defuncti bona, 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, etiamsi corporibus accedant, incorporales tamen sunt: quippe jus prædii non pars prædii est, sed qualitas, *l.* 14. *de serv. l.* 4. *in pr. si serv. vind. l. 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. VINN. Sunt itaque servitutes omnino jura prædiorum, puta dominantium, quia prædium prædio servit. Sed non omnia jura prædiorum sunt servitutes, quia & plura alia sunt prædiorum jura, ut bonitas, salubritas, amplitudo. *l.* 86. *de V. S.* item jus venandi, coquendi cerevisiam, aliaque quæ nullam vicino prædio patiendi vel non faciendi necessitatem imponunt. HEIN.

TITULUS TERTIUS

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 requirat: de quo tamen latius num.* 4.
3. *Omnes servitutes prædiorum perpetuam causam habere debere: & quid veteres per causam perpetuam intelligant.*

SErvitutis & libertatis nomina etiam rebus inanimatis & brutis tribuuntur: sed per translationem & longè alio significatu, quam cum personæ servire dicuntur in disputatione de statu hominum. Illic suo quæque domino persona servit: libera est, quæ dominum non habet: at res servire dicuntur, non quæ domino suo serviunt, sed quæ domino suo non omnia officia præstare possunt, verum quædam præstare coguntur alteri & non domino: liberæ esse, quæ uni & soli domino omnia præstant, *quo 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, quâ servitus distribuitur in tres species; in merè personalem, merè realem, & mixtam: nam merè personalis, quæ hominum est, & sola proprie servitus, una cum reliquis, quæ tantum ἀναλόγως id sunt, quod dicuntur, eidem generi ut species ejusdem subjici non potest. Igitur servitus, qualem hic intelligimus, est jus in re aliena alteri constitutum, quo dominus, quod huic alteri commodum sit, aliquid aut pati in suo, aut in suo non facere cogitur. Dicimus, servitutem esse jus, habita scilicet relatione ad eum, cui constituta est: & video in omnibus suis speciebus ita eam à nostris definiri; in itinere, actu, via, aquæ ductu; *hoc tit. in pr. & l.* 1. *de serv. præd. rust.* in servitutibus prædiorum urbanorum; §. *seq. & l.* 2. *de serv. præd urb.* in usufructu, *pr. tit. seq & l.* 1. *de usufr.* Per se autem servitus & respectu ejus, à quo debetur, non jus est, sed juris privatio aut imminutio, *l.* 5. §. 1. *& belle.* 9. *de op. nov. nunt.* Ajo, esse jus, quo dominus aliquid pati in suo, aut in suo non facere cogitur, ex natura omnium servitutum, *l. quotiens.* 15. §. 1. *de serv.* Pati in suo, puta re sua utentem fruentem, per fundum suum euntem agentem, aquamve ducentem, tignum in ædes suas immittentem. Non facere, veluti altius non ædificare, in suo non ponere, quod luminibus ædium nostrarum aut prospectui officiat, &c. 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 amœniorem nobis prospectum præstet, *d. l.* 15. §. 1. obligatio hæc erit, non servitus constituta: & ideo prædio alienato non sequetur actio novum possessorem, ut fit ubi servitus constituta est, *l. cum fundo.* 36. *de serv. præd. rust. l. neque.* 19. *quib. mod. us. am.* sed in eum, qui id facere promisit, hæredemque ejus actio in personam dabitur, *l. actionum.* 25. *de obl. & act.* in id scilicet, quod interest, si non fiat, quod promissum est: ut accidit in omni obligatione faciendi. *l.* 13. *in fin. de re jud. l. stipulationes.* 72. *de verb. obl.* §. *ult. inf. eod.* Una servitus oneris

oneris ferendi à natura reliquarum nonnihil degenerat, de qua dicemus §. 1. *inf. hoc tit.* Quod adjeci de commodo, id finem ſervitutis reſpicit; neque enim ulla eſt ſervitus, quæ non commodi noſtri cauſa conſtituatur, aut certè alicujus amœnitatis, *d. l.* 15. *in pr. de ſerv. l.* 3. *de aq. cott. & aſt.* Non autem præcisè requiritur, ut præſens ſit utilitas, ſed ſufficit, natura tale jus eſſe, ut aliquando uſui eſſe poſſit: quomodo cum
2 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 ſerv. l. ſi mihi.* 20. §. *ult. de ſerv. prad. ruſt. l. ſi quis.* 32. *de uſufr.* De ſervitutibus prædiorum agitur *hoc tit.* de perſonalibus *tit. proximo & ſeq.* Servitus prædii eſt, quæ prædio alieno imponitur ad vicini prædii utilitatem. Duo igitur hic prædia ſint neceſſe eſt, quorum unius cauſa ſervitus conſtituatur, alteri imponatur: unum dominetur, alterum ſerviat. *l.* 1. §. 1. *com. prad.* §. 3. *inf. hoc tit.* Requirimus 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. prad. 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 impediat liberum uſum ſervitutis. *l.* 7. §. *ult. l. ult. de ſerv. ruſt. prad. l.* 7. §. 1. *com. prad. l.* 1. *de ſerv. prad. 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. Cæpoll. 18. *de ſerv. urb.*
3 *prad. n.* 2. Omnes vero ſervitutes prædiorum, ut veteres definiunt, perpetuam cauſam habere debent, *l. foramen.* 28. *de ſerv. prad. urb.* Perpetuum illis eſt, quodcunque ex naturali cauſa oritur, & ſi non ſit aſſiduum: ut ecce, aqua pluvia ex naturali cauſa oritur, etſi non aſſidue pluit, *d. l.* 28. quod enim naturaliter fit, perpetuum videtur, licet non fiat aſſiduè, 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.* 5. *ſi ſerv. vind.* Cauſam ſervitutis vocant id, cujus aut arcendi à noſtro, aut in noſtro habendi gratia ſervitus conſtituta eſt; verbi gratia, in ſtillicidio & aquæ ductu, cauſa, ob quam hæ ſervitutes comparatæ ſunt, eſt aqua; illic, ut ab ædibus noſtris avertatur; hic, ut aqua ducatur & in noſtro habeatur, *d. l.* 28. *l.* 1. §. 4. *de font.* Interpretes vulgo, dum diſtinguunt inter ſervitutes continuas & diſcontinuas, cauſam confun-
4 dunt cum poſſeſſione. Facilè 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. prad. ruſt. l. Mela.* 14. §. *ult. de alim. leg.* aut etiam ei, qui habet vicinum, ſi non fit conſtituta illius prædii cauſa, & revera prædio utilis, *l. ſi ades.* 38. *de ſerv. prad. urb. l.* 6. *in pr. &* §. 1. *de ſerv. prad. ruſt.* eoque pertinet quod ſcribit Paul. *l.* 8. *de ſervit. ut pomum decerpere liceat, ut ſpatiari & cœnare in alieno poſſimus*, ſervitutem imponi non poſſe: nimirum quia hoc jus prædii noſtri cauſa non conſtituitur, nec prædii noſtri cauſam meliorem facit. Si quis igitur in ſuo tale quid faciendi jus alteri conceſſerit, id perſonarum ſervitutibus adſcribendum. Inde quoque eſt, quod ſervitus prædii non intelligatur, ſi in conſtituendo perſona demonſtrata ſit, cui ſoli ea præſtetur, licet ad utilitatem quoque prædii conſtituta ſit, *l.* 4. *de ſerv. prad. ruſt.* Ita nonnunquam ex accidenti fit, ut natura ſervitutis alteretur, add. Coraſ. ad *d. l.* 8. Don. 9. *comm.* 21. Weſ. *parat. de ſerv. prad. ruſt. num.* 3. Porro autem ut prædia vel ruſtica ſunt, vel urbana, ita quoque & ſervitutes, quæ iis inhærent, vel ruſticæ ſunt vel urbanæ. Prædia ruſtica ſunt loca ædificiis vacua, in urbe area, ruri ager, *l. fundi.* 211. *de verb. ſign.* non enim loco, ſed materia & genere diſtinguuntur, ut poſtea plenius intelligetur.

TEXTUS.

De ſervitutibus ruſticis.

Ruſticorum prædiorum jura ſunt hæc: iter, actus, via, aquæductus. Iter eſt jus eundi, ambulandi, hominis, non etiam jumentum agendi, vel vehiculum. Actus eſt jus agendi jumentum, vel vehiculum. Itaque qui habet iter, actum non habet: ſed qui actum habet, & iter habet, eoque uti poteſt etiam ſine jumento. Via eſt jus eundi & agendi & ambulandi, hominis: nam iter & actum via in ſe continet. Aquæductus eſt jus aquæ ducendæ per fundum alienum.

NOTÆ.

Ambulandi] Ire eſt tranſire, ſive per alienum prædium in ſuum recta pergere: ambulare, animi gratia ſpatiari in ſeceſſibus, eandemque viam ire & redire, quod tamen hic non ut jus aliquod principale conſideratur, ſed ut illius juris acceſſio, & ita non obſt. *l.* 8. *D. de ſerv.*

Non etiam jumentum] Jumento vehi poteſt, jumentum, ἀχθοφόρον κτῆνος, agere non poteſt.

Etiam 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 continet] ὁλοωδῶς, ut totum partes, *arg. l.* 13. §. 1. *D. de accept.* Itaque via per ſe intelligi non poteſt ſine jure eundi, &c. *l.* 13. *D. de ſervit.* nihilque mutandum in definitione viæ, qua una præcedens utraque rectè comprehenſa eſt. De differentiis actus & viæ v. Cujac. 22. *obſ.* 35. *l.* 7. *l.* 8. *l.* 12. §. 1. *de S. P. R.*

COMMENTARIUS.

1. *Eum, qui iter habet, rheda vehi non poſſe, contra Capollam.*

2. *An*

2. *An ſpatiari voluptatis aut valetudinis cauſa, vel equum manu ducere, geſtandi gratia paratum.*
3. *Ei, qui actum habet, licere & armenta agere, nec tamen ideo pro* jumentum *reponendum* armentum.
4. *In definitione actus malè D. Hotomannum pro* vel vehiculum *reponere* non etiam vehiculum.
5. *An actui inſit & iter ſine jumento.*
6. *In definitione viæ nihil mutandum, & quid inter viam & actum interſit.*
7. *De aquæductu quædam obſervatu digna.*

SErvitutes ruſticorum prædiorum ſunt, quæ prædiis ruſticis inhærent. Sunt autem longè plures, quam hic enumerantur. D. Donellus 11. *comm.* 6. doctrinæ cauſa ad tria genera eas revocat; nam, ut eleganter & 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 premitur, exoneretur. Ad primum genus pertinent quatuor illæ, quas hic explicat Juſtinianus poſt Ulp. *l.* 1. *de ſerv. prad. 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 fuſius 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
1 quis utatur in eundo, an alienis. Quod autem Cæpolla *de ſerv. ruſt. prad. 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, **voet-padt / rp-padt / dzeef /** id eſt, actus.

Ambulandi] Id eſt, commeandi ultro citroque eundi ad fundum noſtrum & inde redeundi, quoties lu-
2 bet. An igitur & ſpatiandi voluptatis aut valetudinis cauſa? Ita quidem D. Cujac. 22. *obſ.* 35. Baro *hic.* Don. 11. *comm.* 6. Atqui ut ſpatiari liceat in alieno animi cauſa, prædii ſervitus imponi non poteſt: hoc enim perſonæ voluptatem reſpicit, non utilitatem prædii, *l.* 8. *de ſerv.* unde D. Hotoman. verbo ambulandi nihil aliud hic ſignificari exiſtimat, quam commeationem ob res prædio, iiſve, quibus illic morari neceſſe eſt, utiles aut neceſſarias. Puto tamen dici poſſe, ambulationem iſtam hic non conſiderari, ut jus aliquod principale & per ſe, ſed ut illius juris acceſſionem. 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 ſolius prædii, cui iter debetur, ut benè D. Buſius ad *l.* 1. *de ſerv. prad. ruſt.* VINN. Eodem modo hic junguntur *ire ambulare*, quo alias *uti frui*, *do lego*, *nexus mancipium*; *ſarta tecta*, *ruta cæſa*, *uſus auctoritas*. Non hæc ſynonyma, ſed plerumque jungitur minori majus, uti exemplo *uſus fructus* præclare docuit V. C. Ger. Noodt *de Uſufr.* 1, 1. *Ire* eſt porro & ulterius pergere, & fere ad negotia perſequenda, ambulare & animi, & nullius negotii cauſa ſpatiis factis in eadem veſtigia reflectere. Auſon. Popma *de Differ. verb. lib.* 1. *p. m.* 30. Senſus itaque eſt, non neceſſitate finiri ſervitutem itineris, ſed ſemper ire poſſe dominum prædii dominantis, ſive id negotii cauſſa faciat, ſive voluptatis. Solius tamen voluptatis cauſſa ſibi ſtipulari jus ambulandi, omnino repugnaret fini ſervitutum. *l.* 8. *de ſerv.* HEIN.

Hominis] Atqui diximus, eum, qui iter habet, etiam jumento ire poſſe. Nimirum etiam in eo ſpectamus hominem, qui miniſterio jumenti in eundo utitur, ut cauſam principalem, non ipſum jumentum per ſe. Quod ſi quæras, cur hominis hic mentio fiat, cum 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 hæ 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 haud dubiè accipiendum eſt de jumentis, quæ ſarcinas portantes aguntur aut ducuntur. Nam ſi quis pedes ire malens in itinere deſcendat de equo, eumque manu ducat, cur id ei non liceat? aut cur per famulum non poſſit equus deduci ad dominum, ut rediturus eum conſcendat, & eques remeet? *arg. l.* 12. *eod.*

Actus eſt jus agendi jumentum vel vehiculum] *d. l.* 1. *eod.* Jumenti appellatione non contineri boves, identidem relatum & reſponſum eſt, *l. ædiles.* 38. §. *jumentorum.* 4. & 2. *ſeqq. de ædil. edict. l. legatis.* 65. §. *antepen. de legat.* 3. *l. boves.* 89. *de verb. ſign.* Paul. 3. *ſent.* 6. Columella quoque boves à jumentis, equis, aſinis, mulis, paſſim ſegregat, ut *lib.* 1. *c.* 6. *lib.* 6. *c.* 19. An igitur ei, qui actum habet, non licebit boves agere, & generaliter armenta? Sanè verò. Diſertè enim à Modeſtino ſcriptum eſt, actum eſſe, *ubi armenta trajicere liceat*, *l.* 12. *de ſerv. prad. ruſt.* Armentorum autem appellatione vel maximè boves continentur, *d. l. boves.* 89. *de verb. ſign. l. ſervis legatis.* 81. §. *armento.* 3. *de leg.* 3. Nec tamen ideo neceſſe eſt, ut cum Hotomanno pro *jumentum* reponamus *armentum*, contra fidem omnium exemplarium. Nam vel ὦ πλάτῃ jumenti vox hic accipi poteſt, ut & boves complectatur, cum & Iſidorus boves inter jumenta referat, *lib.* 12. *c.* 1. & ipſe Columella etiam his ex ratione originis nomen jumenti tribuere videatur: ſic enim ſcribit *lib.* 6. *c.* 3. *Jumenta nomen à re traxerunt, quod noſtrum laborem vel onera ſubvectando vel arando juvarent.* Jumentum igitur, ἀχθοφόρον κτῆνος, ἢ ὑποζύγιον. Quid ſi dicamus, exempli duntaxat cauſa jumenti mentionem factam? Ut enim reponas *armentum*, aut retineas *jumentum*, non continebitur verbis definitionis actus ovium, caprarum,

rum, & reliquorum minorum pecorum, quibus propriè gregis, non armenti aut jumenti appellatio convenit, *d. l.* 81. §. *armento.* 4. *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: non enim hoc tantum loco, verum etiam infinitis aliis jus agendi vehiculum actu contineri, à veteribus traditum est, *d. l.* 1. *l.* 7. *l.* 12. *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 explicatione definitionis viæ. Nihil Hotomannum juvat, quod scribit Pompon. *l.* 13. *de serv.* si via concessa sit tam anguſti loci demonstratione facta, ut jumentum duntaxat ea duci possit, non etiam vehiculum, actum magis, 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 convenerit, 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 actui non utrumque conjunctim, sed hoc vel illud disjunctim tribuitur. Itaque & Græci minus plenè actum vertunt ἀμαξικὴν ὁδόν. VINN. Rem expediviſſe videtur Illustris Corn. van Bynkershoek *Obs.* IV, 7. ubi docet, intelligi vehiculum quod agi solet, vel propelli, vel manu trahi, id est, currum trusatilem. Quod & spatium quatuor pedum postulat, quibus circumscriptum fuisse actum docet Varro *de L. L.* IV, 4. HEIN.

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 separatum. Neque tamen hoc ita accipimus, 5 quasi iter separatum sit de essentia ipsius actus, sine eo actus consistere aut constitui non possit: sed hoc dicimus, actu constituto regulariter & ex tacita voluntate & sententia constituentis, etiam iter sine jumento concessum intelligi, *arg. l. non debet.* 21. *l. in eo.* 110. *de reg. jur. c. cui licet. eod. in* 6. Atque ideo jus agendi duntaxat non etiam eundi, ambulandi, in definitione actus exprimitur. Adhæc si actus essentialiter etiam iter contineret, quo utimur sine jumento, nullius momenti esset conventio, ut actus sit sine itinere, contra *l* 4. §. 1. *si serv. vind.* Non obstat, quod apud Paulum legimus, actu legato iter frustra adimi, *l. de adim. leg.* nam ratio subjecta non obscurè 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 & ususfructus: nam etsi fructui usus inest, & ideo legato 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 emblema imperiti interpretis, consul. Don. 11. *comm.* 6. Duar. 1. *disp.* 31. Bachov. *hic & in* Treutl. *vol.* 1. *disput.* 17. *thes.* 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. rust.* & Justinian. hic observatum est. Mirorque adeo viros doctissimos, Connan. 4. *com.* 11. 6 & 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 σταιδῶς 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, Cujac. 22. *obs.* 35. *fac. l.* 11. §. 6. *de exc. rei jud.* Sunt & aliæ quædam differentiæ, sed minus principales: nam qui viam habet, etiam lapides & tigna trahere, & rectam hastam ferre, modo ne fructus lædat, potest; quod ei, qui actum habet, non licere plerique existimaverunt, *l.* 7. *de serv. præd. rust.* & potest etiam sine his via constitui. Illud omnino ex accidenti est, quod actus & via aliquando differant latitudine, vid. *l.* 8. *l.* 13. §. 2. *eod.* add. D. Bus. *ad l.* 1. *eod.* Tulden. *comm. hic.* 11. VINN. Nihil verius, quam in definitione viæ pro *eundi* legendum esse *vehundi.* Alias nullum esset inter viam & actum discrimen. Vide sis Viri Summi, Cornel. à Bynkersh. *Obs.* IV, 7. HEIN.

Aqua ductus est jus aquæ ducendæ per fundum alienum] *d. l.* 1. *eod.* Id fieri solet vel canalibus sive tubis, aut ducto rivo per longitudinem depresso, quo aqua decurrat, *l.* 1. §. 2. *de riv.* Ducitur autem aqua aut 7 publica, aut privata. Publicam ducere, puta ex flumine publico, cuique licet, nisi Imperator aut Sena-

tus 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. pluv. arc.* aut si periculum sit, ne exaresçat, quamvis navigabile non sit; *d. l. 1. §. non autem. 12. de flum.* Sed neque ex castello, vel ex rivo, vel ex quo alio loco, qui aquam publicam suscipit, ducere fas est sine permissu Principis, *l. 1. §. permittitur. 41. & 2. seqq. de aq. cottid.* In concedendo autem jure ducendi aquam privatam, sive fontis sive fluminis, sive putealem, non 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. pluv. arc.* junct. *l. ult. C. de auct. præst.* Illud hic generaliter tenendum, neminem posse aquam aut publicam aut privatam per fundum alienum in suum ducere, cui non sit hæc servitus constituta à domino illius fundi: *l. quemadmodum. 29. §. 1. ad leg. Aquil. l. 2. C. de serv.* neminem quoque posse ex suo aquæductu alteri commodare, nisi id nominatim convenerit: *l. ex meo. 24. l. cum essent. 33. §. 1. de serv. præd. rust.* Item jus hoc ad certum usum prædii concedi oportere: nam si concessum sit ita, ut aqua quocunque duci possit, non fundi, sed personæ jus erit. *l. pen. eod. l. 1. §. præterea. 12. de aq. cott.* Denique concedi posse ductum aquæ non tantum præsentis & fluentis, sed etiam quærendæ & nondum inventæ, *l. Labeo. 10. eod. hoc tit. l. ult. si serv. vind.* add. Wes. *par. hoc tit. n. 2.* Pet. Greg. 4. *syntag. 15.* Tulden. *comm. sup. de rer. div. c. 11.* fusè Cæpoll. *de serv. rust. c. 4.* Christin. *vol. 5. decis. 83.*

TEXTUS.

De servitutibus urbanis.

1. *Prædiorum urbanorum servitutes sunt hæ, quæ ædificiis inhærent, ideo urbanorum prædiorum dictæ, quoniam ædificia omnia urbana prædia appellamus, etsi in villa ædificata sunt. Item urbanorum prædiorum servitutes sunt hæ, ut vicinus onera vicini sustineat: ut in parietem ejus liceat vicino tignum immittere: ut stillicidium, vel flumen recipiat quis in ædes suas, vel in aream, vel in cloacam, vel non recipiat: & ne altius quis tollat ædes suas, ne luminibus vicini officiat.*

NOTÆ.

1. *Item urbanorum*] Ex Cajo *l. 3. P. V.* ubi & aliæ, add. *l. 1. l. 3. 4. 15. 16. eod.*

Onera vicini] Veluti si columna ædium tuarum onus ædium mearum ferat: & hic tu, cujus ædes serviunt, columnam reficere debes, *l. 33. d. t. l. 6. §. 2. si serv. vind.* qua parte servitus hæc spuria, *l. 15. §. 1. de serv.*

Vel non recipiat] Aut meo jure stillicidium non recipio, aut jure servitutis: meo jure si non lege civitatis cuique permissum obversa in alienum stillicidia habere: jure servitutis, si jure publico cuique permissum stillicidia sua in alienum avertere. Ita melius, quam Cujac. & Pac. Quid differant stillicidium & flumen, disce ex *l. 20. §. 3. & seqq. de serv. urb.* Varr. *lib. 4. de lingua cap. 5.*

COMMENTARIUS.

1. *Verum non esse, quod quidam tradunt, sola ædificia habitandi causa parata urbanorum prædiorum numero censeri.*
2. *Prædia eorumque jura, si non simpliciter, sed cum effectu juris considerentur, nunquam loco distingui; sed genere, usu, fine.*
3. *Quid interfit inter servitutem tigni immittendi & oneris ferendi: item inter jus projiciendi & protegendi.*
4. *Quid sit stillicidium, quid flumen.*
5. *De servitutibus stillicidiorum & fluminum, tum avertendorum, tum non avertendorum.*
6. *An jus altius tollendi sit aliquando servitus per se.*
7. *Confutatur latè sententia Bachovii, contendentis, jus altius tollendi & non tollendi esse unam eandemque servitutem.*
8. *Plus esse in servitute ne luminibus officiatur, quam vel in altius non tollendi, vel luminum.*
9. *Cujacii & Duareni opinio de servitute luminum refellitur.*

HOc §. agitur de servitutum prædialium specie altera, prædiorum scilicet urbanorum: & ait Imp. eas esse, quæ ædificiis inhærent, atque inde sic dictas, quia omnia ædificia urbana prædia appellamus, etsi in villa ædificata sunt: quod & alibi sæpè traditum, *l. 1. com. præd. 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 1 qui à fine sumptam putant, & ea sola ædificia prædiorum urbanorum numero esse, quæ parata sunt habitandi causa: horrea autem, quæ ruri ædificantur ad fructus reponendos & custodiendos, magis esse ut prædia rustica censeantur, Cæpoll. *de serv. urb. cap. 11. n. 2.* Mynsi. Wes. Vult. *hic.* Bronch. 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.* cessisset servitutem altius non tollendi, aut jus alteri constituisse tigni immittendi in parietem horrei sui. Hæ servitutes utique, urbanæ dicendæ sunt, non rusticæ. Quid enim interest, horreum, an aliud ædificium altius non extollatur? In constituendo, in amittendo omnia eadem: idem juris effectus in oppignerando, novo opere nunciando. Ratio autem non patitur, ut eadem specie servitus nunc urbana, nunc rustica dicatur. Non est contrarium, quod scribit Neratius *l. 2. de serv. præd. rust.* rustici prædii servitutem esse, *licere altius tollere & officere prætorio vicini.* Nam prætorium significat id ædificium, in quo dominus, si quando

quando ruri est, habitat, separatum ab habitatione villici, ut constat ex Columella *de re rust. lib.* 1. *cap.* 6. & Palladio *lib.* 1. *cap.* 8. At tale prædium omnes urbanum esse fatentur. Atque ut demus, appellatione prætorii, non tantum villam urbanam, sed aliquando etiam rusticam & fructuariam quoque significari, ut putat D. Gœd. eo quod Ulp. *d. l.* 198. *de verb. sign.* distinctionis causa, cum prætoria urbanis prædiis 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 servituti protegendi, cujus ille ibidem etiam mentionem facit. Cur igitur, inquis, Neratius servitutem prætorio impositam rusticam appellat? nimirum quia ille arbitrio suo loquitur, non considerato
2 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 quæritur de jure taciti pignoris, quod domino tribuitur in invectis & illatis ab inquilino in prædium urbanum, non item in invectis à colono in prædium rusticum, *l.* 4. *l.* 7. §. 1. *in quib. ca. pign. tac.* urbana prædia accipimus etiam tabernas, stabula, quæ non sunt in continentibus ædificiis, vel ipso Neratio teste, *d. l.* 4. § 1. aliaque meritoria in villis & vicis. Villa autem fructuaria & habitatio villici in hac causa prædia rustica habentur, *arg. d. l.* 198. *de verb. sign.* Item cum quæritur de alienatione prædiorum pupillarium aut minorum 25. annis, quæ si rustica sint, aut suburbana, oratione Severi sine decreto prohibentur alienari, *l.* 1. *de reb. eor. qui sub tut.* (quod constitutione Constantini ad urbana quoque prædia postea extensum est, *l.* 22. *C. de adm. tut.*) prædia à fine & usu distinguimus, & rustica quoque intelligimus, hortos olitorios & vinearios, qui in urbe sunt, & villas fundi causa & propter opus rusticum ædificatas: reliqua ædificia, stabula, meritoria, etsi ruri sunt, pro urbanis habentur; ut & horti ædificiorum, unde nihil aut parum reditus: & multo magis area, *d. l.* 198. *de verb. sign.* quo loco orationem illam Severi Ulpianus interpretatus est, Cujac. 7. *obs.* 24. Simili modo de servitutibus, cum simpliciter quæritur, quorum prædiorum sint, loco itidem ut prædia distingui possunt: at cum quæritur de vi & effectu juris in iis constituendis, acquirendis, amittendis, pignerandis, novo opere eorum nomine nunciando, (vide obiter *l.* 1. *l.* 6. *de serv. prad. urb. l.* 6. *l.* 7. §. 1. *comm. prad. 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, urbaniæ; 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. VINN. Ita facile intelligitur, quod scribit Paullus *l.* 3. *ff. de serv. Servitutes prædiorum aliæ in solo, aliæ in superficie consistunt.* In fundo servitutes prædiorum rusticorum *l.* 13. *ff. de serv. prad. rust.* In superficie servitutes prædiorum urbanorum. *l.* 20. *ff. de serv. prad. urb.* Nulla enim servitus prædii rustici utilitatem præstat ædificio, sed fundo: nulla urbana fundo, sed soli ædificio. Interim & ædificia quædam rustica dici posse, si soli usui œconomico destinata sunt, certum, puto; est ex *l.* 198. *ff. de V. S.* & locis Columellæ & Palladii, ab ipso auctore allegatis. HEIN.

Prædiorum urbanorum servitutes sunt hæ] Et longè etiam plures: sed harum commemoratio sufficit ad declarandum id, quod dixerat, prædiorum urbanorum servitutes esse, quæ ædificiis inhærent. Donellus 11. *comm.* 4. etiam quæ hujus sunt generis, in tres classes partitus est, ex triplici earum fine: quædam enim comparatæ sunt ad ædes vicinas dilatandas, ut tigni immittendi, oneris ferendi, projiciendi, protegendi: quædam ad ædium interiorem commoditatem, veluti altius non tollendi, ne luminibus, ne prospectui officiatur: quædam denique ad ædes exonerandas, cujusmodi sunt jus cloacæ immittendæ, fumi immittendi, fluminis & stillicidii avertendi in aream alienam. Pretium fuit, digito saltem hoc indicasse.

Ut vicinus onera vicini sustineat, ut in parietem ejus liceat tignum immittere] Proponuntur hæ servitutes, ut 3
species diversæ: & sanè differunt gradu. In imponenda servitute tigni immittendi hoc agitur, ut ex nostro pariete liceat tignum, ξύλον ἢ δοκὸν, trabem immittere in parietem vicini, ita ut ibi requiescat, & vicini paries sustineat onus 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. eum.* 33. *de serv. prad. 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 propolita visum est, per consequentiam recipiendum esse ejus, quod principaliter agitur. Agitur autem hoc, ut jus sit ædium mearum, onus in parietem vicini immittere: quæ servitus vix consistere potest, nisi paries reficiatur & idoneus habeatur oneri ferendo. VINN. Ita fere omnes hanc servitutem vocant *spuriam, anomalam, irregularem*: nescio an satis bene. Non videtur veteribus dubium fuisse, dominum prædii dominantis ordinarie debere parietem reficere: sed de eo disputarunt, an ejusmodi pactum iniri posset, & dominus prædii servientis reficeret? Negabat Aquilius Gallus, quia esset contra naturam servitutis: sed adfirmabat Servius, cujus sententia prævaluit, ita explicata à Labeone, ut quia non homo, sed res serviat, liceret domino parietem derelinquere, *l.* 6. §. 2. *ff. si serv. vindic.* Servii itaque sen-

tentia non in universum statuit, parietem reficiendum esse à domino: sed tunc reficiendum esse, si hujusmodi pactum interceserit; quale est illud: paries oneri ferendo, uti nunc est, ita sit. *l.* 33. *ff. de serv. urb. prad.* HEIN. Hujus ejusdem generis est jus projiciendi, *l.* 1. *& l.* 2. *de serv. prad. urb.* videlicet ut liceat ex nostro tignum projicere in aream alienam, hoc est, ita provehere supra solum vicini, ut nusquam requiescat, præterquam in pariete nostro; sive id fiat ædificii supra id projectum ponendi causa, sive tegendi parietis, ut plurimum autem aliquid substruendi causa, puta mœniani aut suggrundæ, *d. l. malum.* 242. §. 1. *de verb. sign.* nam quod tegendi parietis causa ad umbram faciendam emittitur aut arcendos imbres à pariete, protectum in specie appellatur, *d. l.* 1. *& 2. hoc tit.* ita protectum à suggrunda distinguitur in edicto *de his qui dej. vel effud. l.* 5. §. *prator ait.* 6. Crassus error est eorum, qui servitutem projiciendi interpretantur jus abjiciendi vel effundendi quid in aream alienam, aquam puta, vel quisquilias. Cæpoll. *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] Hæ eædem servitutes sunt, quæ dicuntur stillicidiorum & fluminum, *l.* 1. *de serv. prad. urb.* Inter
4 stillicidium & flumen hoc interest, quod stillicidium est, cum aqua pluvia ex tecto stillatim & guttatim cadit, **Dzop**; flumen, cum fluxu & per imam ædium partem more fluminis effunditur, **waterloop.** Varro 4. *de ling. cap.* 5. Paul. *l. servitutes.* 20. §. 3. *& seqq. de serv. prad. urb.* Itaque stillicidii recipiendi servitus dicitur, qua vicinus ferre cogitur, ut aqua pluvia ex tecto meo in suas ædes cadat: 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 viventi direptum non perveniat ad locum servientem.* Duplex autem est stillicidii aut fluminis servitus,
5 ut ostendit *hic locus*, & *l.* 2. *eod.* una avertendi, altera non avertendi stillicidii aut fluminis: quarum illa comparata est ad ædes exonerandas, hæc ad interiorem ædium commoditatem pertinet. Avertendi stillicidii est jus stillicidia nostra derivandi in ædes aut aream vicini, ut vicinus stillicidium nostrum recipere cogatur in ædes suas, vel in aream aut in cloacam, *d. l.* 2. *& hoc text.* Stillicidia non avertendi jus est, quo vicinus stillicidium ædium suarum in aream vel cloacam vicini avertere prohibetur, aut non tenetur vicinus stillicidium vicini in suum recipere. Sane quidem jure communi nemo cogitur stillicidia vicini recipere, licetque nobis jure libertatis rei nostræ vicinum prohibere ne stillicidia sua in nostrum immittat. Cæterum sicubi constitutio ædificiorum talis est, ut lege aut consuetudine civitatis unicuique permissum 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 servientium, jus ei non esse stillicidia avertere, atque ut tegulas, canalesque aut tubulos; per quos aqua labitur, suis expensis reficiat. Cæpoll. *cap.* 28. *& seq. de serv. urb.* Pet. Greg. 4. *syntagm.* 9. *n.* 7. Sed hoc minus placet: quia non pro commodo, sed pro onere passim habetur, stillicidium aut flumen alienum recipere: & præter naturam servitutum est, ut quis aliquid facere cogatur in suo.

Et ne altius quis tollat ædes suas] Hæc servitus ob eum maxime finem constituitur, ne luminibus vicini altius ædificando officiatur. Nam cum unicuique jure naturæ in suo quidvis facere liceat, dum in alienum nihil immittat, *l.* 8. §. *Aristo* 5. *si serv. vind.* eique consequens sit posse unumquemque in area sua ædificare in infinitum, ædesve antea positas altius tollere, etiam si vicino incommodet, lumina ejus obscurando, quod & traditum est *l.* 9. *l.* 14. *l cujus.* 24. *de serv. prad. urb. l.* 8. *C. de serv.* hoc incommodum non aliter vitari potest, 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 confessoriæ, qua servitus hæc, quæ dicitur altius non tollendi, vindicatur, licet verborum figura videatur negatoria, *l.* 4. §. *ult. si serv. vind.* Crebra est hujus servitutis mentio, ut in *l.* 2. *l.* 12. *de serv. prad. urb. d. l.* 4. §. *ult. l.* 7. §. 1. *com. prad.* Hic autem magna oritur diffi- 6
cultas. Nam si cuivis liceat ædes suas extollere, idque naturaliter & jure libertatis rei suæ, ut nulla in eam rem opus sit constitutione servitutis, quî fit, 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. prad. urb. l.* 7. §. 1. *comm. prad.* à Cajo *l.* 2. *de serv. prad. urb.* Neratio *l.* 2. *de serv. prad. rust.* Justiniano §. 2. *inf. de act.* Tota vero difficultas in eo est, ut exempla proferantur, quibus ostendatur, jus altius tollendi quandoque inter servitutes recte numerari. Etenim huic rei demonstrandæ minime idonea sunt, quæ afferuntur à Glossa, Bart. & DD. in *l.* 2. *de serv. prad. urb.* quæ ipsis prima est: nec item quæ à Gloss. Dyn. Jas. & aliis

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 concesso aut longa quasi possessione quæsito contra vicinum jure altius non tollendi, rursus ei altius tollendi potestas conceditur. Hoc enim casu perinde res in pristinam libertatem redit, ac si pacto servitus remissa esset, ut eodem loco abunde ostendimus. Primus veterum interpp. Joan. Faber in *d.* §. 2. rem vidit & digito monstravit, præeunte tamen Glossa in *l. qui luminibus.* 11. *de serv. urb. prad.* ut observavit Cæpolla & explicuit *c.* 26. *n.* 2. *de serv. urb.* sed ille longius excurrit, & multa aliena miscet. Rectius & apertius recentiores, Zas. Baro, Mynsi. 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 obscuret vicinas. Si vero alicubi lege civitatis certa ædificiorum forma atque altitudo præscripta est, quam excedere ædificando invito vicino non liceat, hic jus ædificandi hactenus quidem adhuc liberum esse & juris publici, ut si intra definitum altitudinis modum consistatur, adhuc liceat ædificare cum incommodo vicini, *d. l. qui luminibus* 11. 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 ædif. priv.* eoque concesso, jus altius tollendi vicino servitutem esse, utpote qui jam incipiat pati in suo, quod antea pati jure publico non cogebatur; nobis jus, sed impositicium & constitutum à vicino, quod vindicetur hac formula confessoria, *Ajo, mihi jus esse ædes meas altius tollendi invito te. d.* §. 2. *inf. de act.* ubi plenius hoc exposui, atque ex Tacito aliisque auctoribus, & textibus juris nostri demonstravi, etiam in ipsis urbibus, in quibus sedes imperii fuit, Romæ scilicet & Constantinopoli, jam olim certum fuisse ædificiorum altitudini præscriptum modum, ut mirum non sit, Jureconsultos, ad statum illum respicientes, jus altius tollendi inter species servitutum numerare. Adde, quod certo statu ædificiorum constituto hæc servitus etiam quæri potest præscriptione, si videlicet quis contra veterum formam longo tempore ædificatum habuerit, & nec vi nec clam, precario possederit, *l.* 1. *C. de serv.* Poterat hic consisti, nisi nobis negotium faceseret Bachovius, qui in *not. ad* Treutl. *vol.* 1. *disput.* 17. *thes.* 2. *& in comm. ad hunc* §. 1. & §. 2. *inf. de act.* hanc etiam Neotericorum sententiam penitus explodit, contendens, jus altius tollendi & altius non tollendi non duas, sed unam eandemque servitutem esse, quæ aut diversa consideratione diversis nominibus appelletur, atque ex parte servitutem sibi afferentis dicatur jus altius non tollendi, ex parte negantis altius tollendi; aut potius jus altius tollendi impropriè servitutum numero adscribi, atque ita appellari tantum respectu vicini, qui me altius ædificante ipse contra ædificare & luminibus meis officere, jure constituta servitute, non potest. In summa, jus altius tollendi ex catalogo servitutum expungendum esse, & quoties ejus mentio fit, jus contrarium significari, videlicet altius non tollendi. Satis hercule confidenter: videamus, quam vere, Cajus *l.* 2. *de serv. prad. urb.* ex professo species urbanarum servitutum enumerans sic orditur: *Jura prædiorum urbanorum sunt, altius tollendi & officiendi luminibus vicini:* deinde subjungit, *aut non extollendi.* Hic si Bachovio credimus, Jureconsultus non duo inter se distincta jura significat, sed unum duntaxat, altius non extollendi, quod solum sit servitus. Pauli *l.* 7. §. 1. *comm. prad.* hæc verba sunt; *Servitus alienis ædibus imponi potest, ut altius tollere vel non tollere liceat.* Hoc Bachovius sic accipit, quasi alterum tantum Paulus expressisset, ut ne liceat altius tollere. Sed profecto si hoc Bachovio concedimus, summæ insciticæ insimulamus Jureconsultos, qui ex uno jure duo faciunt, atque inter se ut servitutes diversæ speciei, tam aperte opponunt. Itaque ut evidentius demonstremus errores Bachovii, putat ille, jus altius tollendi per se servitutem 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 ædificante poterat, nunc pleniore jure, & effectu consequor. Hoc vero falsum esse ostendunt, quotquot sunt loci, in quibus jus altius tollendi inter servitutes numeratur; ut in *l.* 2. *de serv. prad. rust. d. l.* 2. *de serv. prad. urb. d. l.* 7. §. 1. *comm. prad.* §. 2. *inf. de act. l.* 1. *C. de serv. & aqua.* Quibus omnibus locis palam est, jus altius tollendi non ea ratione servitutem dici, aut ex eo æstimari, quod alter facere non potest in suo, sed ex eo simpliciter, quod alterum facientem jure impositicio pati cogitur. Hoc enim ipsum, licere altius tollere & officere luminibus vicini, jus prædii & servitus appellatur: jus respectu ejus, cui id facere licet; servitus respectu vicini, qui id pati cogitur. Ac proinde si cui hujus juris controversia fiat, licebit ei hoc vindicare hac formula; *Ajo mihi licere ædes meas altius tollere.* Quæ & vi & verbis confessoria est, *d.* §. 2. *inf. de act.* idque evidentissime confirmatur *d. l.* 1. *C. de servit.* quo loco cum quæsitum esset, an in eum, qui contra veterum formam ædificasset, ut luminibus vicini officeret, competeret vicino actio negatoria, qua intenderet, jus non esse adversario ædes ita sublatas habere, respondet Imp. competere: sed addit hanc exceptionem, *nisi quis longo tempore ita ædificatum habuerit.* Quippe longi temporis consuetudinem vicem obtinere servitutis. Quod si igitur jus altius ædificandi contra formam ædificiorum præscriptione quæsitum servitus est, nobisque defendi & actione confessoria vindicari potest, idem quoque jus, pactionibus eodem modo constitutum, servitus erit, non jus libertatis; eoque nomine confessoria, non negatoria agendum. Miror autem judicium Bachovii, qui his argumentis probari existimat, jus altius tollendi pro jure impositicio aut servitute censeri non posse; primum quia servitutum non ea natura est, ut aliquis faciat quid in suo, sed ut aut non faciat, aut alium facientem patiatur. Secundo quia omnis servitus efficit, ut prædium serviat: at ædes, quas ex pactione contra usitatum modum tollere licet, nullo modo dici posse servire. Postremo quia servitus omnis onus prædii est, jus dominantis augens, servientis minuens. At concessione juris altius tollendi etiam servienti prædio restitui libertatem. Manifestus enim in his omnibus error est ἀπὸ τὴν ἀγνοιαν τὸ ἐλέγχε. Nam non quæritur, an jus altius tollendi con-

tra præſcriptum modum ſit ſervitus in eo, cui id jus conceſſum eſt: hujus enim reſpectu jus eſt, quod ſervitutem facit: nihil minus, quam ſervitus; & omnis ſervitus eſt in alieno: ſed hoc, an non in eo, qui jus hoc alteri conſtituit, ſervitus ſit: an non ille pati aliquid cogatur in ſuo, videlicet luminibus ſuis offici, quod antea pati jure publico non cogebatur: an non ille eo pacto ſuum prædium ſervire faciat, jus ſui prædii minuat, alterius augeat. Hoc vero eſt, quod nos aſſerimus & abunde probaſſe exiſtimamus. Stet igitur hæc ſententia, jus altius tollendi nonnunquam eſſe jus libertatis noſtræ, nonnunquam impoſititium ſeu ſervitutem, activè aſpectu ejus, cui debetur, paſſive in eo, qui debet. Utrum autem horum ſit, ejus rei dijudicationem pendere ex eo, quod cuique jure publico in ſuo facere ædificando liceat, aut non liceat.

Ne luminibus vicini officiat] His verbis non videtur hoc loco nova demonſtrari ſervitus, ſed finis propoſitæ: eſt enim hic præcipuus finis ſervitutis altius non tollendi, ne luminibus noſtris officiatur, qui ob id etiam plerumque ſimul exprimi ſolet, *l.* 2. *de ſerv. urb. l.* 2. *de ſerv. ruſt.* 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 recedatur à libertate
8 naturali. Quamobrem hoc plus erit in ſervitute, ne luminibus officiatur, quam in illa, ne ædes altius tollantur, *l.* 12. *l. inter.* 15. *& 2. ſeqq. de ſerv. prad. urb.* A ſervitute ne luminibus officiatur, parum differre videtur ſervitus quæ luminum dicitur; atque ut hæc magis reſpicit novam luminum conſtitutionem, ita illa conſervationem eorum quæ jam ſunt *l.* 4. *eod.* niſi forte dicendum ſit, in ſervitute luminum hoc minus eſſe, quam in altera, quod qui hanc debet, altius ædificare non prohibeatur, aliaque facere, modo tantum luminis vicino relinquat, quantum ad uſum diurnum ſufficiat: qui autem ſervitutem debet ne luminibus officiatur, nihil omnino facere poſſit, quo lumen minuatur, etiamſi vicini ædes luminibus abundent: quæ ſententia eſt Pauli Caſtr. in *d. l.* 4. probata à Cæpoll. *c.* 35. *de ſerv. urb. arg. d. l. inter.* 15. & eodem teſte communiter recepta. Aliter Cujac. 1. *obſ.* 13. & Duar. 1. *diſp.* 33. ſervitutem luminum accipiunt, nimirum jus luminum noſtrorum in alienum immittendorum, quo efficiatur, ut liceat nobis aperto pariete noſtro feneſtras in eo poſitas habere luminis excipiendi gratia. Sic enim illi interpretantur, quod Paulus ſcribit *d. l.* 4. *Luminum ſervitute conſtituta id acquiſitum videtur, ut vicinus lumina noſtra accipiat.*
9 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. §. *Ariſto* 5. *ſi ſerv. vind. l.* 9. *de ſerv. prad. urb. l.* 8. *C. de ſerv. & aq.* Neque enim in alienum quicquam immittit, qui ſuum parietem aperit & 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. prad. urb.* Imo vero, inquiunt, qui feneſtram in ſuo ponit, aliquid immittit in alienum, quod non licet citra conſtitutionem ſervitutis: immittit enim oculos. At teſtimonio Xenocratis, μηδὲν διαφέρειν ἢ τὰς πόδας, ἢ τὰς ὀφθαλμοὺς εἰς ἀλλοτρίαν οἰκίαν τιθέναι, auctor Plutarch. *lib.* περὶ 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 diſciplinæ juris civilis. Nihil autem in contrarium facit *l. pen. eod.* quia aperte loquitur de pariete communi, in quo conſtat nihil licere facere invito ſocio, *l.* 8. *l. quidam.* 13. *l. in re.* 26. *eod. l. Sabinus.* 28. *com. div.* Illud conſtat, diverſam eſſe à ſuperioribus ſervitutem proſpectus ſeu ne proſpectui officiatur: nam ſervitute proſpectus hoc continetur, ne quid nobis officiatur ad gratiorem proſpectum ac liberum: & cum lumen tantum ſit ex loco ſuperiore, proſpectus etiam ex locis inferioribus eſſe poteſt, *l.* 3. *l.* 12. *l.* 15. *& ſeq. de ſerv. prad. urb.* Sunt qui putant, etiam ſervitutem proſpectus ut diverſam gradu à ſervitute ne proſpectui officiatur diſtinguendam eſſe, eadem ſcilicet ratione & proportione; qua præcedentes, luminum, & ne luminibus officiatur. Moribus fere harum regionum aut legibus municipalibus vetamur feneſtram facere, unde directo proxime & de plano proſpiciatur in aream vicini, præſcripto certo ſpacio, quo diſtare hujuſmodi feneſtræ à pavimento vel tabulato debeant.

TEXTUS.

De reliquis ſervitutibus ruſticis.

2. *Inter ruſticorum prædiorum ſervitutes quidam computari recte putant aquæ hauſtum, pecoris ad aquam appulſum, jus paſcendi, calcis coquendæ, arenæ fodiendæ.*

NOTÆ.

2. *Pecoris ad aquam appulſum*] Jus adaquandi & appellendi pecora, quæ fundi cauſa habentur, ad aquam alienam.

COMMENTARIUS.

1. *Explicatur & emendatur locus Ulpiani in l. Mela.* 14. §. *ult. de alim. legat.*

DOcendi ratio poſtulabat, ut hic §. protinus ſubjiceretur principio hujus tit. dilata tantiſper tractatione ſervitutum urbanarum, cum à ruſticis cœptum eſſet. Sed hoc tanti non eſt, ut ob id maledictis impetendus ſit Tribonianus, quaſi temetum cum hæc ſcriberet bibiſſet: nollemque eo proteriæ proceſſiſſe etiam viros cætera incomparabiles. Verum age. Ait Imp. inter ſervitutes ruſticorum prædiorum recte computari aquæ hauſtum, pecoris ad aquam appulſum, &c. Aquæ hauſtus eſt jus aquæ hauriendæ ex puteo vel fonte vicini, ad prædii noſtri vel familiæ ruſticæ uſum & commoditatem. Qui hauſtum habet, iter quoque ad hauriendum habere videtur, ſive ei jus hauriendi & ſimul adeundi ceſſum ſit, ſive hauriendi tantum. Sed etſi tantum adeundi

eundi ad fontem, placuit ineſſe & hauſtum. Cæterum ex flumine publico cum ſine ſervitute cuivis haurire liceat, hauſtus fruſtra conceditur, iter cedi debet, *l.* 3. §. *ult. de ſerv. prad. ruſt.* Cæpol. *c.* 7. Pecoris ad aquam appulſus eſt jus adaquandi & appellendi pecora, quæ fructuum fundi cauſa habentur, ad aquam alienam. Utrumque autem hoc jus paſſim refertur inter ſervitutes prædiorum ruſticorum. *l.* 1. §. 1. *l.* 2. §. 1. *l.* 3. §. *ult. l.* 4. *l.* 6. *in fin. de ſerv. prad. ruſt.* Cæterum objici ſolet reſponſum Ulpiani *l. Mela.* 14. §. *ult. de alim. legat.* quo loco aquæ hauſtus & pecorum ad aquam appulſus dicuntur eſſe ſervitutes perſonarum: ſic enim in omnibus codicibus locus iſte legitur; *Nam & hauſtus aquæ & pecoris ad aquam appulſus eſt ſervitus perſonæ, tamen ei, qui vicinus non eſt, inutiliter relinquitur.* Verum hic locus, ſi ullus in libris noſtris, manifeſtè corruptus eſt, idque cuivis, 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 aquæ & pecoris ad aquam appulſus eſt ſervitus, perſonæ tamen ejus, qui vicinus non eſt, non inutiliter relinquitur*, vel detracta privativa, *utiliter.* Niſi etiam ita legamus, μηδὲν ὑγιές. Nec ſententia loci, nec ratio juris de his ſervitutibus conſtabit, nec quicquam in eo loco erit, quod cohæreat. Conſulebatur Jureconſultus de fideicommiſſo, quo aqua relicta erat ei, qui vicinum prædium non habebat; reſpondet, utile eſſe fideicommiſſum, nec obſtare quod aqua hæc relicta proponebatur non poſſeſſori vicini prædii: nam quod perſonæ relinquitur, ut in propoſito aqua, id non vicino quoque recte relinqui, quantumvis tale ſit, quod regulariter jus prædii cenſetur. Argumento eſſe aquæ hauſtum & pecoris ad aquam appulſum, quæ cum natura ſua ſervitutes prædiorum ſint, tamen ei, qui vicinus non ſit, utiliter conſtituantur: non utique ut jura prædii, ſed perſonæ: quod etiam toties actum intelligitur, quoties res geſta eſt inter duos, qui vicina prædia non habent, qua de re monuimus in explicatione rubricæ ſub finem. VINN. Hæ ſervitutes modo ſunt perſonales, modo prædiales. Perſonales, ſi non in uſum vicini prædii, ſed perſonæ conſtituuntur: prædiales, ſi vicino prædio inſerviunt. Id liquidum ex *l.* 4. *ff. de ſerv. prad. ruſt.* Hinc tolerari poſſunt verba Ulpiani in *l.* 10. *ff. de alim. legatis: Nam & hauſtus aquæ & pecoris ad aquam eſt ſervitus perſonæ:* pro *tamen* autem legendum videtur *nam nec. Nam nec ei, qui vicinus non eſt inutiliter relinquitur.* Ita verba præclare quadrant ſpeciei, quam ibi tractat Ulpianus. HEIN.

Pecoris paſcendi] *d. l.* 1. §. 1. *l.* 3. *pr. l.* 4. *eod.* ſervitus paſcui dicitur *l.* 6. *in fin. eod.* Eſt autem jus paſcendi pecora in fundo alieno. Si plurium commune eſt, jus compaſcui appellatur, *l. pen.* §. 1. *ſi ſerv. vind.* Hinc ager compaſcuus, in quo vicinis jus eſt communiter paſcendi. Feſt. in voce *Compaſcuus.* Cic. *in Top. c.* 3. *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, ſervitutem prædii non poſſe conſtitui ultra quam ad prædium ipſum opus eſt, *l.* 5. *eod.* Idem tamen dicendum erit, ſi oves ſint aut vaccæ ad lac præbendum, butyrum, caſeum conficiendum, quibus ad victum familiæ ruſticæ utamur. Qui ſervitutem paſcui habet aut pecoris appellendi, ei etiam talis conſtitui poteſt, ut tugurium ibi habere liceat, ut ſi hiems ingruerit, habeat quo ſe recipiat, *d. l.* 6. *in fin. eod.* De jure paſcendi late Cæpoll. *c.* 9. *de ſerv. prad. ruſt.* Schneid. *hic. n.* 28. *& ſeqq.*

Calcis coquendæ, arenæ fodiendæ] *d. l.* 1. §. 1. item lapidis cædendi, cretæ eximendæ, pedamenta ad vineam ex vicini prædio ſumendi. *d. l.* 3. §. 1. *&* 2. *l.* 5. *l.* 6. *eod.* Omnes autem, quæ hujus generis ſunt ſervitutes, eo pertinent, ut quid ex alieno ſumere liceat, quod transferatur ad uſum prædii noſtri. Eo autem 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 olivas oliveti exprimere in tuo; jus area tua utendi ad exprimenda frumenta aut legumina; item ut fructus in vicini villa cogantur, coactique habeantur, *l.* 14. §. *ult. de alim. 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 intermedium 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.

AGitur hic de ſubjecto ſive materia ſervitutum prædialium, id eſt, de rebus, in quibus conſiſtunt, & à quibus ob eam cauſam nomen quoque acceperunt. Sunt autem hæ res non omnes, ſed immobiles tantum ſive res ſoli, quæ uno nomine prædia appellantur. Sive enim rem ſpectes, quæ ſervitutem debet, ſive id, cui debetur, utrinque prædia eſſe neceſſe

ceſſe 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. præd. & 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. vect.* Cæterum his obſtare videtur, quod traditur, *l.* 10. *de ſerv. præd. ruſt. l. ſi ſervitus.* 23. §. 1. *de ſerv. præd. 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 ſuſpenſo, 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 hæredem ſuum damnare, ne altius tollat ædes ſuas, ne luminibus vicini officiat: vel ut patiatur eum tignum in parietem ſuum immittere, ſtillicidiumve adverſus eum habere: vel ut patiatur eum per fundum ire, agere, aquamve ex eo ducere.*

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 repræſentet.*
3. *Suprema voluntate ſervitutem conſtitui ipſo jure.*
4. *Quemadmodum 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.*

FAlſo Mynſ. & Pac. exiſtimant, hoc loci materiam tradi, ex qua ſervitutes prædiorum conſtituantur: conventio enim & ultima voluntas non materiæ ex qua, ſed cauſæ efficientis rationem habent, cum ſint ſervitutum conſtituendarum modi. Eſt autem inſignis hic locus, dignuſque in quo explicando pluſculum operæ ponatur. Servitus prædii à lege non conſtituitur: ſed poteſt re exigente à judice conſtitui in judiciis familiæ erciſcundæ & communi dividundo, in pluribus prædiis dividendis unum uni, alterum alteri adjudicante, & unum alteri ſervum faciente. *l. item. Labeo.* 22. §. 3. *fam. erc. l. ut fundus.* 18. *comm. 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 conſtituente, ut ſit dominus prædii totius, non pro parte indiviſa; communi prædio unum 1
ex dominis ne pro parte quidem ſua ſervitutem imponere poſſe, *l.* 2. *de ſerv. l. unus.* 34. *de ſerv. præd. ruſt.* niſi forte pariter omnes cedant: tunc enim omnes non alienæ, ſed ſuæ parti ſervitutem imponunt. Quod ſi diverſo tempore id fiat, noviſſima ceſſione ſuperiores confirmantur. *l.* 6. §. 1. *l. ult. comm. præd. l.* 11. *de ſerv. præd. ruſt.* Benigne quoque propter conventionem receptum eſt, ut, qui ante ceſſit, vetare me uti jure ceſſo non poſſit. *d. l.* 11. Quæ omnia etiam in perſona acquirentis ſervantur; nam nec acquirere quiſquam prædio ſervitutem poteſt, niſi qui ejus 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, conventione, & ultima voluntate, *l.* 5. *de ſerv. l. poteſt.* 16. *comm. præd. & hoc text.* In conventionali conſtitu- 2
tione duo ad acquirendam ſervitutem 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 pactionis nudæ non ea vis eſt, ut rem corporalem noſtram faciat; *l. traditionibus.* 20. *C. de pact.* ita nec per ſe ſufficit ad acquirendam ſervitutem, *l.* 3. *de obl. & act. d. l.* 11. *de Publ. in rem. act.* Olim hic frequens erat ceſſio, *l. nemo.* 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 jura quomodo per uſum & patientiam conſtitui poſſint, non video: aut ſane inductio in prædium hic etiam pro traditione fuit. Suprema voluntate ſervi- 3
tus conſtituitur, cum ea alicui teſtamento legatur, *tit.*

de

de ſerv. leg. in qua conſtitutione nihil præter voluntatem defuncti deſideratur ad acquirendam ſervitutem, ſed ſtatim ei, cui legata eſt, abſque ulla ceſſione aut traditione hæredis acquiritur, *l. ult. d. tit. l. ſi partem.* 19. §. 1. *quem. ſerv. am.* neque diſtinguimus amplius inter ſervitutem legatam per vindicationem, & legatam per damnationem, vid. *notata*
4 §. 1. *tit. ſeq.* Modus per uſum ac poſſeſſionem noſtram ſervitutem capiendi duplex. Unus communis cum uſucapione rerum corporalium, ſi quis eam à non domino, quem dominum exiſtimabat, conſtitutam per tempus legitimum continenter poſſederit, *l. ult. in fin. C. de præſcr. long. temp.* Alter ſervitutum proprius, ſi nullo quidem titulo præcedente, cæterum nec vi nec clam, nec precario, id eſt domino prædii ſervientis ſciente & patiente, per continuum definiti temporis ſpatium ſervitute uſi ſumus, *l.* 10. *ſi ſerv. vind. l.* 1. *in fin. de aq. pluv. 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 ſervitutis 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 uſucapione acquireretur. Sententia communis: à qua fruſtra recedit D. Duar. 1. *diſ.* 34. add. D. Chriſtin. *vol.* 3. *deciſ.* 177. *n.* 4. *& 5.* & noſtra *lib.* 1. *ſelect. quæſt. cap.* 31.

5 *Pactionibus & ſtipulationibus*] His verbis putandum non eſt à conſtitutione ſervitutum excludi traditionem: ſed eodem modo ac ſenſu hic accipienda ſunt, quo accipi conſtat, cum uſusfructus ſimiliter dicitur pactionibus & ſtipulationibus conſtitui, §. 1. *tit. ſeq.* nimirum non ut ſignificetur id, quod in conſtituendo extremum eſt, & excludatur traditio: ſed ut monſtrentur media & viæ, per quas hæc jura inducuntur. Extremum eſt, quo conſtituta ſervitus acquiritur. Id vero non eſt pactio aut ſtipulatio: ſed traditio ſervitutis ex pactione præcedente. Pactiones tituli ſunt, non modi acquirendi, §. *per traditionem.* 40. *ſup. de rer. div.* Cæterum quia traditio nihil transfert, niſi præcedat idonea conventio, ſive cauſa, propter quam traditio ſecuta ſit, *l. nunquam.* 31. *de acq. rer. dom.* ideo pactionum & ſtipulationum meminit, ut cauſarum acquirendi, & in conſtitutione ſervitutis traditionem neceſſario præcedentium, non ut traditionem removeat. Quemadmodum ex contrario cum dominia rerum traditionibus acquiri dicuntur, *l. traditionibus.* 20. *l. de pact.* non propterea removentur tituli ſive cauſæ acquirendi remotiores, ſed extremum in acquirendo ſignificatur, id eſt, modus acquirendi & cauſa proxima, uti & cum uſusfructus & 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 pactionibus & 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 conventione 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 ſervitutis nanciſcor & actionem in rem, cum conventionem ſecuta eſt traditio naturæ rerum incorporalium conveniens, *l. ult. de ſerv. l.* 1. *in fin. de ſerv. præd. ruſt. l.* 11. §. 1. *de Publ. in rem act. l.* 3. *de uſufr.* Denique definitio tradita, *l.* 20. *C. de pact.* traditionibus, non nudis pactis dominia rerum transferri, generalis eſt, nec minus ad ſervitutum, quam rerum corporalium acquiſitionem pertinet, *l.* 3. *de obl. & act.* quo loco diſerte de ſervitute idem quod de corpore Juriſconſultus definit, eam quæſita nobis ex contractu obligatione noſtram non fieri, ſed tantum debitorem obſtringi ad eam nobis dandam aut præſtandam. Quid ergo eſt, quod Bachovium moverit in contrarium? Primum quod hic ait Juſtinianus, pactionibus & ſtipulationibus ſervitutes conſtitui. At idem de uſufructu quoque dicitur §. 1. *tit. ſeq.* ad cujus tamen conſtitutionem fatetur Bachovius traditionem aut patientiam eſſe neceſſariam. Deinde quia Papinian. *l.* 4. *de ſerv.* ſcribit, ſervitutes ipſo jure neque ex tempore neque ſub conditione conſtitui poſſe: cæterum ſi hæc adjiciantur, vindicantem contra placita ſervitutem pacti vel doli exceptione repelli. Quaſi ex eo neceſſario ſequeretur ſervitutem per ſolam promiſſionem conſtitui, & perinde ſit, ac ſi Juriſconſultus dixiſſet, ſervitutem neque ex tempore neque ſub conditione promitti poſſe. Vitioſa plane collectio, & falſa quæ ſequitur propoſitio. Aliud enim eſt promittere, aliud conſtituere ſervitutem. Qui promittit, actu nihil juris in rem alteri conſtituit, nihil dat, ſed obligat ſe, ut det. Nec poteſt ulla excogitari ratio, cur minus ſervitutes, quam res 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 ſervitutem eſt actu eam imponere, & efficere, ut jam ſit quæſita prædio, §. *prac. l.* 1. §. 1. *comm. præd.* Quid vero Papinianus? Non ait, ſervitutem ex die aut ſub conditione promitti non poſſe, ſed non poſſe ipſo jure conſtitui ex die aut ſub conditione; id eſt, ut recte *Joan. 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 ſervitutem deſiderari poſſet, id eſſe ſolum uſum ejus, cui conſtituitur, & patientiam conſtituentis: quibus ſane in ſpecie à Papiniano propoſita locus eſſe non poteſt, cum ſint contradictoria, uſu ſervitutem conſtitui, & uſum ſervitutis differri. Sed nos jam ante oſtendimus, etiam aliis modis ad conventionem accedentibus ſervitutem poſſe conſtitui & prædio acquiri, per inductionem ſcilicet in fundum ſervum, & ceſſionem: qua cum veteres fere ſemper uſi ſint in conſtituendis ſervitutibus, hoc ipſum ſatis argumenti eſt, ſola conventione conſtitui & imponi non potuiſſe. add. Connan. 4. *com.* 8. Don. 11. *com.* 10. Paul. Buſ. ad *d. l.* 4.

Hæredem ſuum damnare, ne altius tollat, &c. vel ut patiatur, &c.] Hæc deſcripta ſunt ex Cajo *l. poteſt.* 16. *com. præd.* Legati damnationis meminit, non quod ſervitus per vindicationem legati nequeat, contrarium enim docet *tit. de ſerv. leg.* ſed aut exempli cauſa, aut quia ſervitutes omnes per damnationem legari poſſunt, per vindicationem non item: neque enim quæ in non faciendo poſitæ ſint, per vindicationem legari poſſe videntur, veluti ne hæres altius ædes tollat, ne luminibus vicini officiat. His autem verbis, *ne tollat, ut patiatur*, expreſſit naturam & ſubſtantiam ſervitutum, quæ duarum harum rerum conſiſtit in altera, vel ut dominus aliquid in ſuo non faciat, vel ut aliquid in ſuo fieri patiatur, *l. quotiens.* 15. §. 1. *de ſerv.* de quo dictum ſub *rubr.* VINN. Recte ſuſpicatus eſt Vinnius noſter, ſervitutes omnes legari potuiſſe per damnationem: non omnes per vindicationem: ſed fallitur, dum hanc differentiam quærit in diſtinctione ſervitutum adfirmativarum & negativarum, quum eam facilius reperire potuiſſet in ſervitutum prædiorum ruſticorum & urbanorum diſcrimine. Per damnationem omnes res legari poterant, etiam quæ non erant teſtatoris: per vindicationem non niſi eæ, quæ ex jure Quiritium teſtatoris fuerant. Ulpian. *Fragm. tit.* XXIV. §. 7. 8. Jure Quiritium habebantur res mancipi. Et tales erant ſolæ ſervitutes prædiorum ruſticorum, non item urbanorum. Ulp. *Fragm. tit.* XIX. §. 1. poterant ergo hæ ſolæ per vindicationem legari. HEIN. Recte feciſſet Tribonianus, ſi hic aliquid ſubjeciſſet de amiſſione ſervitutum, juxta præſcriptum *l. ult. de legib.* quod obſervavit in uſufructu *tit. ſeq.* & paſſim in hoc libello. Suppleamus ergo quod hic de-
6 eſt. 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 reſoluto 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, ſive 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 ſervitutem non confundi, *l. una.* 18. *l.* 1. *verſ. via. l.* 23. §. *ult. de ſerv. præd. ruſt.* Weſ. *par. de ſerv. n.* 9. Cantiunc. *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 præſentes 20. annis, adverſus abſentes 40. Idemque & in longioribus intervallis pro ratione & facultate utendi ſtatuendum. Quicumque vero aut noſtro aut prædii nomine uſus ſit, poſſeſſor, mercenarius, hoſpes, amicus, colonus, fructuarius, retinebimus ſervitutem, *d. l. 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 uſuceperit: 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 ſervitutem. 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 habebatur, niſi ſimul is, qui ſervit, hac occaſione utens ad libertatem rei ſuæ uſurpandam aliquid contra ſervitutem moliatur in ſuo, ut eleganter D. Connan. 4. *comm.* 12.

TITULUS QUARTUS
DE USUFRUCTU.

D. Lib. 7. Tit. 1. C. Lib. 3. Tit. 33.

Continuatio. Variæ ſervitutum perſonalium ſpecies: ſumma eorum, quæ hoc tit. tractantur.

HActenus de ſervitutibus rerum ſive prædiorum: ſequuntur ſervitutes perſonarum, ſic dictæ quia ſunt jura perſonæ in aliena re conſtituta: ſiquidem ex re, cui ſervitus debetur, diſtinctio iſta ſervitutum petita eſt, ut oſtendimus initio tit. præc. Species ſervitutum perſonalium multæ ſunt & variæ. Etenim ſciendum eſt, etiam jura, quæ natura ſua realia ſunt, ita conſtitui poſſe, ut ex ea conſtitutione perſonæ tantum acquiſita eſſe intelligantur; veluti ſi in conſtituendo perſona demonſtrata ſit cui ſoli ea præſtentur; *l.* 4. *de ſerv. prad. ruſt. l. Mela.* 14. §. *ult. de alim. leg.* vel ſi conſtituta ſint ei, qui prædium non habet, aut non habet vicinum. Sed & ſervitus perſonæ conſtitui poteſt, ut pomum decerpere, ut ſpatiari, ut cœnare in alieno liceat; quanquam prædii non prodeſt, per *l. quoties.* 15. *in fin. de ſervit. l.* 5. §. *& belle.* 9. *de op. nov. nunt. l.* 1. §. *præterea* 12. *& l.* 3. *pr. de aqua cotid. d. l. Mela.* 14. *in fin. de alim. leg.* Coraſ. Duar. Coſtal. ad *l.* 8. *de ſerv.* Hotom. 8. *obſ.* 20. Cyn. *ad rubr. C. de uſufr. poſt* Pet. & Hugolin. *Gloſſatores*, 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, aſſerat, ſecutus *Gloſſ.* Bart. Caſtr. in *d. l.* 8. *de ſerv.* Cæterum hæ & ſimiles ſervitutes perſonales innominatæ ſunt & irregulares: niſi eas ad uſum referas ad certum modum conſtitutum, cum D. Donell. 11. *comm.* 1. Nominatarum autem & vulgarium tres duntaxat ſpecies ſunt; uſusfructus, uſus, & habitatio. Operæ enim ſervorum vix eſt, ut ſervitutibus perſonalibus adnumerari poſſint: tum quia non ex perſona ejus, cui debentur, ſed ex perſona operarii æſtimantur; hoc eſt, ex perſona ejus, qui eas præſtat, aut ſtant aut intereunt: *l.* 2. *de oper. ſerv. l.* 2. *de uſufr. leg.* quod & nomen operarum ſatis oſtendit: tum quia non juris ſunt, ut vindicari poſſint, ſed totæ in actu & miniſterio hominis conſiſtunt, *l.* 1. *d. tit. de op. ſerv.* Hotom. *illuſt. quæſt.* 41. Cujac. 7. *ad African. ad l. quæſitum.* 37. *hoc tit. de uſufr.* Cæterum in pleriſque uſum vel uſumfructum imitantur: *l.* 3. 4. 5. *de op. ſerv. l.* 2. *de uſufr. leg. l.* 5. §. *ult. uſufr. quem. cav.* Ex tribus autem iſtis, quas dixi, princeps ſpecies eſt uſusfructus: deque eo ſolo hoc titulo agitur; de uſu & habitatione *tit. ſeq.* Quatuor autem hic ordine exequitur Imp. Primum docet, quid ſit uſusfructus; deinde quibus modis conſtituatur; tum quibus in rebus conſiſtat; poſtremo quibus modis finiatur.

TEXTUS.

Definitio uſusfructus.

Uſusfructus eſt jus alienis rebus utendi fruendi, ſalva rerum ſubſtantia. Eſt autem jus in corpore, quo ſublato & ipſum tolli neceſſe eſt.

NOTÆ.

Alienis rebus] Hoc commune eſt omnium ſervitutum; nemini enim res ſua ſervit, *l.* 5. *pr. ſi uſ. pet. l.* 26. *P. V.* Habet quidem & dominus jus utendi re ſua, ſed non ſeparatum à jure dominico.

Quo ſublato] Vel ita mutato, ut in alienam ſpeciem & nomen tranſierit, *l.* 5. §. 2. 3. *& ll. ſeqq. quib. mod. uſ. am.* Sumpta hæc ex *l.* 1. *&* 2. *eod.*

COMMENTARIUS.

1. *Quid in definitione propoſita verbo juris ſignificetur.*
2. *Quid fructuario tribuat tum jus utendi, tum jus fruendi.*
3. *Quid juris ſit, ſi fructuarius nondum perceptis fructibus, aut mercede locationis nondum ſoluta deceſſerit, remiſſivè.*
4. *Colonum, creditorem ἀντιχρησθέντα, legatarium proventus annui, jus ad rem tantum, non in re habere.*
5. *Uſumfructum formalem ſemper eſſe in re aliena: & quo ſenſu dicatur in multis pars eſſe dominii.*
6. *Neque maritum, neque hæredem fiduciarium, neque emphyteutam definitione contineri.*
7. *Quid his verbis definitionis, ſalva rerum ſubſtantia, indicetur.*
8. *In fructu non eſſe, quod non percipitur ex eo uſu, ad quem res parata eſt.*
9. *Cautionem fructuariam à teſtatore remitti non poſſe: ab hærede poſſe, & quid ſi fructuarius propter inopiam fidejuſſorem invenire non poſſit.*
10. *Quid ſibi velit, quod dicitur: ſublato corpore uſumfructum tolli.*

JUs alienis rebus utendi fruendi, &c.] Ex Paulo *l.* 1. *hoc tit.* Ait, *eſt jus.* Hoc ſic nonnulli accipiunt, quaſi dixiſſet, eſt ſervitus perſonalis, ut definitio contineat genus proximum definiti. Sed parum conſiderate. Etenim inconcinna & inepta eſt iſta locutio, ſi dixero uſumfructum eſſe ſervitutem utendi fruendi re aliena: quippe cum ſervitus ſit in ſerviente, uti autem & frui ejus ſit, cui ſervitus debetur, &

actio ſervituti contraria. Jus vim agendi, ſervitus patiendi ſignificationem habet. Animadvertere debuerant, ſervitutes omnes jura dici & definiri ſolere, reſpectu ejus cui conſtitutæ ſunt, tanquam perſonæ primariæ in hoc jure; atque eodem reſpectu etiam uſumfructum definiri, habita ſcilicet relatione ad fructuarium: verbum quoque juris adjungi verbo faciendi, quod cum ſit, in uſu perpetuo juris, & omnium Latinè loquentium facultatem & poteſtatem eo vocabulo ſignificari. Nec metuendum eſt, ne hac ſignificatione admiſſa definitio non reciprocetur cum re definita: nam poteſtatem hanc ſive jus ſequentia definitionis verba ſic temperant, ut jura affinia ſatis hinc removeantur: & porro ex locis, ubi hæc definitio traditur, ſerieque tractationis, ſponte intelligitur, ſubaudiri oportere, jus hoc ex conſtituta ſervitute competere, & perſonæ fructuarii cohærere.

Utendi fruendi] Forma & finis. Duo autem hæc ferè conjungi ſolent, *uti frui*, licet fructui uſus inſit, nec interſit, fructus, an uſusfructus legatur, *l. per ſervum.* 14. §. 1. *de uſu & hab. l. antepen. de uſufr. leg.* niſi corpus, non jus demonſtrare volumus, *l. vaccæ.* 43. *de evict.* His autem verbis à fructuario removetur jus omne in rem, præter uſum & fruitionem, rei fructuariæ alienatio, mancipiorum manumiſſio, proprietatis oppigne-
2 ratio, *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 naturâ aut patrisfam. inſtituto 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. *& ſeqq. eod.* Jus fruendi ei hoc tribuit, ut fructus omnes percipere poſſit, & percipiendo ſibi acquirat, non naturales tantum, qui ex re fructuaria proveniunt, ſive ſpontè ſive opera fructuarii; verum etiam civiles qui per cauſam rei obveniunt, puta pretium venditionis, vecturas, mercedes locationis, &c. In ſumma, omnis reditus, omnis obventio, omnis utilitas, commodum omne, quod vel ex ipſo corpore ſive re fructuaria, vel occaſione ejus percipitur, fructuarium ſequitur, *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 colligunt DD. uſufructu caſtri ſive juriſdictionis conceſſo, poſſe uſufructuarium antiquas inveſtituras renovare: Menoch. *lib.* 1. *conſ.* 66. ad eum pertinere multas & pœnas pecuniarias, emolumenta ſigilli & officialium: Schneid. *ad* §. 2. *hoc tit.* Molin. *ad conſuet. Pariſ.* §. 1. *Gloſſ.* 1. *n.* 51. Joan. del Caſtill. *tract. de uſufr. c.* 36. *n.* 29. poſt Bart. Jaſ. & alios antiquos, legato uſufructu univerſitatis bonorum, cui jus patronatus annexum ſit, jus præſentandi fructuario competere: Menoch. *d. conſ. n.* 6. 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. §. *emphyteuſis. quæſt.* 23. *n.* 5. Chaſſ. *ad conſuet. Burg. rubr.* 4. §. 6. *n.* 1. 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 Treutl. vol.* 1. *diſp.* 16. *theſ.* 11. Sed & apud nos à ſupremo Senatu judicatum eſt, bonorum omnium uſufructu legato, etiam reditus vitalitios, tanquam fructus, lucro fructuarii cedere debere, teſte D. Jacobo Coreno *obſerv. rer. à ſupr. Sen. jud.* 7. Cæterum quod 3
alibi dictum, hoc loco repetendum eſt, fructuarii non aliter fructus fieri, quam ſi ipſe eos perceperit, aut alius ejus nomine: & ideo ſi maturis fructibus, nondum tamen perceptis, deceſſerit, hæredem ejus in iis, qui terra tenentur, nihil juris habere, §. *is vero.* 26. *ſup. de rer. div. l.* 13. *quib. mod. uſ. am. l.* 8. *de ann. leg.* An vero idem & in civilibus fructibus, puta uſuris, mercedibus locationis, obtinere debeat, ut ſcilicet fructuario ante diem, quo ſolvi debeant, mortuo, nihil ad hæredem ejus pertineat; an pro rata temporis, quo uſusfructus ſtetit inter hæredem ejus & proprietarium dividi debeant, dixi ſub *d.* §. *is vero.* 26. 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 ἀντιχρη- 4
σθείς, facultatem utendi fruendi re aliena: cæterum illi jus tantum habent ad rem, & in perſonam locatoris aut debitoris, hoc eſt, locatorem & debitorem ex contractu tantum ſibi obligatos, habent ad hoc, ut præſtent uti frui licere: unde & iis actio eo nomine in perſonam 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 dominii 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 reditum accipit. *l. fundi.* 38. *de uſufr. leg. l. liberto.* 21. *pr. de ann. leg.* Hotom. 1. *illuſt.* 24. Caſtill. *d. tr. cap.* 4. & 5.

Rebus alienis] Materia. Eſtque hoc commune omnium ſervitutum, ut ſint in alieno: neque enim res ſua ulli ſervit, *l. in re.* 26. *de ſerv. præd. urb. l.* 5. *ſi uſusfr. pet.* Rectè, inquis: at non ideo recta definitio, cum non omnis uſusfructus ſervitus ſit, & in re aliena. Duo enim, inquies, ſunt genera uſusfructus. Eſt quidam ſeparatus à proprietate, quem quod per ſe conſiſtat, & formam propriam habeat, ſeparatam à proprietate, formalem Gloſſa & DD. vocant: eſt & alius, 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 uſusfr. pet. l. qui uſumfr.* 58. *l. ſi ita.* 126. §. 1. *de verb. obl.* Illum quidem dices habere eum, qui dominus non eſt, in re aliena: hunc autem habere dominum in re ſua: ac proinde non poſſe non vitioſam eſſe definitionem, quæ minus contineat, quam definitum, videlicet alterum genus duntaxat, uſumfructum formalem. Hæc objectio ne quem 5
moveat, obſervandum eſt, verbo uſusfructus ſimpliciter aut abſolutè enunciato in toto ferè jure, & maximè in quæſtione & tractatione de ſervitutibus, eum ſolum intelligi, qui à proprietate ſeparatus eſt, non eum,

eum, qui alicujus eſt jure proprietatis; formalem, non cauſalem; eum, qui ſervitus eſt, non qui pars eſt juris dominici; quemadmodum appellationibus itineris, actus, viæ, aquæductus, tunc ſolum in jure utimur, cum iſta per ſe habentur ſine jure proprietatis: atque ex hoc uſu definitionem ita conceptam eſſe, ut formali tantum conveniat, qui ut ſolus ſervitus eſt, ita & in re aliena ſolus habetur. Neque vetus iſta & magiſtralis diſtinctio uſusfructus in formalem & cauſalem, vera eſt & genuina generis in ſpecies diviſio, neque pro ea à DD. venditatur; ſed potius diſtinctio nominis πολυσήμου in ſua ſignificata. vid. Weſ. *par. hoc tit. n.* 4. Caſtill. *de tract. c.* 1. *n.* 16. Pinel. *in l.* 1. *C. de bon. mat. part.* 1. *n.* 10. Gomeſ. 2. *ref.* 15. *num.* 2. & 3. Quod ſi porro quis urgeat, & uſumfructum etiam ſeparatum in re fructuarii eſſe contendat, quia pars dominii dicitur, *l.* 4. *hoc tit.* in promptu reſponſio eſt, partem dici, non quod revera pars ſit, cum ſit ſervitus, *l. rectè.* 25. *de verb. ſign.* ſed quia in multis caſibus, quod exprimit Paul. *d. l.* 4. vice partis fungitur, eodemque jure, quo dominium cenſetur, propter emolumentum quod continet, *l. Mævius.* 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 uſumfructum venire Ulp. ſcribit, quia appellatione domini fructuarius quoque contineatur, ſententia ſcilicet edicti; *l.* 8. *pr. de reb. auct. jud. poſſ.* quod fructuario de damno infecto caveatur, *l.* 13. §. *ſuperficiarium.* 8. *de damn. inf.* quod ad eum pertineat interdictum unde vi; *l.* 3. §. *unde vi interdictum.* 13. *de vi & vi arm.* quod uſusfructus pro parte diviſa vel indiviſa conſtitui poteſt, *l.* 5. *h. tit.* Senſit hoc Gloſſ. *in d. l.* 4. Latius explicuit D. Connan. 4. *comm.* 6. Poſtremo ut demus, uſufructuarium reſpectu juris, quod habet, vere dominum dici poſſe, ſemper tamen in re aliena jus ſuum
6 exercet. Quamobrem neque maritus, neque hæres fiduciarius, neque emphyteuta definitione continentur: quippe quorum omnium res ipſa propria eſt; quaque illi utuntur jure dominii, 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 prædium.* 13. §. 2. *de fund. dot. l.* 7. §. *ſi res.* 3. *de jur. dot. l. ſi. prædium.* 23. *C. eod.* Hinc & rei dotalis vindicatio marito tributa, *l. docet.* 9. *C. de rei vind.* & mobilium quoque alienatio, *l.* 3. §. 2. *de ſuis & legit. l.* 3. *C. de jur. dot. auth. ſive à me.* §. 1. *C. ad ſen. Vell.* Hæres quoque, qui rogatus eſt aliquid ex die aut poſt mortem ſuam reſtituere, interim ejus rei dominus eſt, non fructuarius, *l. ſpecies.* 15. *de aur. arg. leg.* tantum quia cedente die fideicommiſſi reſtituenda eſt, ideo de ea tanquam aliena nonnunquam juris conditores loquuntur, ut Juſtinian. *l. ult.* §. *ſed quia.* 2. *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 rebus.* 30. *C. de jur. dot.* De emphyteuta major poteſt eſſe dubitatio propter dominium directum, quod alius habet: ſed hoc non obſtat, quo minus & proprietas quædam in re emphyteutica, ratione emphyteutæ conſiderari poſſit; ut & poteſt in re feudali reſpectu vaſalli, 2. *feud. tit.* 43. & argumento eſt, quod emphyteuta poteſt uni ſeorſum uſumfructum rei emphyteuticæ legare, alteri deducto eo proprietatem, *l.* 1. *pr. quib. mod. uſ. am.* 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. *ag. vect.* ut plus etiam juris emphyteutæ, quam domini in ipſa re habeant: quam ob cauſam etiam domini prædiorum emphyteuticorum 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 & Giphanio credimus, quamdiu res ſalvæ manſerint. Ego 7
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 deteriorem facere, tum in aliam formam rem tranſmutare. Finge igitur, ovium uſumfructum relictum eſſe; non debet fructuarius eas occidere, ut carne veſcatur: hoc enim pugnat cum natura uſusfructus. Cui fundi uſusfructus legatus eſt, non debet arbores frugiferas excidere, neque villam diruere, nec quicquam facere in perniciem proprietatis, *l.* 13. §. *fructuarius.* 4. *hoc tit.* Sed & ſi agrum non proſcindat, vites non ſubſerat, aquæductus corrumpi patiatur, non intelligitur ſalva ſubſtantia re uti, *d. l.* 13. §. 2. Ædium uſufructu legato, non mutabit diætas vel atria, non diruet & ædificabit nova, *d. l.* 13. §. *ſed ſi ædium.* 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 ædium.* 7. D. Diod. Tuld. *c.* 4. *hic.* Illud quoque quod ſuperius leviter attigimus, explicatius conſiderandum eſt. Diximus, 8
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.* 37. *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. pet.* Non pertinebunt ad fructuarium arbores grandes & frugiferæ, *l.* 11. *l.* 13. §. 4. *hoc tit.* nimirum quia non habentur, ut ſuccidantur, ſed vel ad fructum ferendum, vel ad ornatum umbramve præſtandam. Hinc denique eſt, quod ſylvam non cæduam, aut quæ ut cædua à domino habita non eſt; fructuarius cædere non poteſt, *l.* 9. §. *ult. eod.* quamvis materiam ex ea ſuccidere ad villæ refectionem, & pedamenta in vineam ſumere non prohibeatur. *l.* 10 *l.* 12. *in pr. eod.* ubi latè D. Paul. Buſ. Ut igitur dominus ſecurus

esse possit de proprietate, desiderante eo fructuarius cavere cogitur, & usurum se boni viri arbitratu, & cum ususfructus ad eum pertinere desinet, restituturum, quod inde extabit, *d. l.* 13. *in pr. l.* 1. *& tot. tit. usufr. quem. cav.* quæ cautio satisdatio est, *d. l.* 13. *l.* 4. *C. eod. l.* 7. *& ult. usufr. quem. caveat. l.* 8. §. *tutor.* 4. *qui satisd. cog.* & ad omnem usumfructum omnemque fructuarium (excepto patre fructuario adventitiorum, *l.* 6. §. *non a.* 2. *l. ult.* §. *fin a.* 4. *C. de bon. quæ lib.* item fisco: per *l.* 1. §. *fi ad fiscum.* 18. *ut leg. nom. cav.* & casu. *l.* 9. §. 2. *usufr. quem. cav.* & donatore omnium aut partis bonorum retento usufr. per *l.* 19. §. 1. *de re jud. cum simil.*) pertinet, *d. l.* 13. *hoc tit. d. l.* 1. §. 1. & 2. *l.* 9. §. 1. 9 *usufr. quem. caveat.* In tantum, ut nec à testatore remitti possit, *l.* 7. *C. ut in poss. leg. decis. Cur. Holl.* 20. Christin. *vol.* 2. *decis.* 175. *n.* 7. *& seqq.* ne scilicet amoto cautionis metu fructuarius invitetur ad delinquendum & pro libidine sua in re fructuaria grassandum: sententia ac ratio communis. Vid. Clar. §. *testam. quæst.* 64. Gail. 2. *obs.* 145. Joan. del Castill. *tract. de usufr. cap.* 15. Qui etiam aliam rationem affert, quod remissio illa quodammodo cum natura ac fine ususfructus legati pugnare videatur. Illud eodem loco idem rectè notat remissione cautionis facta à testatore non vitiari ipsum legatum ususfructus, sed eam pro non scripta habendam esse, per *l.* 6. *ut in poss. leg.* Quod si cautio à testatore remitti non potest, nec poterit confectio inventarii, quæ est necessarium cautionis antecedens, Castill. *d. loc. post DD. com.* Planè ut cautio ab hærede remitti possit, rationis est, Accurs. Cyn. Bart. Salic. Sichard. ad *l.* 1. *C. hoc tit.* Pin. in *l.* 1. *C. de bon. matern. p.* 2. *num.* 76. Gail. *d. obs.* 145. Castill. *d. loc. num.* 16. Christin. *d. decis.* 175. Putarem tamen, remissionem non obstare hæredi, quominus cautionem postea ex causa exigat, ut hæc remissio tacitam in se habeat conditionem, si rectè utatur fructuarius; eoque jure utimur. Quod si fructuarius cavere non possit, eo quod propter inopiam fidejussorem idoneum non inveniat, an non humanum est eum admitti oblata cautione juratoria? aut si eo modo non satis prospectum videbitur proprietario, an non res fructuaria apud virum bonum sequestranda est, aut eam retinere proprietarius poterit, qui 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 usurpare illud Ulpiani in *l.* 2. §. *item Varus.* 5. *in fin. de aq. pluv. arc. Hoc æquitas suggerit. etsi jure deficiamur*, add. Castill. *d. tr. c.* 18. *num. ult.* Gail. 2. *obs.* 47. Mynsi. 6. *obs.* 48. Fach. 8. *contr.* 40. Wesemb. *par. usufr. qu. ca. n. ult.* Merend. 5. *contr.* 47. Christin. *d. decis. n.* 13. *& seqq.* Sunt & alia onera, quæ fructuario incumbunt, puta si quid reficiendum sit, ut sarta tecta præstet, cum distinctione tamen, quæ est in *l.* 7. §. 2. *hoc tit.* ut animalia ægrota curet, gregem ex agnatis capitibus suppleat, in locum arborum demortuarum alias substituat: 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, pensitationes, quæ prædiis imponuntur, *l.* 7. §. 2. *l. si pendentes.* 27. §. 3. *hoc tit.* vid. Castill. *d. tract. cap.* 56. *& seqq.* Christin. *vol.* 2. *decis.* 176. *num.* 1. *& 2.*

Est autem jus in corpore, quo sublato] Sublatum hic 10
accipimus, non omnino quod penitus & totum periit, sed quod esse desiit id, quod ante fuit; cujus pristina facies mutata, quod ita vel ampliatum vel minutum est, ut in aliam speciem & nomen transierit, *l.* 5. §. *pen.* & deinceps, usque ad *l.* 13. *quib. mod. us. am.* Quod si totum corpus tollatur, ne dominium quidem proprietasve remanet. De mutatione rei fructuariæ plenius disputamus ad §. 3. *hoc. tit. in calce.*

TEXTUS.

Quibus modis constituitur.

1. *Ususfructus à proprietate separationem recipit, idque pluribus modis accidit: ut ecce, si quis usumfructum alicui legaverit: nam hæres nudam habet proprietatem, legatarius verò usumfructum. Et contra, si fundum legaverit, deducto usufructu, legatarius nudam habet proprietatem, hæres vero usumfructum. Item alii usumfructum, alii, deducto eo, fundum legare potest. Sine testamento vero si quis velit usumfructum alii constituere, pactionibus & stipulationibus id efficere debet. Ne tamen in universum inutiles essent proprietates, semper, abscedente usufructu, placuit certis modis extingui usumfructum, & ad proprietatem reverti.*

COMMENTARIUS.

1. *Quot & quibus modis ususfructus constituatur, & à proprietate separetur.*
2. *Ad constitutionem & acquisitionem ususfructus solam pactionem non sufficere, sed requiri etiam traditionem seu factum aliquod traditionem repræsentans: testamento autem constitui ipso jure.*

Pluribus modis] Ususfructus non uno modo à pro- 1
prietate separatur, & alteri acquiritur. Nam & à lege quibusdam personis constituitur, ut patri in bonis filii adventitiis, *l.* 6. *l. ult. C. de bon. quæ lib.* §. 1. *inf. per quas pers.* item patri emancipatori in parte dimidia bonorum adventitiorum filii emancipati, *d. l.* 6. §. 3. *C. & §.* 2. *infr. d. tit.* & à judice, in judiciis familiæ erciscundæ & communi dividundo, per adjudicationes scilicet & condemnationes, si res divisionem commo-

dè

dè non recipiant, *l. 6. §. officio.* 10. *comm. div. l. & 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, & uſusfructus nobis acquiritur; veluti ſi quis non dominus uſumfructum nobis vendiderit, nos eum per legitimum tempus poſſederimus, *l. ult. in fin. C. de præſcript. long. temp.* Hic duos tantum modos recenſet Imp. eoſque ipſos, quibus ſervitutes prædiorum conſtitui dixit in calce præced. tit. ultimam voluntatem, & ſtipulationes pactioneſve.

Ut ecce] Formas legandi, quibus uſusfructus conſtituitur, & à proprietate ſeparatur, tres perſpicuè explicat: in quibus notandum, verba illa (*deducto uſufructu*) non eſſe otioſa, ſed expreſſa conſulto, ut & in *d. l. 6. hoc tit. l. 4. ſi uſusfr. pet.* Nam ſi uni uſusfructus, alteri fundus ſimpliciter legetur, nominatim, non expreſſo (*detracto uſufructu,*) ambo in uſumfructum concurrent, *l. ſi alii.* 19. *de uſufr. leg. l. 6. de uſufr. ear. rer.* Neque obſtat, quod traditur, *d. l. & puto.* 16. §. 1. *fam. erc.* ſi judex alii fundum, alii uſumfructum adjudicaverit, non communicari uſumfructum: nam in judiciis diviſoriis hoc agitur, ut à communione diſcedatur, *l.* 1. *eod. tit.* Sed etſi uni uſusfructus, alteri nuda proprietas legata ſit, nemo, opinor, dixerit, uſumfructum communicari. Ac ne illud quidem morum noſtrorum ſimplicitati convenit, quod in *d. l.* 19. *de uſufr. leg.* traditur: ſi teſtator alii fundum, alii uſumfructum ejuſdem fundi legaverit, uſumfructum contra mentem teſtatoris communicari, Groenew. *ad d. l.* 19. *tract. de ll. abrog.* Autum. *conf. jur. ad. d. l.* 19. Cyprian. *cenſ. Belg. hic.*

Pactionibus & ſtipulationibus] *l.* 3. *pr. eod.* Vid. *ſup.* 2 §. *ult. tit. præc.* Pactionibus autem non nudis, ſed veſtitis, ut magiſtri loquuntur, iiſque, quæ idoneæ ſunt ad dominium ipſum transferendum; cujuſmodi ſunt emptio, permutatio, donatio. Poteſt ergo quiſque dominus uſumfructum rei ſuæ alteri vendere aut donare cedereve nuda proprietate retenta, aut rei nudam proprietatem retento uſufructu, *l. quod noſtrum.* 63. *eod. l. quiſquis.* 28. *C. de donat.* poteſt & uni vendere vel donare uſumfructum, deinde alteri proprietatem, quam retinuit. Cæterum etiam nuda pactione uſusfructus rectè conſtituitur, ſi ea contractui vel conventioni legitimæ, aut traditioni diviſionive in continenti adjiciatur. *d. l.* 28. *C. de don. l. Seja.* 42. *de mort. cauſ. don. eod. arg. l. cum eſſent.* 33. *de ſerv. prad. ruſt. l. venditor.* 13. *com præd. l. in traditionib.* 48. *de pact.* Quod autem de ſervitutibus prædialibus diximus, eas non acquiri pactionibus ſolis ſine facto aliquo, quod traditionem repræſentet, hoc non minus ad acquiſitionem uſusfructus pertinet, *l.* 5. *de ſerv. l.* 3. *hoc tit. l.* 3. *de obl. & act. arg. l. traditionibus.* 20. *C. de pact.* Nam in univerſum tenendum eſt, quibus in caſis ad rem corporalem acquirendam requiritur traditio, in iiſdèm & ad res incorporales acquirendas requiri, quatenus fert earum rerum natura: ut in propoſito traditus uſusfructus intelligitur, ſi dominus, à quo eſt, uſufructuarium inducat in fundum, eumve patiatur uti frui. *d. l.* 3. *hoc tit.* Teſtamento autem conſtituitur uſusfructus 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 uſusfructus legatus erat per vindicationem: nam per damnationem legatus facto 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 confudiſſe, *l. pen. C. hoc tit.* quod & locus ipſe palam arguit. De legato per damnationem uſufructu, accipe *l.* 3. *hoc tit. l.* 2. *ſi uſusfr. pet.* de legato per vindicationem, *l.* 34. §. *pen. de legat.* 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. *tract. de uſufr. c.* 9. VINN. Quod Vinnius hic contendit, Tribonianum in *l. pen. C. de uſufr.* incuria quadam actionem perſonalem cum reali confudiſſe, temere dictum, nec in Tribonianum cadere videtur tam ſupina incuria. Quæſtio erat inter veteres, non an uſusfructus jam traditus & adquiſitus non uſu amittatur, id enim dubio carebat, ſed an uſusfructus promiſſus vel legatus, neglectus à ſtipulante vel legatario, ita non uſu perimatur, ut ne actio quidem perſonalis remaneat? Finge Titio legatum eſſe uſumfructum fundi Corneliani. Potuiſſet ſane uti actione confeſſoria reali, ad uſumfructum illum conſequendum: ſed Titius id non fecerat per tempus legitimum biennii, quo olim uſusfructus rei immobilis non utendo amittebatur. Tunc ſane poſthæc non poterat uti actione reali confeſſoria, quia uſusfructus non utendo fuerat amiſſus. Aſt quærebatur, an non ei ſupereſſet actio perſonalis ex teſtamento? Nihil ergo hic reperias, ex quo Triboniani eluceat incuria. HEIN.

Placuit certis modis extingui] Negligitur hic iterum à Triboniano lex methodi; niſi παράλειψις eſt, eo quod ſeparato ita uſufructu inutilis & ridicula videri poterat proprietas, cum paria ſint, non habere dominium, & habere inutile. Tranſcriptus autem hic locus eſt ex Cajo *l.* 3. §. 2. *hoc tit.*

TEXTUS.

Quibus in rebus conſtituitur.

2. *Conſtituitur autem uſusfructus non tantum in fundo & ædibus, verum etiam in ſervis, & jumentis, & cæteris rebus: exceptis iis, quæ ipſo uſu conſumuntur. Nam hæ res neque naturali ratione, neque civili recipiunt uſumfructum: quo in numero ſunt vinum, oleum, frumentum, veſtimenta: quibus proxima eſt pecunia numerata: namque ipſo uſu aſſidua permutatione quodammodo extinguitur. Sed utilitatis cauſa Senatus cenſuit, poſſe etiam earum rerum uſumfructum conſtitui, ut tamen eo nomine hæredi utiliter caveatur. Itaque ſi pecuniæ uſusfructus legatus ſit, ita datur legatario, ut ejus fiat, & legatarius ſatiſdet*

tiſdet hæredi de tanta pecunia reſtituenda, ſi morietur aut capite minuetur. Cæteræ quoque res ita traduntur legatario, ut ejus fiant: ſed æſtimatis his ſatisdatur, ut, ſi moriatur aut capite minuatur, tanta pecunia reſtituatur, quanti hæ fuerint æſtimatæ. Ergo Senatus non fecit quidem earum rerum uſumfructum, (nec enim poterat) ſed per cautionem quaſi uſumfructum conſtituit.

NOTÆ.

2. *Vineum, oleum*] Harum rerum non uſus, ſed abuſus eſt. Boët. *in top. lib.* 2. *Utimur his, quæ nobis utentibus permanent: his verè abutimur, quæ nobis utentibus pereunt.*

Quodammodo] Expendendo & alienando: ita pecunia interire dicitur apud Corn. Nep. *in Themiſt. cap.* 2.

De tanta pecunia reſtituenda] Clauſula cautionis fructuariæ 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 uſufr. 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. *eod.*

COMMENTARIUS.

1. *Cur rerum fungibilium uſusfructus conſtitui non poſſit.*
2. *In hoc numero rerum non eſſe veſtimenta, contra pleroſque, & ipſum adeo Tribonianum, firmis rationibus, oſtenditur.*
3. *Qua conſideratione pecunia & quædam alia in hoc genere numerentur.*
4. *An cautio quaſi fructuaria ſit de ſubſtantia quaſi uſusfructus.*
5. *Partes cautionis quaſi fructuariæ expoſitæ, & notatus inſignis error Mynſingeri.*

HOc §. agitur de rebus, in quibus uſusfructus conſtitui poteſt. Et ſciendum eſt, in rebus omnibus, unde aliqua utilitas aut commoditas qualiſcumque percipi poteſt, uſumfructum conſtitui poſſe, ſive immobiles ſint, ut domus, fundus; ſive mobiles, ut mancipia, jumenta, ſuppellex, &c. in quo differt uſusfructus à ſervitutibus realibus, quæ tantum in prædiis conſiſtunt. Sed & rerum incorporalium uſusfructus conſtitui poteſt, veluti nominum, *l.* 3. *de uſufr. ear. rer.* ut fructuarius rem conſecutus ea utatur. Poteſt & jurisdictionis, quam patrimonialem vocant, ut fructuarius multas & pœnas pecuniarias, tanquam fructus jurisdictionis, percipiat. Schneid. hic poſt alios, quos ſupra citavi. Neque hic quaſi uſusfructus 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 excipiuntur res, quas utendo conſumi neceſſe eſt; cujuſmodi ſunt vinum, oleum, frumentum, cæteræque res, quæ pondere, numero, menſura conſtare, & in genere ſuo functionem recipere dicuntur. *inf. quib. mod. re cont. obl. l.* 2. *de reb. cred.* Has res ait Imperator neque naturali ratione neque civili uſumfructum recipere: ſcilicet hæc eſt natura uſusfructus, juſque de eo conſtitutum, ut ſit in re aliena ſive penes eum, qui dominus rei fructuariæ non ſit, iſque jus habeat ea re utendi fructuſque ab ea ſeparandi, aut commoda ob cauſam rei obvenientia percipiendi, ita ut interim res ipſa, cujus proprietas apud alium eſt, ſalva & integra maneat, caveatque fructuarius, ſe eam finito uſufructu reſtituturum: quorum nihil in res conſumptibiles, hoc eſt, eas, quæ uſu ipſo conſumuntur & pereunt, cadere poſſe manifeſtum eſt: quippe cum ex iis nulla utilitas percipi queat, niſi conſumantur, nec conſumi res poſſit, niſi ab eo, cujus propria ſit.

Veſtimenta] Temerè atque inconſideratè Tribonianus inter res, quæ uſu conſumuntur, refert veſtimenta: non enim quæ longiore uſu atteruntur & detritu deteriora fiunt, uſu conſumi dicuntur; ſed quæ utendo protinus tolluntur & delentur, quarumque non niſi in abuſu uſus eſt: alioqui eadem ratione dicendum eſſet mobilia 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. quæ uſ. conſ.* cum ait, earum rerum quaſi uſumfructum eſſe, quæ uſu tolluntur, vel minuuntur, intelligit res, quæ uſu deteriores fiunt, ſed quæ per partes conſumuntur, veluti ſi cui uſusfructus aliquot modiorum frumenti legatus ſit. Illud utique certum eſt, veſtes non eſſe ex earum rerum numero, quæ in genere ſuo functionem recipiunt, quarumve datione in creditum ire poſſumus. Atqui non magis poteſt extra eas res eſſe quaſi uſusfructus, quam mutuum. Denique veſtimenta in rebus, quæ uſu delentur, numeranda non eſſe: verumque eorum uſum arguit, quod alteri commodari & locari poſſunt; quod ſecus eſt in iis, quæ ipſo uſu tolluntur, §. *pen. inf. de locat.* junct. *l.* 3. *commod. in fin.* Dicendum igitur omnino eſt, ut mancipiorum, jumentorum, ſuppellectilis, aliarumque rerum mobilium, licet uſu atterantur, verus eſt & naturalis uſusfructus, ita & veſtimentorum eſſe. Eapropter uſufructu veſtimentorum legato, non dabuntur ea legatario, ut ejus fiant, ut pro libitu ea conſumere, iiſve abuti poſſit, uti ſit legato uſufructu rerum fungibilium: ſed ut iis utatur, quomodo vir bonus uteretur, *l.* 15. §. *& ſi.* 4. *hoc tit.* quod veri uſusfructus proprium eſſe oſtendit prima clauſula cautionis, quæ in vero uſufructu deſideratur, *l.* 1. *uſufr. quem. cav.* neque ſatisdabit legatarius, ſe ejuſdem generis veſtes finito uſufructu reſtituturum aut earum æſtimationem, ut ſit in uſufructu earum rerum, quæ uſu conſumuntur: *l.* 7. *hoc tit.* ſed rem ipſam & ſpeciem, quam accepit,

cepit, *l.* 9. §. *pen. usufr. qu. cav.* juxta alteram clausulam cautionis in vero usufructu receptæ. Neque enim hac parte cautionis continetur, ut promissor rem restituat non deteriorem, quam erat tempore constituti ususfructus: satis enim est, si dolo aut culpa ejus deterior facta non sit: nulla vero culpa in eo est, qui utitur quod accepit, in eam rem, in quam accepit, ut responsum est de re commodata deteriore reddita sine culpa commodatarii: *l.* 10. *in pr. commod.* ideoque liberatur restituendo corpus quod supereſt, aut post usum extat, unde & in proposito formula cautionis non de re ipsa restituenda, sed de eo, quod inde extabit, rectè concipi solet, *l.* 1. *in pr. & §. ult. usufr. quem. cav.* Sed etsi cautum sit de re ipsa restituenda, idem tamen juris est; ut in hac ipsa specie, quam tractamus, Ulpianus ex Pomponio refert, *d. l.* 9. §. *pen. usufr. quem. cav.* quod cum animadverteret Cantiuncula, putavit, id nescio qua speciali ratione receptum esse in quasi usufructu vestimentorum. Accursius errorem Tribuniani duplici commento tegere conatur, uno in *d. l.* 15. §. 4. *hoc tit.* altero ad *hunc* §. Illic ut ex verbis ejus colligitur, interesse existimat, utrum vestimentorum ususfructus legatus sit tanquam quantitatis, hoc est, æstimatorum; an vero simpliciter, ut cujusvis alterius corporis. Hoc casu fatetur verum usumfructum relictum esse, & restitutione ejus, quod finito usu supereſt, legatarium liberari, per *d. l.* 9. §. *pen. usufr. quem. cav.* illo autem casu quasi usumfructum vestium legatum videri, finitoque usufructu reddendam esse æstimationem: quod & Aretin. & Fab. sequuntur, eoque referunt hunc §. At hoc posito, jam non tam vestium, quam ipsius pretii quasi ususfructus erit, quod idcirco & solum restituendum, non vestes ejusdem generis: potestque hoc usu venire & in aliis rebus æstimato utendis fruendis datis, haud absimili ratione, qua species æstimari & in causam mutui converti possunt. *l.* 11. *si cert. pet. l.* 8. *C. eod. t. pro auro.* 25. *C. de usur.* Hoc igitur parum pro Triboniano facit. Locus ipse, unde distinctionem istam collegit Accursius, mendosus videtur, nempe *d. l.* 15. §. 4. *hoc tit.* neque enim dubito, quin verba illa, *non sicut quantitatis ususfructus legetur*, irreptitia sint, & ab imperito aliquo glossatore profecta, volente gratificari Triboniano: nam & constructionem turbant, & perplexum efficiunt sensum. Quod miror ante Bachovium neminem observasse. Alterum, quod Accursius ad defensionem Triboniani comminiscitur, est in explicatione hujus §. ubi duo genera vestium facit, unum temporalium, alterum perpetuarum: atque inter hæc genera hoc discrimen ponit, quod in temporalibus fictus, in perpetuis verus ususfructus constitat. Temporalium (de quibus solis hic Tribonianus loquatur) appellatione intelligit quotidianas: perpetuarum, funebres & scenicas: quarum rarior usus. Verum huic distinctioni palam repugnat *d. l.* 15. §. 4. & inter quotidianæ & scenicæ vestis usumfructum hoc tantum interesse eo loco & §. seq. docet Jurisconsultus, quod scenica à fructuario locari possit, quotidiana non item. Quamvis secundum Accursii distinctionem judicatum tradat Tessaur. *decis.* 80. *n.* 1. vestium quotidianarum usufructu legato, cavendum esse de restitutione vestium in eadem bonitate, vel pretii illarum facta æstimatione. Si quid ad excusandum Tribonianum vel quæsito colore afferri potest, illud unum est, quod Don. 10. *comm.* 4. existimat, eum materiatum posuisse pro materia μεταφυμικῶς vestimenta pro lana, unde vestimenta conficiuntur, vid. *l. pen. de usufr. ear. rer.* VINN. Sed hoc duriusculum. Quis enim vestimenta dixerit pro lana? Paullo probabilius conjiciunt, qui inter vestimenta per modum quantitatis & per modum corporum legata, & in illis quasi usufructum, in his verum esse arbitrantur: sed tamen nec id facile concipitur, velle aliquem vestimenta legare tanquam quantitatem. Erraverit itaque per nos Tribonianus. HEIN.

Quibus proxima est pecunia numerata] Generali pecuniæ appellatione continentur omnia, quæ in patrimonio sunt, *l.* 5. *l. pecuniæ.* 222. *de verb. sign.* & ideo ait, pecunia numerata. Qua voce tantum designantur nummi, hoc est, æs, aurum aut argentum signatum, sive publica forma percussum, ut jam non tam usum dominiumque ex substantia præbeat, quam ex quantitate seu valore imposititio, *l.* 1. *de contr. empt.* Auri autem vel argenti non signati, quin usus esse sine abusu possit, veluti 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, ususfructus recte legatur, *l. numismatum.* 28. *hoc tit.* VINN. Plura de his numismatibus dixit V. C. Ger. Noodt *Obs.* 1, 5. Videntur veteres aliquando numismatibus pro gemmis usos in ornandis pueris, & puellis infantibus; quale quid etiamnum in Germania fieri novimus. HEIN.

Quodammodo extinguitur] Recte, *quodammodo:* non 3
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 definit, 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 mutatæ ad eas res conferantur, ipsæ per se prope sint inutiles; qualis est lana, qua ad vestimenta & stragula conficienda utimur, *d. l. pen.* ad quas res si confertur, ipso usu eam perire necesse est: quippe quæ prius nenda & in filum transformanda, deinde ex filo texendum id corpus, quod inde extare volumus, *l. sed si meis.* 26. *de acq. rer. dom.*

Utilitatis causa Senatus censuit] *l.* 1. *& 2. de us. ear. rer.* Quod latior esset morientium voluntas, effectum est Senatusconsulto, ut earum quoque rerum, quæ usu consumuntur, quasi quidam ususfructus constitui possit, utque illi, qui nollent hujusmodi res pleno & perpetuo jure esse legatarii, usufructu earum legato id consequerentur. In quo constituendo cum Senatus favorem ultimæ voluntatis respexerit, ut apparet ex eo, quod tantum legati harum rerum ususfructus fit mentio, tum hoc loco, tum *tot. tit. eod. l. usufructu.* 69. *ad leg. Falc.* item apud Ulp *tit. de legat.* §. *Senatus*

25. nusquam aliter constitui, non sine causa Hotom. & Wes. cum Connan. 4. *com.* 3. existimant, conventione inter vivos non idem effici posse. Quanquam semel admisso & recepto in legatis harum rerum usufructu, nihil admodum video, quod obstet, quominus id jus produci possit ad conventiones. Plane publica auctoritate opus fuit, ut ab initio introduceretur. VINN. Ignota est hujus SC. ætas & historia. Quum vero libera adhuc republica id jus ignoraretur: Cic. *Topic. cap.* 111. & tamen à Masurio Sabino ejus fiat mentio: *l.* 5. §. 1. *ff. de usufr. ear. rerum, quæ usu cons.* SC. hoc tempore Augusti vel Tiberii conditum esse, haut abs re conjecit Doctissimus Schulting. ad Ulp. *tit.* 24. §. 27. *p.* 658. *sequ.* HEIN.

Heredi utiliter caveatur] Datis scilicet fidejussoribus: nam & hæc cautio satisdatio est, ut in vero usufructu, *l.* 8. *l.* 9. & 10. *eod. l.* 7. §. 1. *usufr. quem. caveat.* & bis hoc eodem in loco fit mentio satisdationis. Remedio igitur cautionis introducto cœpit hic quasi ususfructus haberi, *l.* 2. §. 1. *hoc. tit.* sive ut ait Justinian. in calce *hujus* §. Senatus per cautionem quasi usumfructum constituit, imaginem scilicet veri, ut hic quoque apud alium proprietas esse, apud alium ususfructus quodammodo videri possit. Nam licet hæ res ita dentur legatario, ut ejus fiant consumendi causa: tamen propter cautionem, quæ in locum proprietatis rerum apud hæredem succedit, videntur adhuc alienæ, & legatarius usumfructum duntaxat earum habere, propterea quod finito usu eandem quantitatem, quam accepit, restituere debet. Est autem hæc cautio non minus necessaria in hoc usufructu, 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
4 cautio hæc sit de substantia hujus ususfructus? Et siquidem hoc quæratur, an necessario præstanda sit, antequam res utendæ dentur, aut rebus traditis nihilominus exigi possit, res expedita est. Nam & in vero usufructu non ante res ipsa aut fructus transferuntur, quam præstita cautione illius ususfructus propria, *l.* 13. *de usufr. l.* 4. *Cod. eod.* alioqui & res tradita vindicari, & omissa stipulatio condici potest, *l.* 7. *usufr. quem. cav.* Sin vero hoc, an forma quasi ususfructus in cautione consistat, absurda est & inepta quæstio; cum non magis cautio, quæ in hoc quasi usufructu loco proprietatis est, forma hujus ususfructus dici possit, quam proprietas veri & naturalis. Sed illud fortasse quæritur, an non quemadmodum verus ususfructus nullus est sine proprietate, quæ ei ex adverso opponatur, ita nec quasi ususfructus intelligi possit sine cautione, quæ vicem proprietatis subeat. Et certum est, nec quasi usumfructum intelligi posse, nisi sit aliquid, quod repræsentet proprietatem: quod etiam facit cautio, ubi ea præstita est: cæterum ea ab herede omissa, nihilominus ususfructus 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 ususfructus. Hoc posito nemo dubitabit, quin cautio hæc ab hærede remitti possit, & fructuarium sine vitio possidentem, etiam ante cautionem præstitam, commodum rei sequi debeat, ut juris est in vero usufructu: accurate Pinel. ad *l.* 1. *C. de bon. matern. part.* 2. *num.* 77. & *seqq.* Castill. *tract. de usufruct. cap.* 15. & 16. Plane eatenus de substantia quasi ususfructus cautio esse dici potest, quatenus consideratur, ut per eam primum à Senatu introductus & constitutus. Obiter addo, generaliter cautum Senatusconsulto fuisse, ut omnium rerum, quæ in bonis sunt, ususfructus legari possit, *l.* 1. *l.* 3. *hoc tit. l.* 1. *de usufr. leg. l. usufructu.* 69. *ad leg. Falc.* atque ex eo tempore usufructu bonorum omnium legato, etiam earum rerum, quæ usu consumuntur, usumfructum legato contineri intelligi cœpisse, *argum. l. uxori meæ.* 37. *de usufr. leg. l.* 1. *Cod. de usufr.* cum ante id Senatusconsultum alio jure Romani uterentur, ut constat ex loco M. Ciceronis *in Top. cap.* 3. ubi scribit; *Non debet ea mulier, cui vir bonorum suorum usumfructum legaverit, cellis vinariis & oleariis plenis relictis, putare, id ad se pertinere. Usus enim*, inquit, *non abusus, relictus est.* add. Alciat. *lib.* 7. *pareg. cap.* 2. Mant. *de conj. ult. volunt. lib.* 9. *tit.* 6. *in pr.* Castill. *dict. tract. cap.* 38. *num.* 10. & 11. Menoch. *lib.* 4. *de præsumpt.* 142. *num.* 14. Planè si rerum mobilium duntaxat ususfructus relictus sit, res fungibiles legato non contineri verius est, Castill. *dict. loc.*

De tanta pecunia restituenda, si morietur aut capite minuetur] Cautio quasi fructuaria duas partes habet, quarum una est de restitutione, altera de restitutionis modo. Quippe clausula cautionis fructuariæ, de utendo boni viri arbitratu, ad quasi usumfructum non pertinet, ut rectè Castill. *d. tr. de usufr. cap.* 15. *num.* 13. & 31. contra communem. Ad restitutionem quod attinet, promittit fructuarius, se restituturum non eadem corpora, quæ accepit, quod consumptis iis fieri non potest: sed tantumdem, sive pecuniæ ususfructus relictus sit, sive vini, olei, frumenti, aut similium rerum. Cæterum ut obviam eatur contentioni, quæ de rei qualitate incidere posset, commodius est in vino & rebus similibus, eas res dari fructuario æstimatas, eumque certæ pecuniæ nomine cavere, *l.* 7. *hoc tit.* atque ita moderandum quod ait Justinianus, *His rebus æstimatis satisdari.* Pars hæc cautionis vel maxime facit, ut in his rebus velut quidam ususfructus haberi incipiat. Nam quod res restitui debet, videtur aliena; & quod tantundem, videtur restitui res ipsa. Sunt enim hæ res ejus naturæ, ut in genere suo functionem recipiant, hoc est, idem inter se mutuo præstent; dum idem genus redditur, *l.* 2. §. 1. *de reb. cred.* Apparet autem ex hac parte cautionis & obligatione fructuarii, errare Mynsi. 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 æstimationem: promisit incertas. res incertæ perire non possunt. Sed & ipsa rerum proprietas in quasi usufructu revera transfertur in fructuarium. Ut omnino non videam, cur non idem hic obtinere debeat, quod in rebus mutuo datis, quarum periculum præstat qui accepit, §, 2. *infr. quib. mod. re cont. obligat.* Pars altera hujus cautionis est conditio restitutionis, quæ hunc usumfructum etiam à mutuo separat. Ea hæc est, *Si usufructuarius morietur aut capite minuetur.* Soli enim hi duo casus interponun-

nuntur, mortis & capitis deminutionis: quoniam rerum, quæ uſu conſumuntur, uſus aliter amitti non poteſt, *l. 9. hoc tit. l. 7. §. 1. uſufr. quem. cav.* Nam cum harum rerum proprietas in fructuarium tranſeat, & hoc agatur, ut pro arbitratu ſuo iis utatur, & non eaſdem, quas accepit, ſed alias ejuſdem qualitatis reſtituat, non poteſt hic non utendo, interitu, aut mutatione rerum uſusfructus extingui. Capitis autem deminutionem accipiemus maximam & mediam duntaxat: nam jus vetus, quo uſusfructus omnis etiam 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 uſusfructus morte uſufructuarii, & duabus capitis deminutionibus, maxima & media, & non utendo per modum & tempus; quæ omnia noſtra ſtatuit conſtitutio. Item finitur uſusfructus, ſi domino proprietatis ab uſufructuario cedatur, (nam cedendo extraneo nihil agitur,) vel ex contrario, ſi uſufructuarius proprietatem rei acquiſierit: quæ res conſolidatio appellatur. Eo amplius conſtat, ſi ædes incendio conſumptæ fuerint, vel etiam terræ motu, vel vitio ſuo corruerint: extingui uſumfructum, & ne areæ quidem uſumfructum deberi.*

NOTÆ.

3. *Cedendo extraneo nihil agitur*] Scil. in perſona extranei, & reſpectu intentionis cedentis. Cæterum nihilominus uſusfructus ad proprietatem recurrit, *l. 66. D. de jur. dot.* quod plenius probamus in *Comment.*

Conſolidatio] *l. 3. §. ult. l. 6. de uſufr. acc.* à ſolido jure, ſolida proprietate *l. 9. §. ult. de aq. pl. arc. l. 26. ſub. fin. de uſ. leg.* dicitur etiam confuſio *l. 4. uſ. quem. cav.*

Ne areæ quidem] *l. 5. §. 2. quibus modis uſ. am.* quia ædes amplius non ſunt, aut nominantur: & ex contrario ſi areæ fructuariæ domus impoſita ſit, uſusfructus interit, *d. l. 5. §. 3.* Similia habes *l. 10. §. ult. l. ult. eod.* Aliud juris eſt, in legato ipſius rei: quippe legata proprietate nihil eſt in re legata aut ex ea, quod legato non contineatur, *l. 22. de leg. 1. §. 18. inf. de leg.* eademque ratio rei nexæ pignori, *l. 21. D. de pign. act.*

COMMENTARIUS.

1. *An quemadmodum adrogatione, ita & adoptione & emancipatione jure veteri uſusfructus perierit?*
2. *Amitti poſſe uſumfructum non utendo per modum utenti conſtitutum, & quis non uti intelligatur?*
3. *Quanto tempore non utendo uſusfructus amittatur?*
4. *Uſumfructum extraneo ceſſum ad proprietatem ſtatim reverti, contra Weſ. Pinell. & alios.*
5. *Quando mutatione rei fructuariæ interior ſpecies mutata aut non mutata intelligatur?*
6. *Cur placeat, uſumfructum aliquando mutatione rei extingui, etiam in partibus, quæ mutato toto ſuperſunt: in cætero autem jure, qualiſcunque mutatio inciderit, ſi quid adhuc reſtet, in eo idem jus, quod in toto fuerat, remanere?*

QUid ſit uſusfructus, quibus modis conſtituatur, quæ res uſumfructum recipiant, intellectum eſt: reſtat ultimum, ut videamus, quibus modis finiatur. De vero uſufructu hoc nunc quæritur. Et in univerſum finitur tribus ex cauſis. Aut ſoluto jure auctoris, veluti ſi in uſumfructum ſub conditione legatum heres interim alteri conſtituerit, & conditio extiterit, *l. ſi ſub conditione. 16. quib. mod. uſ. am.* quod & in reliquo jure à domino conſtituto ſimiliter accidit, *l. lex vectigali. 31. de pign.* Aut lege conſtitutionis, veluti ſi uſufructu ad conditionem vel ad diem conſtituto, conditio extiterit, aut dies venerit. *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 uſusfructus cum proprietate, vel ex re ipſa, ut ex ſubjectis apparebit. VINN. Si accuratius loqui velis: dicendum erit, aliud eſſe uſumfructum FINIRI, aliud, eumdem AMITTI: *Finitur* enim ita, ut repeti non poſſit: *amittitur*, ut repeti poſſit. Paull. *Recept. Sent. lib. III. tit. 6. §. 28. ſeqq. Finitur* itaque morte & tempore. *Amittitur* capitis minutione, rei mutatione, non uſu, in jure ceſſione dominii comparatione. Sed hoc diſcrimen negligunt Pandectæ. HEIN.

Morte fructuarii] Ex perſona fructuarii triplici modo uſusfructus finitur. Primum morte ejus, ſicut jura omnia, quæ perſonæ cohærent, 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 ſuperſtite 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 uſusfructus. 56. de uſufr. l. 8. de uſufr. leg.* Enimvero ſi interim civitas everſa ſit, aut aratrum paſſa, quaſi morte uſumfructum habere deſinit, *l. ſi uſusfruct. 21. hoc tit.* Adeo autem morte finitur uſusfructus, ut licet qualicunque alia ratione amiſſus repeti poſſit, morte tamen non poſſit, niſi forte heredibus legetur, *l. 5. in pr. eod.* quo facto non tam repetitur, quam novus conſtituitur in perſona heredum. Nec tamen ſi ita legatus ſit, ad ſecundos ſucceſſores pertinebit, ſed primis defunctis finietur. Nam in re ſui natura non tranſitoria ad heredes, heredis appellatio ſolum primum heredem, non ulteriores continet, ut notant *interpp. ad l. heredis. 65. de verb. ſign.* Cæterum male Cantiunc. Mynſ. Schneid. & Gœd. ad *d. l. 65. n. 7.* putant, eandem hanc ſpeciem tractari in *l. antiquitas. 16. C. de uſufr.* cum nulla ibi quæſtio ſit de herede legatarii, ſed teſtatoris: legatario enim non uſusfructus, ſed proprietas legata proponitur, ſicut Gloſſa & D. Gothofr. caſum formant: quamvis ratio decidendi eadem ſit, & in utraque ſpecie tam manifeſta, ut Juſtinianus haud facile mihi

perſuaſerit, veterum quemquam hic hæſitaſſe. VINN. Omnino hic hæſitarunt veteres: nec probabile eſt, Juſtinianum doctrinas liquidas voluiſſe decidere, id eſt, cum larvis pugnari. Erant enim, qui utile putabant legatum fundi, cujus uſumfructum vellet teſtator apud heredem manere. Ita ſane ſenſiſſe videtur Cajus *l. 6. ff. de uſufr.* & Julianus *l. 4. ff. ſi uſusfr. petet.* Qui quum fuerint Sabiniani, probabile eſt, in alia omnia itum eſſe à Proculianis. Rem ita decidit Juſtinianus, ut legatum hujuſmodi ſit utile, & uſusfructus morte heredis finiatur. Conf. Merill. ad *deciſ. Juſtin.* XVI. *p.* 308. HEIN.

Capitis deminutione maxima & media] Hic alter modus eſt, quo finitur uſusfructus ex perſona fructuarii, & finitimus præcedenti: ſiquidem & maxima mediaque capitis deminutione mors quædam contingit, nimirum civilis, dum illa libertatem, hæc civitatem adimit, *l. 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
1 morte naturali. Olim etiam amittebatur uſusfructus 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 uſusfructus 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 uſusfructus, qui in perſona adrogati amplius conſiſtere nequit, vel ſimul in adrogatorem transferatur, vel ad proprietatem redeat. Illud ratio juris non patitur: ſupereſt ergo, ut redeat ad proprietatem: quod & Juſtinianus indicat, §. 1. *inf. de acq. per. adrog.* De adoptione & emancipatione idem dici non poteſt. Unde Bachovius exiſtimat jus illud vetus pertinuiſſe duntaxat ad adrogationem. Sed tamen Paulus *d. loc.* expreſſe teſtatur, etiam de adoptione, & de ea quidem in ſpecie, quæ adrogationi opponitur. Ait enim, *ſi ex adrogatione vel adoptione ſtatum mutaverit.* Et Juſtinianus *d. l. pen.* etiam de emancipatione: & alioqui fruſtra dubitatum fuiſſet, an emancipatione filii uſusfructus per eum patri quæſitus extingueretur, *l. ult. C. 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 caſtr. 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 uſusfructus his modis intercidit, quam quia fructuarius, mutata familia & priore ſtatu perſonæ, alius eſſe credebatur ab eo, qui ante fuerat, redactus etiam antea in imaginariam ſervilem cauſam, *l.* 3. §. 1. *de cap. min. l. ult. C. de emanc. lib.* An vero uſusfructus ſic juris ſubtilitate extinctus, ex edicto de capite minutis reſtituendus fuerit, ſicut pleræque obligationes eodem modo amiſſæ reſtituebantur, non definio. Affirmat id quidem D. Bachovius: etenim neque jura omnia capitis 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 cogerentur, *l.* 5. *de adopt. l. pen. C. de emanc. lib.* Paul. 2. *ſent.* 25. Quocunque modo res habet, conſtat, Juſtinianum jus vetus, quo uſusfructus capitis minutione amittebatur, aboleviſſe quantum attinet ad eam, quæ ſalva civitate contingit, *d. l. pen.* §. *ult.* & voluiſſe uſumfructum etiam ſimpliciter filio relictum mortuo patre, etiam poſt emancipationem filii, in perſona filii durare. *l. ult. C. eod.* Enimvero ita demum amittebatur capitis deminutione uſusfructus, ſi jam conſtitutus erat: cæterum ſi ante aditam hæreditatem aut ante diem uſusfructus cedentem quis capite minutus fuerat, non amittebatur, *l.* 1. §. 1. *hoc tit.* Item ſi unus uſusfructus relictus erat, non ſi plures; veluti ſi uſusfructus legatus fuiſſet in ſingulos annos, vel menſes, vel dies. Hic enim quia commemoratio temporum repetitionis poteſtatem habet, *l.* 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. Ruſſard. *in not. ad d. l.* 1. Cujac. *hic.* Caſtill. *tract. de uſufruct. cap.* 66. *num.* 16.

Non utendo per modum] Poſtremo finitur uſusfructus
2 ex perſona fructuarii non utendo: & ſiquidem omnino non uſus eſt, nullum dubium eſt quin pereat uſusfructus: ſed quæritur, an & non utendo per modum recte dicatur amitti, vel potius, an talis aliquis modus 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 æſtate habitaret, iſque habitaverit hieme; vel ſi filvæ uſumfructum alicui legaverim, ut certo tempore & modo ſilvam cæderet, & ceciderit alio tempore & modo: per *l.* 2. *de aq. cott. l.* 10. §. 1. & *ſeq. l.* 18. *quem ſerv. am.* non videbitur uſus, qui ad ſuum modum, τῷ τρόπῳ ἀφιερώσῃ, 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 uſusfructus perit, hoc retinetur

netur propter fruitionem pretii aut mercedis. Nam qui pretio fruitur, non minus habere intelligitur, quam qui utitur fruitur principali re, *d. l. non utitur.* 38. *& 2. seqq.* Potest vero usufructus & pro parte non utendo amitti, *l. 5. d. tit. l. excepta.* 14. *l. placet.* 25. *hoc tit. quib. mod. us. am.* & eum quoque, qui usumfructum habet, si usus tantum sit, non etiam fruitus, placet usumfructum amittere. Cæterum hoc ita, si ignorabat se usumfructum habere, non si sciebat, *l. is qui.* 20. *eodem.* Vinn. Nec Bachovio jus fuisse videtur, erroris hic insimulare Tribonianum, nec auctori nostro ratio tradendi, usumfructum non utendo ad certum modum amitti. Id enim nusquam docent jura nostra; nec hic docere videtur Tribonianus. Nam sane (1.) *uti per modum* Latinis non est uti ad certum modum, secundum legem usufructuario præscriptam. Et (2.) Imperator hic se refert ad Constitutionem suam, puta ad *l.* 16. *C. de usufr.* ubi tamen nihil de hoc modo amittendi usumfructum. Accedit (3.) quod non opus sit usufructu privari eos, qui jure suo abutuntur, quum cautio usufructuaria tunc committatur, eoque ipso satis consultum sit proprietario. Vidit hoc Vir eximius Ger. Noodt *de Usufr. lib.* 11. *cap.* 1x. ubi verba *non utendo per modum & tempus* explicat per figuram ἓν διὰ δυοῖν, ut sensus sit, amitti usumfructum, si quis non usus sit per modum temporis à Justiniano constituti. Aut existimo claram rem esse ex *d. l.* 16. *C. de usufr.* ubi Justinianus sanxit, ut usufructus exspiraret præscriptione x. vel xx. annorum: En tempus! Quia autem præscriptio nulla est, nisi adsit continua possessio: facile patet, usufructuarium non utendo non amittere jus suum, nisi alter rem continuo & quiete possederit. Ergo non usus possidentis non nocet, sed talem esse oportet in usum, qui cum possessione non sit conjunctus. En modum! Ita nos: quam recte, alii viderint. Hein.

3 *Et tempus*] Quod diximus, non utendo finiri usumfructum, id ita est, si fructuarius usus non sit per tempus constitutum, intra quod si quis usus non sit, placeat usumfructum amitti. Id tempus cum olim brevius esset, Justinianus revocavit ad ea spatia, quæ ipse præfinivit usucapionibus, *l. corruptionem.* 16. *pen.* §. 1. *C. hoc tit. de usufruct.* Igitur rei mobilis ususfructus amittetur non utendo per triennium; rei immobilis per decem annos inter præsentes, per viginti inter absentes, *arg. l. un. C. de usuc. transform. & 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 ususfructus non utendo amittatur: & tamen quod subjicit de servitutibus prædiorum similiter non utendo amittendis, quia tantummodo soli rebus annexæ sint, hoc iis tantum commune est cum usufructu rerum immobilium; & ita dicitur, quasi in amittendo usufructu pro diversitate rerum tempora ante distinxisset.

Si domino proprietatis cedatur] Cum vel proprietarius voluntate aut facto fructuarii usumfructum, vel fructuarius voluntate proprietarii proprietatem adipiscitur, ea res in specie à Justiniano consolidatio dicitur. In genere autem quævis ususfructus cum proprietate conjunctio sive confusio consolidatio est. Nam & morte fructuarii & capitis deminutione & non utendo consolidatur ususfructus cum propriétate, *l.* 3. *in fin. de usufr. accref.* §. *seq. eod.* Est autem hæc species amissionis & ipsa ex natura ususfructus. Nam cum in una & eadem persona proprietas & ususfructus concurrunt, solidam unus proprietatem nanciscitur, neque amplius jus utendi fruendi separatum intelligi potest, hoc est ususfructus formalis, de quo hic quæritur, perit.

Cedenda extraneo nihil agitur] Cedendo scilicet in jure: nam extra jus, etsi verbum cedere accipimus pro quovis modo concedere aut jus aliquod alteri constituere, etiam fructuarium legimus posse ita jus suum cedere extraneo, ut patiatur eum uti frui: *l. usufructu.* 57. *sol. matrim.* & eum, cui habitatio legata est, posse eam alteri cedere, hoc est, locare, aut vendere, *l. cum antiquitas.* 13. *C. de usufr.* Diversi juris ratio mox indicabitur. Verba autem hæc, *nihil agitur*, Wesemb. *par. hoc tit.* Pinel. *l.* 1. *C. de bonis matern. p.* 3. *num.* 39. Joan. del Castill. *tract. de usufr. cap.* 69. *num.* 20. *& seq.* Bronch. 1. *aff.* 91. sic accipiunt, quasi dixisset Imp. cedendo extraneo ususfructus non finitur, non redit ad dominum proprietatis, nec ad extraneum transit, nulli ea cessio aut damnum affert aut lucrum: quibus accedit & Ant. Matthæus. Verum ego existimo, quod & frequentius placuit, id quod hic dicitur, nihil agi, referendum esse ad intentionem cedentis & diversum exitum cessionis, quia ususfructus in extraneum, cui cessus est, non transit, sive quia per cessionem extraneo factam non finitur transeundo, ut fit cum ceditur domino proprietatis: nihilominus tamen ex accidenti & præter mentem cedentis contingere, ut & hic finiatur atque ad proprietatem redeat, cum à persona discedere sine interitu suo non possit, *l. vel si* 15. *fam. erc.* Atque ita in terminis diserte responsum est à Pomponio, *l. si ususfructus.* 66. *de jur. dot.* Quæritur eo loco, qua ratione ususfructus in dotem marito datus à domino proprietatis soluto matrimonio mulieri sine fraude ipsius reddi possit: & ait Jureconsultus, à fructuario cedi non posse nisi domino proprietatis; &, si extraneo cedatur, nihil ad eum transire, sed ad dominum proprietatis reversurum usumfructum. Quia igitur in proposito cessio mulieri damnosa foret recurrente usufructu ad proprietatem, hoc consilii Jureconsultus dat, ut ususfructus mulieri locetur, vel vendatur uno nummo: ita fore, ut ipso jure penes maritum remanente facultatem fructuum percipiendorum mulier consequatur. Hoc responsum non satis penticulatè 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 aliis modis finitum. Nam hoc etiam futurum est, remedio, quod Jureconsultus suggerit, adhibito. Sed & quod ait, eo demum adhibito jus ipsum penes maritum remanere, certum argumentum est eo omisso non remanere. Postremo si non statim post cessionem cum proprietate ususfructus conjungitur, nullum mulieri præjudicium maritus cedendo faciet, consequeturque mulier id ipsum, quod quærebatur, & quo

nihil amplus deſiderare poteſt, perceptionem fructuum uſque dum morte mariti uſusfructus finiatur. Quorſum igitur conſilium Jureconſulti? Aut cur negat in propoſito quicquam tranſire? Non eſt contrarium, quod fructuarius jus ſuum cuivis extraneo vendere aut gratis etiam concedere poteſt, §. 1. *inf. tit. prox. l.* 12. §. 2. *l. non utitur.* 38. *de uſufr.* Nam qui vendit uſumfructum aut alteri concedit, non hoc agere intelligitur, ut jus omne totum, quod habet, à ſe dimittat & transferat in alium, ſed ut retento jure, quod ex conſtitutione perſonæ ejus inhæret, facultas tantum fructuum percipiendorum ad alium pertineat, quamdiu jus illud in perſona ſua durabit. Quod & ipſum etiam tunc obtinet, cum uſusfructus venditus eſt domino proprietatis, *l. Pomponius.* 29. §. 1. *hoc tit. quib. mod. uſ. am.* indeque eſt, quod finiri dicitur uſusfructus, non ſi vendatur proprietario, ſed ſi cedatur. Quod neſcio an quis alius animadverterit. Ceſſio autem vetus eſt & proprium alienationis genus, 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 diſcedente per ceſſionem à perſona cedentis fructuarii omni jure, quod ante habebat, duorum alterum evenire neceſſe eſt, ut aut in eum, cui ceſſus eſt, uſusfructus tranſeat, & novus conſtituatur fructuarius; aut revertatur ad dominum proprietatis: illud ut fiat, ratio juris non finit: relinquitur ergo alterum, ut uſusfructus ad proprietatem recurrat, & 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 cohærent, facto ejus mutari non poſſunt, *l. ea quidem.* 5. *C. ſi manc. ita fuerit alien.* Nihil enim minus hic verum eſt; alioqui ne ipſi quidem domino uſusfructus cedi poſſet. 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. hæres.* 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.* 9. *in pr.* & §. *ſi quis.* 5. *de jur. & fact. ign. l. cum quis.* 10. *C. de jur. & fact. ign. l. error.* 9. *C. ad leg. Falc.* & paſſim alias. Quæ non valent, ut fiunt, puniuntur, quia non fiunt, uti oportet, *tit. de his quæ ut indign. auf. tit. de jur. fiſc. & ſimilib.* In ſumma, non eſt novum ut quod de jure non ſortitur effectum ratione unius, ut ei proſit, ſortiatur tamen reſpectu alterius, ut ei noceat. Exempla in *l. plane.* 34. *pr. de legat.* 1. *l. licet.* 20. *l. legatum.* 24. §. 1. *de adim. leg.* ſicut nec illud ut, qui male agit, nihil agere dicatur, *pr. Inſt. 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 uſumfructum deberi] Supervacuum foret monere, ſublata re fructuaria uſumfructum extingui, ſi nihil aliud eo ſignificaretur, quam finiri uſumfructum interitu totius rei. Sed ſciendum eſt, hoc etiam pertinere ad eas res, quarum ſpecies interior & forma mutatur, licet poſt mutationem pleræque partes maneant, quæ erant ejuſdem corporis, in quo uſusfructus conſiſtebat: nam & hic quia res deſinit eſſe, quod prius fuerat, perinde uſusfructus extinguitur, ac ſi ea in totum ſublata eſſet, nullaque ejus pars amplius in rerum natura exiſteret. Quod multis rerum exemplis declaratur, *l.* 5. §. *pen. & ult.* & porro uſque ad *l.* 13. *item l. pen. & ult. hoc tit. l. qui uſumfructum.* 36. *de uſufr.* Cæterum etſi magna mutatio in re facta ſit, ſi tamen ea priorem rei ſpeciem non prorſus tollat, placet uſumfructum manere, *l.* 8. & 2. *ſeqq. hoc tit. l. ſi cui.* 53. *de uſufruct.* Hoc igitur videndum, quando mutatione rei facta forma ſeu ſpecies prior mutata intelligi debeat. Et de eo ſtatuendum ex mutatione nominis, tenendaque generalis hæc notio; Si talis mutatio inciderit, ut res propterea in aliud nomen tranſeat, prius amittat, formam etiam rei mutatam cenſeri, & uſumfructum interire: ſin poſt mutationem vetus nomen maneat, non videri ſpeciem mutatam, atque uſumfructum retineri. Non ſane quia nomen quidquam pertineat ad ſubſtantiam rei; ſed quia ex nomine, ut ex poſteriori, quale quidque ſit, intelligitur: à forma enim res nomen accipit, eaque mutata iterum amittit: indeque eſt, quod per nomina dicimur cognoſcere & dignoſcere rerum naturas, auctore Platone *in Cratyl.* Ad priorem mutationis ſpeciem pertinet exemplum, quod hic & in *d. l.* 5. §. *pen.* affertur de ædibus, quarum uſusfructus legatus erat, ſublatis: nam ſublata ſuperficie, quia ædes 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.* uſusfructus debetur. Ex contrario quoque, ſi in area, cujus uſusfructus legatus eſt, domus poſita ſit, ex mutato nomine rem mutatam intelligimus. Et uſumfructum interire, *d. l.* 5. §. *ult.* Similiter ſi quadrigæ uſufructu legato vel unus ex equis deceſſerit, vel gregis uſufructu legato numerus ovium ad eam paucitatem redactus ſit, ut gregem non conſtituat, una cum nomine quadrigæ aut gregis uſusfructus extinguitur, *l. quid tamen.* 10. §. *ult l. ult. eod.* Eandemque rationem habet, quod pecorum uſufructu relicto, ſi quæ pecora moriantur, adeo pereat uſusfructus, ut nec carnis aut corii ſuperſit, *l. pen. quibus mod. uſ. am.* Poſterioris generis exemplum eſt, ſi fundi uſusfructus 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 uſusfructus conſtitutus erat, licet maxima, corruerit, pars tamen homogenea, quæ ſupereſt, ut nomen, ita & uſumfructum retinet, etiam totius ſoli, *l. ſi cui.* 53. *hoc. tit. 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

ter 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 ſuperſunt, vindicari poſſunt, *d. l. 22. de legat. 1.* Pecora legata mortua ſunt: etiam τὰ λείψανα 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 poſſum, explicatius) ideo in propoſito aliud in uſufructu, aliud in proprietate legata placuiſſe, & uſumfructum amitti, quia incidente ea, quam dixi, mutatione, res amplius eum uſum præſtare aut pati non poteſt, qui fuit tempore teſtamenti facti, & quem ſolum teſtator legaſſe cenſeri debet, non alium, quem aliquando res mutata præbere poſſet: atque omnino finito eo uſu, quem tunc res habebat, ſolidam proprietatem ad eum pertinere voluiſſe, cui eam nudam interim reliquerat. Conſtat autem, longe alium uſum eſſe ædium, alium areæ; alium gregis 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 dſci 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 uſusfructus legetur, quæcunque in toto aliquo mutatio contingit, ſemper partis, quæ poſt mutationem manet, uſusfructus debetur, & talem, qualem pati poteſt, præſtabit; ſcilicet quia ſub appellatione bonorum etiam ſeparatim partis illius uſusfructus legatus eſt, *l. quotiens. 34. §. ult. de uſufr.*

TEXTUS.

Si finitus ſit.

4. *Cum autem finitus fuerit totus uſusfructus, revertitur ſcilicet ad proprietatem, & ex eo tempore nudæ proprietatis dominus incipit plenam in re habere poteſtatem.*

NOTÆ.

4. *Finitus fuerit totus*] Diſerte *totus*. Quippe qui inter ſe jus habent accreſcendi, *l. 1. & tot. tit. de uſufr. accreſc.* Vide fuſius *in Comment.*

COMMENTARIUS.

1. *Propria juris accreſcendi inter plures in eundem uſumfructum conjunctos.*

Totus uſusfructus] Cum uſusfructus in totum finitus eſt, ad proprietatem, unde diſceſſerat, revertitur, atque ex eo tempore qui ante formalis erat, cauſalis 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 uſumfructum conjuncti ſunt, aut conjuncti omnes eum amiſerunt, *l. 1. pr. & §. 3. l. 3. de uſufruct. accreſc.* Conjuncti inter ſe jus r accreſcendi habent: de quo jure ex profeſſo dicendum ſub §. *ſi eadem. 8. 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 & quæſita & deinde amiſſa jus accreſcendi admittat, ſive conjuncto accreſcat, *d. l. 1. §. 3.* alterum in perſona ejus, cui accreſcit, ut & jus accreſcendi habeat, qui ſuam partem vel non agnovit vel agnitam 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. 8. l. qui ex duabus. 53. §. 1. de acq. hær. l. 3. §. ult. & duab. ll. ſeqq. de bon. poſſeſſ. l. ſi ex pluribus 9. de ſuis & leg. hær. l. un. §. his ita. 10. & ſeq. C. de cad. toll.* Diverſi juris rationem ex Celſo & Juliano indicat Ulpian. *d. l. 1. §. 3.* quia uſusfructus cotidie conſtituitur & legatur, non ut proprietas, eo ſolo tempore, quo vindicari poteſt, hoc eſt, quo nondum quæſita eſt. Hæc una ratio utrumque hoc, quod proprium in uſufructu eſſe diximus, efficit, ut ſcilicet & amiſſus alteri conjuncto, utpote cui is adhuc legari intelligitur, accreſcat, & accreſcat etiam non agnoſcenti vel amittenti portionem ſuam; quippe cui & ipſi ea portio, quam non amiſit, adhuc legari intelligatur. Hinc illa veterum; *Uſusfructus non portioni, ſed homini accreſcit, l. 14. §. 1. de exc. rei jud.* Item, *Portio fundi velut alluvio portioni perſonæ fructus accreſcit.* Papin. *l. ſi Titio. 33. in fin. hoc tit. de uſufr.* Conſul. Don. 10. *comm. 23.* Joan. Suev. 1. *de jur. accreſc. 4.* & Clariſſ. JC. B. M. D. Corn. Swanenburg. in libello ſuo poſthumo *de jur. accr. cap. 4.*

TITULUS QUINTUS

DE USU ET HABITATIONE.

D. Lib. 7. Tit. 8. C. Lib. 3. Tit. 33.

Continuatio: quid ſit uſus, quid uti; quæ onera uſuario incumbant?

EX tribus ſervitutum perſonalium formis una & præcipua ſuperiore titulo explicata eſt, uſusfructus: ſequuntur duæ reliquæ, uſus & habitatio; ac de utraque conjunctim nunc agitur hoc in titulo. Primum de uſu, quibus modis conſtituatur & amittatur, digito oſtenditur; mox quid contineat, accurate docetur exemplis uſus fundi, ædium, ſervorum, pecorum: poſtremo tractatur de habitatione. Quo peracto aperitur aditus ad modos acquirendi jure civili. Uſum ſic recte definiemus, jus alienis rebus utendi, ſalva rerum ſubſtantia. Uſus eſt jus, ſicut & uſusfructus & prædiorum quoque ſervitutes jura ſiunt, & 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, uſusfructus omne rei emolumentum continet. Eſt igitur uſus jus utendi duntaxat, non etiam fruendi: ſed de eo poſtea magis ſerio. Cætera definitionis etiam uſuifructui conveniunt: nam nec uſus rei propriæ ſeparatus intelligitur; & uſuarius ita etiam uti debet, ut ne rem conſumat aut transformet, cauſamve proprietatis deteriorem faciat, eoque nomine cavere, ſcilicet adempta fructus cauſa, uſurum ſe boni viri arbitratu, & cum uſus finitus erit, reſtituturum quod inde extabit, l. 5. §. 1. *l. pen. uſ. quem. cav. l. pen.* §. 2. *hoc tit.* quod mirum eſt negare D. Giphanium. In aliis oneribus hæc diſtinctio placuit, ut ſi omnis fructus ad uſuarium redit, etiam onera, puta tributa, & impenſas refectionis culturæve, ferre debeat; ſi ad proprietarium, hunc onera ſequantur; ſi vero ad utrumque, pro rata dividantur, *l. ſi domus.* 18. *eod.*

TEXTUS.

Communia de uſufructu & Uſu.

Iiſdem illis modis, quibus uſusfructus conſtituitur, etiam nudus uſus conſtitui ſolet: iiſdem illis modis finitur, quibus & uſusfructus deſinit.

COMMENTARIUS.

1. *Quid inter uſum & uſumfructum interſit, tum in conſtituendo, tum in amittendo?*

AIt, iiſdem modis nudum uſum conſtitui ſolere, iiſdemque modis amitti, quibus uſusfructus conſtituitur, & deſinit; idemque traditur *l.* 3. §. *ult. de uſufr.* & de conſtitutione, *l.* 1. §. 1. *hoc tit.* Conſtituitur igitur & nudus uſus pactionibus & ſtipulationibus; maximè vero teſtamento, ſicut & uſusfructus, §. 1. *tit. præc. l.* 3. *l.* 6. *de uſufr. tot. tit. de uſu & uſufr. leg.* & teſtamento quidem ipſo jure, pactionibus autem accedente facto ſeu traditione conſtituentis, puta ſi uſuarium induxerit in fundum aut ædes, aut patiatur eum uti. *d. l.* 3. *de uſufr.* Sed & longa quaſi poſſeſſione noſtra uſus acquiri poteſt, ſicut cæteræ ſervitutes omnes. *l. ult. C. de præſcr. long. temp.* Amittitur morte uſuarii, maximaque & media capitis deminutione, non utendo, conſolidatione, interitu & mutatione rei uſuariæ, quibus ſcil. modis uſumfructum extingui conſtat. §. *pen. tit. præc.* Eſt tamen quod inter hæc duo & in conſtituendo & in 1 amittendo interſit. In conſtituendo, quod uſusfructus 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 cujuſque ſemper in ſolidum eſt. *d. l.* 19. junct. *l.* 5. §. *ult. commod.* Hoc autem ex eo eſt, quod uſus tantum neceſſitati ſervit, & ſolo utentis facto ac conſumptione terminatur, nihil relinquens quod dividi poſſit: in quo ſimilis eſt ſervitutibus prædiorum, quæ & ipſæ, quia in ſolo uſu conſiſtunt & facto terminantur, individuæ. *l. via.* 17. *de ſerv. l.* 1. §. *ſi uſusfruct.* 9. *ad leg. Falc.* Uſusfructus autem dividuus eſt: quia licet & ipſe in facto ab initio conſiſtat, facto tamen ſolo non terminatur, ſed poſt ſe relinquit & fructuario adjicit fructus atque omnem rei utilitatem, cujus utique diviſio eſſe poteſt. *d. l.* 1. §. 9. *l. ſed uſusfr.* 81. *ad. l. Falc.* Cujac. Don. & DD. vulg. *ad l. ſtipulationes.* 72. *de verb. obl.* Gomes. 2. *reſ.* 10. *num.* 18. Caſtill. *tr. de uſufr. c.* 31. Adhæc uſumfructum quoque conſtitui legimus in judiciis familiæ erciſcundæ & communi dividundo, ſi judex alteri fundum, alteri uſumfructum adjudicaverit, *l.* 6. §. 1. *de uſufr. l.* 16. §. 1. *fam. erc. l.* 6. §. 10. *comm. div.* de uſu nihil tale, non magis quam de ſervitutibus prædiorum. In amittendo hoc intereſt, quod uſus amiſſus ſemper ad proprietatem redeat, nunquam ad conjunctum, ut aliquando uſusfructus. Quinimo plures in eundem uſum conjungi non poſſunt: nam qua ratione uſus diviſionem non recipit, eadem nec recipit communionem. Eapropter ſi duobus ejuſdem rei uſus legatus ſit, nulla intelligitur conjunctio aut uſus inter eos communio; nec concurſu partes faciunt. Et ideo altero deficiente nihil alteri accreſcit, ſed quod omiſſum aut amiſſum eſt, ſtatim ad proprietatem redit: ac neque communi dividundo judicio locus eſt inter duos ejuſdem rei uſuarios,

rios, *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 condemnetur in præſtationem partis æſtimationis, *l.* 10. §. 1. *comm. div.* aut ut utendi neceſſitas inter eos temporibus dividatur, *per l. arbor.* 19. §. *ult. d. tit.*

TEXTUS.

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 oleribus, pomis, floribus, fœno, ſtramentis & lignis ad uſum quotidianum utatur: inque eo fundo hactenus ei morari licet, ut neque domino fundi moleſtus ſit, neque iis, per quos opera ruſtica fiunt, impedimento: nec ulli alii jus, quod habet, aut locare, aut vendere, aut gratis concedere poteſt: quum is, qui uſumfructum habet, poſſit hæc omnia facere.*

NOTÆ.

1. *Minus juris*] Id eſt, minus emolumenti. Nam uſus quotidiana utentis ſufficientia & conſumptione terminatur, *l.* 12. §. 1. *h. t.* uſusfructus omnem rei utilitatem continet, *l.* 7. *l.* 9. *D. de uſufr.* Denique fructuarius defruitur. Defrui eſt omnem rei fructum percipere. Feſt.

Hactenus morari] *l.* 11. *eod.* ſed explica hæc ex *l.* 10. §. *ult. l.* 12. *pr. eod.*

Hæc omnia facere] *l.* 12. §. 2. *l.* 38. *l.* 67. *D. de uſufr. l.* 8. §. *ult. D. de per. & com. rei vend.* retento ſcil. jure quod perſonæ ejus inhæret, *l.* 66. *D. de jur. dot.*

COMMENTARIUS.

1. *Uſuarium etiam ex fructibus induſtrialibus ſumere poſſe, quantum ad victum ſibi ſufficiat; & qua conditione?*
2. *Modus hujus juris proprius; & quam large aliquando cum uſuario agatur?*
3. *Quarum partium fundi poſſeſſio quodammodo penes uſuarium.*
4. *Uſuarium rem utendam alii locare aut vendere non poſſe: niſi fortè 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 inhæret.*

HOc §. & 3. *ſeq.* docet Imperator, quid rei cujuſque uſus contineat, & quibus in rebus diſcrepet ab uſufructu: idque, exemplo veterum, declarat propoſitis ordine quatuor ſpeciebus, uſu fundi, ædium, ſervorum, pecorum: unde reliquarum rerum uſus ſatis intelligi poteſt. Initio tradit generalem regulam, quæ ad rerum omnium uſum ex æquo pertinet. Ait, minus juris eſſe in uſu, quam in uſufructu; id eſt, minus emolumenti, ἧττον 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. plenum.* 12. §. 1. *eod.* Uſusfructus autem extra hanc ſufficientiam & conſumptionem progreditur, omnemque utilitatem, commodum omne, quod quavis ratione ex re percipi poteſt, ſine exceptione continet. vid. *tit. præc. in pr.* Denique & uſus fructui ineſt: & ideo ſi uſufructu legato, uſus adimatur, placet nullam eſſe ademptionem; &, ſi tibi uſus, mihi uſusfructus legetur, concurrere nos in uſu. *l. per ſervum.* 14. §. 1. & 2. *hoc tit.* In ſumma, utimur ad indigentiam, fruimur etiam ad compendium: uno verbo, fructuarius defruitur. Defrui dicebant antiqui, teſte Feſto, ut deamare, deperire; ſignificantes, omnem fructum percipere. Planè in pecunia & cæteris rebus, quæ uſu conſumuntur, nihil intereſt, uſus legetur, an uſusfructus: quia uſus in his rebus tantum continet, quantum uſusfructus, *l.* 5. §. *ult. l.* 10. §. 1. *de uſufr. ear. rer. quæ uſ. conſ.* VINN. Quemadmodum autem minus juris eſt in uſu, quam in uſufructu: ita & minus oneris ei ineſt. In uſufructu enim onera ferre ufufructuarium, qui emolumentum omne capit, æquum eſt. In uſu quia communia ſunt commoda proprietarii & uſuarii: onera quoque utriuſque communia ſint, oportet. *l.* 18. *ff. h. t.* HEIN.

Oleribus, pomis, floribus, fœno, ſtramentis & lignis] De his nulla fuit inter veteres controverſia. Dubitatum de foliis, oleo, frumento, frugibus: ſed obtinuit contra Nervæ ſententiam, ut etiam ex his uſuarius ſumere poſſet, quod ad victum ſibi & familiæ ſuæ ſufficiat; & generaliter ex omnibus, quæ in fundo naſcuntur, *d. l.* 12. §. 1. *hoc tit.* Malim tamen eo loci *pro foliis* legere *oleis*, cum D. Cujac. *in not. ad hunc loc. & 9. obſ.* 37. Don. 10. *comm.* 25. ut oleæ & oleum conjungantur cum cæteris, quæ majus proprietarii onus continent: nam ineptum videtur atque iniquum, uſum foliorum arborum denegare ei, cui pomis, fœno, olere, lignis uti conceditur: & quod de uſu foliorum ex Catone & Columella refert Rævard. 2. *conj.* 4. pecora illis ali ſolita, hoc vel magis ad fœnum pertinet. Stramenta quoque jumentis uſui ſunt & eſui, & poma, olera, familiæ domini ruſticæ. Nullo autem colore, quod Juriſconſultus de foliis indefinitè enunciat, trahi poteſt ad folia barbarica aut Indica; aut cum Zaſ. *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 verſibus;

In pretio ſcopas teſtatur palma fuiſſe:
Sed pretium ſcopis nunc analecta dabunt.

Et fortaſſis hic uſus non minus Europeæ, 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 husquam 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. si 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? VINN. Lectionem Florentinam *l.* 12. §. 1. *ff. h. t.* acriter defendit Guil. Fornerius, ostendens, ex foliis facta esse unguenta. Sed dubito, de his foliis sensisse Nervam. Jac. Cujacii conjectura ingeniosa est, sed codices MSC. non addicunt. In Charondæ quodam codice pro *foliis* lectum *doliis*. Et ita etiam Connanus edidit. Eam emendationem ego haut malam putarem, si commode dolia jungerentur stramentis, oleo, frumento, frugibus. Retineri itaque potest vulgatà lectio *foliis*, quibus ruri haut raro utuntur, quæque sæpe substernunt pecoribus. Frondem, adeoque & folia, bubus dabant veteres. Phædr. *Lib. II. Fab. VIII.* HEIN.

2 *Ad usum quotidianum*] Modus utendi hujus juris proprius dum ex his omnibus sumat usuarius, quod ad victum sibi suisque sufficiat, non amplius, *d. l.* 12. §. 1. Quantum autem cuique sufficiat, id æstimandum ex dignitate & conditione utentis: neque enim ita usus restringendus est, ut non etiam pateat & honestati vitæ & dignitati. Quin etiam longius aliquando itur, & tam largè cum usuario pro dignitate ejus agitur, ut his rebus non tantum cum familia, sed etiam cum convivis & hospitibus uti ei permittatur: hactenus tamen, ut oleo, frumento, & cæteris frugibus cum convivis & hospitibus utatur in villa: cætera, quorum non admodum grave onus est, si abundent in fundo, etiam in oppidum deferri hujus rei gratia possunt, *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 facilè evenire potest usu mediocris prædii relicto: nam usuarii prior semper ratio est *l. si 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, & similium rerum, quarum fructus in usu est. Cæterum usuario intra annum mortuo, quod ex penu supereft, ad hæredem ejus non pertinebit: desiit enim posse uti, neque usuarius fructus, quos decerpsit, aut collegit, suos facit, aut perceptione dominium eorum acquirit, quod tribuitur fructuario: sed tantum jus iis modicè utendi habet. Illud constat, non posse ei, qui usum habet, objici quod pecuniis abundet, unde sibi quæ opus sunt, aliunde quam ex re usuaria comparare possit.

Hactenus ei morari licet, ut neque domino fundi molestus
3 *sit*] Possessio earum fundi partium, quæ ad fructum ferendum comparatæ non sunt, quodammodo penes usuarium est: placet enim, eum solum usurum cellis vinariis & olearis, dominum invito eo non usurum, *l.* 10. *in fin. hoc tit.* 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, hactenus usuarium in fundo morari posse, ut neque domino fundi molestus sit, neque iis, per quos opera rustica fiunt, impedimento.

Nec ulli alii jus quod habet locare aut vendere] Quod 4
hic traditur, etiam ad aliarum rerum usum pertinet, *l.* 8. *& d. l.* 12. §. 4. *& ult. eod.* & hanc habet rationem, quod in usu spectatur persona ejus, cui relictus est & modus familiæ ejus, ut pro conditione & dignitate sua utatur: quod fieri non potest, si alii venderet: nam emptoris alia potest esse consideratio & multum diversa à conditione usuarii. Id tamen cum hoc temperamento accipiendum est, nisi ex conjecturis appareat, testatorem jus quoque locandi aut vendendi usum concedere voluisse. Cujusmodi conjecturæ sumi possunt vel ex conditione legatarii, vel ex genere relicti. Nam si aurigæ usus equorum legatus sit, cum testator sciret eum hujus esse instituti & vitæ, placet eum etiam locare equos posse: quia de hoc etiam usu testator videtur sensisse & retuliisse 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 usufructuarius licet, legatarius nihil habiturus esset ex eo legato, *l. pen. eod.* quod plerique sic accepere, si silva remotior sit ab oppido, ut, si cogatur legatarius ipse eam cædere; & quod excidit usus sui causa domum comportare, plus impensurus sit, quam si in propinquo ab aliis emeret: neque ita intelligendum, quasi legatario liceat cædere & vendere tantum, quantum solebat dominus, aut quantum fructuario licet; sed pro modo & ratione usus sui. In universum autem non esse invidendum usuario, Connan. 4. *comm.* 5. & Wesemb. *par. hoc tit. num.* 3. existimant, si velit, fructus, quos usus sui causa jam percepit & collegit, alteri vendere aut donare.

Possit hæc omnia facere] Rem utendam fruendam al- 5
teri locare, vendere, gratis concedere, *l.* 12. §. 2. *de usufr.* etiam invito hærede, *l.* 67. *eod.* Græci ἢ ἄκοντος τοῦ δεσπότου, ἢ ἢ τοῦ κληρονόμου αὐτοῦ. 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 constituere usumfructum, hoc est, novum in suum locum fructuarium substituere, nisi volente & sese accom-

commodante domino proprietatis, *l. usufructu. 57. ſol. matr.* Dicendum videtur cum domino Bachovio, duplex quodammodo jus fructuarium habere. Quorum unum merè perſonale eſt, ita infixum perſonæ ejus, cui uſusfructus 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 & fruitione rei fructuariæ, quod à fructuario abire & in alium transferri poſſit, licet à perſonali illo jure promanet, inque eo ita radicetur, ut neceſſe ſit cum illo extingui. Illuſtrat hanc diſtinctionem exemplo hæredis & creditoris: in quibus ſimiliter jus gentium animadvertimus: unum quod perſonale eſt, atque oſſibus eorum, ut DD. loquuntur, inhæret, hæredi ex aditione hæreditatis, creditori ex obligatione quæſitum: alterum reale in re quæſita aut debita. Illud in eo cernitur, quod qui ſemel hæres extitit ſemper hæres maneat, ac proinde vendita hæreditate nihilominus actiones hæreditarias ipſe exerceat & excipiat, *l. 2. C. de har. 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 har. 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 har. vel act. vend. l. ex legato. 18. C. de legat.* Poteſt igitur fructuarius, 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 cenſeri debet; ſed ubi cauſa ſive titulus non obſtat, ſub appellatione uſusfructus aut juris utendi fruendi nihil amplius transferre, quam jure ſuo poteſt; veluti ſi locavit uſumfructum aut jus utendi fruendi, ſi vendidit, donavit, *d. l. non utitur. 38. de uſufr. l. 11. hoc tit. d. l. 8. §. ult. de per. & comm. rei vend.* De ceſſione autem in jure idem dici non poteſt, quia per eam neceſſario jus omne à cedente abibat, ſecundum ea, quæ tradita ſunt ſub §. pen. ſuperioris tituli.

TEXTUS.

Ædium uſus.

2. *Item is, qui ædium uſum habet, hactenus jus habere intelligitur, ut ipſe tantum inhabitet: nec hoc jus ad alium transferre poteſt: & vix receptum eſſe videtur, ut hoſpitem ei recipere liceat, & cum uxore liberiſque ſuis, item libertis, nec non perſonis aliis liberis, quibus non minus, quam ſervis utitur, habitandi jus habeat. Et convenienter, ſi ad mulierem uſus ædium pertineat, cum marito ei habitare liceat.*

NOTÆ.

2. *Item is*] Hic locus ex variis prudentum reſponſis conſutus eſt, *l. 2. l. 3. & aliquot ſeqq. hoc tit.*

Ut hoſpitem recipere] Ex veteri more hoſpitii, quod inter privatos centrahebatur. V. Bud. *ad Pand. in l. 6. §. 3. de off. proconſ.* Salmaſ. ad *jus Attic. cap. 26.* VINN. Præclara quoque eſt, quæ de jure hoſpitii exſtat Jo. Schilteri diſſertatio, edita cum ejus *Manuductione philoſophiæ moralis ad juris prudentiam.* Nec tamen ſoli hic intelliguntur hoſpites illi gratuiti, uti hic ſtatuiſſe videtur Vinnius: ſed & mercenarii. *l. 2. §. 1. l. 4. pr. ff. h. t.* Id enim paullo poſt ipſe Vinnius agnoſcit in Commentario, ubi Bachovium, hæc verba ita interpretantem refellit. HEIN.

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 ædium, quam non occupat, alii locare.*

HOc §. 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 quæſita ſunt. Veluti ſi ædes amplæ ſint, & tam anguſtus uſuarius, ut eas totas ſimul occupare non poſſit, an non liceat proprietario partibus iis, quæ vacabunt, uti? Sed placuit, non licere: quia cum uſuarius jus utendi habeat, etiamſi nunc non utatur, poſtea tamen cum voluerit, uti poteſt, & alio tempore partes illas occupare, *d. l. pen. §. 1.* Item, an qui ipſe inhabitat, poſſit in partem habitationis alios admittere? de quo mox in explicatione textus.

Nec hoc jus ad alium transferre] Qui uſum ædium habet, neque locare, neque concedere habitationem, neque vendere uſum poteſt, *l. 8. h. t.* quod non eſt ſpeciale in uſu ædium, ſed ad aliarum quoque rerum uſum pertinet, ut relatum *ſup. §. prac.* Illud ſpeciale eſt, quod uſus ædium & uſusfructus in eo ſolum differunt, quod hic locari, vendi, alteri concedi poteſt, ille non poteſt. Cæterum utentis nihil intereſt, uſum ædium habeat, an uſumfructum: 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 hospitis eos solos significari existimat, quibus more veterum ex singulari amicitia jus mutuum *ἰδιοξενίας*, hoc est, privati hospitii erat: de quo Bud. *ad l.* 6. §. 3. *de off. proconf.* Salmas. *ad jus Attic. c.* 26. Planè etsi quemlibet extraneum convictorem recipere potest: tabernam tamen cauponariam ei exercere non licebat, quæ publicè viatoribus omnibus & peregrinis pateat, *arg. l.* 13. §. *ult. de usufr.*

Cum uxore liberisque suis, item libertis] Domus usu marito relicto, facilè admissum fuit, ut maritus illic habitaret cum uxore liberisque suis, cum servis item & famulis, id est, cum omni familia. *d. l.* 2. *in pr.* Quæstionis autem fuit, an & cum libertis? sed Labeo & Celsus etiam hos recipi posse admiserunt. *d. l.* 2. §. 1. Paulus & clientes, *l.* 3. *eod.* Ita dicebantur homines liberi, qui se ad potentioris alicujus ductum applicabant, ut ejus patrocinio defenderentur in capite & fortunis, *l.* 7. §. 1. *de capt. & postlim.* susceptos posterior ætas vocavit. 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. VINN. De clientibus & susceptis Hotomanno accuratius egerunt Fr. Juretus *ad* Symmach. *Lib.* 5. *Ep.* 39. Valesius *ad* Ammian. *Lib.* XXX. *cap.* IV. Jac. Gothofredus *in Glossar. ad C. Theod.* & Petr. Pithœus *ad Pariat. LL. Mos. & Rom. tit.* IX. §. 3. Si peregrinus se ad civem Romanum tanquam patronum adplicasset: patronus ei intestato succedebat, quod vocabatur JUS ADPLICATIONIS. Cic. *de Orat.* 1, 39. HEIN.

Cum marito ei habitare] Ne mulieri matrimonio carendum sit, cum uti vult domo. *d. l.* 4. §. 1. Sed etsi usus ædium mulieri legatus sit ea conditione, si à viro divortisset, placuit tamen, cum viro habiturum, remissa ei conditione legati, *d. l.* 8. §. 1. Hoc amplius si virgini aut viduæ legatus sit, placuit & postea nubentem cum viro habitare posse, *d. l.* 4. §. 1. Nec solum cum marito, sed & cum liberis, parentibusque & libertis, cum socero etiam habitaturam: atque eo usque processum, ut eosdem, quos masculi, etiam mulieres recipere possint, *d. l.* 4. *in fin. & l.* 6. *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 verò nullo modo jus suum transferre ei concessum est. Idem scilicet juris est & in jumento.*

NOTÆ.

3. *Ipse tantum opera*] Non modo tamen ad ministerium suum, sed etiam liberorum suorum & conjugis, *l.* 12. §. *pen. eod.*

In jumento] *ὑποζυγίῳ*, equo, bove, asino, *v. d. l.* 12. §. 3. & 4.

COMMENTARIUS.

SErvorum usus est in eorum operis: est & in fructibus, hoc est, iis rebus, quæ per servos acquiruntur. Operis uti potest usuarius in re qualibet, nec 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 institor erit, & opera ejus usuarius utatur in taberna ad merces emendas & vendendas, aut si jussu usuarii per traditionem accipiat, usuario acquirit, cum hac opera in re sua usuarius utatur, *l. per servum.* 14. *in pr. l. si ita.* 16. §. 2. *l. servus.* 20 *eod.*

Idem scilicet juris est & in jumento] Jumentorum quoque usus, sicut servorum, in operis est, & quidem solis, ut equorum, mulorum, asinorum; item boum: habetque in his usuarius 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 forte de eo etiam usu testatorem sensisse appareat. Quid enim si aurigæ equitii usus legatus sit, cum sciret testator eum hujus esse instituti? *d. l.* 12. §. 4. Et si 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 & Cantiuncula; 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 usuarius: quia ea in fructu sunt. Plane ad stercorandum agrum suum pecoribus uti potest.*

COMMENTARIUS.

Pecorum vel ovium] Ἀμάξημα Triboniani; nisi legendum, *veluti ovium*, οἷον προβάτων, ut vertit interpres Græcus, & flagitat locus Pauli *d. l.* 12. §. 2. *hoc tit.* unde hic desumptus est: quippe nemini dubium est, quin appellatione pecorum etiam oves contineantur: & facetum est, quod ex Mynsingero in margine hic adscripsit Pacius, quamvis oves sint species pecorum, non propterea tamen legatum ovium esse speciem legati pecorum. VINN. Sed vix est, cur hic reus postuletur Tribonianus ἀμαξήματος. Pecus generatim omne animal denotat: & ita accipere vocabulum videtur Vinnius. Sed speciatim *pecudes* vel *pecora* dicuntur capræ & oves, a Græco πῆκος, *vellus*. Illustr. à Bynkersh. *de reb. manc. cap.* 6. *p.* 119. Et is sensus hic occurrit. *Pecora vel oves* hic junguntur tanquam synonyma. HEIN.

Neque lacte, neque agnis, neque lana] Igitur in usu pecoris, puta gregis ovilis, vaccarum aut caprarum, minimum est: nam nihil ex iis, quæ in fructu harum pecudum sunt, usuarius sumere potest: sed tantum ad stercorandum agrum suum, quo pinguior & fœcundior fiat, his uti: & insuper modico etiam lacte, neque enim tam stricte voluntates interpretandæ. *d. l.* 12. §. 2. Cumque cæterarum rerum etiam possessionem tradi usuario 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 ususfructus, sed quasi proprium aliquod jus: quanquam habitationem habentibus, propter rerum utilitatem, secundum Marcelli sententiam nostra decisione promulgata, permisimus non solum in ea degere, sed etiam aliis locare.

NOTÆ.

5. *Nostra decisione*] Ex constitutione Justiniani habitatio usumfructum ædium imitatur, ut & locari possit; & consequenter etiam vendi & gratis alteri concedi, jure ipso apud eum, cui constituta est manente: nihil enim interest. Constitutio extat in *l.* 13. *C. de usufr.*

COMMENTARIUS.

1. *Falso à nonnullis negari, habitationem esse speciem servitutis personalis.*
2. *Habitationem tam vendi & gratis concedi, quam locari posse.*

REstat ultima species servitutis personalis, habitatio. Ea est jus in ædibus alienis habitandi cum personis quoquo modo ad nos pertinentibus. Etenim effectu idem penè est habitatio, quod usus ædium: easdemque personas, qui habitandi jus habet, recipere potest, quas usuarius. *l.* 10. *hoc tit.* Constituitur quoque habitatio iisdem modis, quibus usus & ususfructus, iisdemque modis finitur, excepto quod non finiatur non utendo, *d. l.* 10. quod ideo placuit, quia habitatio magis in facto, quam in jure consistit, *l. pen. de cap. min.* ex quo est, quod legatæ habitationis dies non semel cedat, sed per dies singulos, perinde ut ususfructus in singulos dies relicti, *l.* 1. *pr. quand. dies us. leg. ced. & arg. d. l. pen. de cap. min.* ut plura hic sint legata, & quasi nova singulorum dierum habitatio: ob quam etiam causam nec capitis deminutione (scilicet minima) olim amittebatur, *d. l. pen. & d. l.* 10. Ex constitutione autem Justiniani nec usus nec ususfructus ita perit, *l. pen. C. de usufr.* ut 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 ususfructus; licet olim parum distaret ab usu, *d. l.* 10. Hodie per constitutionem Justiniani *l.* 13. *C. de usufr.* ad usumfructum prope accedit. Sunt tamen qui negant, habitationem esse speciem servitutis personalis, & omnino servitutem esse: quoniam duæ tantum personarum servitutes memorantur à Marciano *l.* 1. *de serv.* Sed ille vel exempli causa duas istas duntaxat retulit, vel sub usu etiam habitationem comprehendit, quia jure veteri habitatio effectu idem erat, quod usus, auctore Ulpian. *d. l.* 10. Quod autem ajunt, de servitute tam personali 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 usuifructui in dies aut menses singulos legato; *d. l. pen.* Si igitur is, cui in dies aut annos singulos ususfructus legatus est, eum confessoria vindicare non prohibetur; cur non & confessoria pro habitatione competat ei, cui ea legata est? Nec verum est, quod Hotomannus scribit, usum & usumfructum servo aut filiofamil. legatum, domino aut patri acquiri; habitationem non acquiri: idque liquet vel ex ipsa, quam citat, *l.* 9. *quand. dies leg. 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 præſ. 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?

Quanquam habitationem habentibus, &c. etiam aliis locare] Hoc eſt, quamvis in hoc habitatio ex noſtra conſtitutione uſumfructum imitetur; quod eam alteri locari permiſimus, *l. cum antiquitas. 13. C. de uſufr.* Poterit 2
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 uſusfructus vendi aut donari poſſet: & ſi nihil aliud obſtaret, uſus quoque locari aut vendi non prohiberetur: ſed in uſu ſpectatur conditio perſonæ uſuarii & indigentia pro modo familiæ ejus: alius autem alio numeroſiorem familiam habet, & pluribus indiget; nec una omnium conditio, ut rectè D. Connan. 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 πονηρᾷ ἐνθέσει. non enim de habitatione jam alicui conſtituta, & ab eo, cui conſtituta eſt, alteri commodata illic agitur, ſed de commodata aut gratis alicui conceſſa demum à domino ædium: quomodo locos iſtos etiam accepit D. Bachovius.

TEXTUS.

Tranſitio.

6. *Hæc de ſervitutibus, & uſufructu, & uſu, & habitatione dixiſſe ſufficiat. De hæreditatibus autem & obligationibus ſuis locis proponemus. Expoſuimus ſummatim, quibus modis jure gentium res acquiruntur: modo videamus, quibus modis legitimo & civili jure acquiruntur.*

NOTÆ.

6. *Legitimo & civili jure*] Antiquitatis ſtudioſi conſulant Budæ. *in Pand. ad l. 2. §. & cum placuiſſet. 24. de orig. jur.*

COMMENTARIUS.

DUplex tranſitio, & utraque perfecta: in epilogo prioris reſpicitur ad *tit. de reb. corp. & incorp.* hujus libri ſecundum: ubi cum non tantum ſervitutes prædiorum, uſus & uſusfructus inter res incorporales numerentur, verum etiam hæreditas & obligationes, ac de ſervitutibus, uſufructu & uſu hactenus tractatum ſit: videri poterat, nunc protinus de hæreditatibus & obligationibus dicendum eſſe: ſed in propoſitione, ſeu membro ſequenti, harum rerum tractationem in alium locum rejicit: 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 creditori 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 ἐφεξῆς. Modi acquirendi jure civili vel ſingulares ſunt, vel univerſales. Singulares, quibus acquiruntur res ſingulæ: univerſales, quibus una acquiſitione, tanquam per averſionem, acquiruntur bona alicujus univerſa: de quo genere acquiſitionis agere incipit *inf. §. ult. tit. 9.* hujus libri. Modi acquirendi jure civili res ſingulas duo tantum ab Imperatore exponuntur, uſucapio *tit. ſeq.* & donatio *tit. 7.* Cur de legatis & fideicommiſſis, quæ huc alioqui pertinent, nunc non ſimul tractare voluerit, dicetur *d. §. ult.* Pertinent item huc & 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, morientе abſque hærede, pars deficientis conſorti accreſcit, *l. un. C. ſi liberal. imp. ſoc. ſin. hæred. 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.* Boet. *ad d. loc. Ciceronis*, jam tempore Juſtiniani exoleverant. Antiquitatis ſtudioſi adeant D. Ant. Contium. 1. *diſp. 12.* clariſſ. Salmaſ. *c. 8. de uſur.*

TITULUS SEXTUS

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?*

Inter

INter acquisitiones juris civilis vel prima & præcipua est usucapio. Nam etsi ea Græcis quoque non incognita fuit, eamque etiam Plato *lib. 12. de legib. p. 697.* in suam invexit rempub. tamen civili tantum ratione, non etiam pure 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 dominii per continuationem possessionis temporis lege definiti. Quid singula definitionis sibi velint, dicetur postea in explicatione §. *diutina. 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 pers. cuiq. acq.* Conferuntur item, & conjunctim ista duo appellantur à Cajo *l. qui alienam. 54. in pr. de evictionib.* Hoc tantum interest, quod Cajus 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 reti-
2 nuit 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 immobilibus Italici soli tantum, in mobilibus omnibus. Præscriptio frequentabatur in prædiis duntaxat provincialibus. Usucapio rerum mobilium anno terminabatur, immobilium biennio. Præscriptio consummabatur decem annis inter præsentes, viginti inter absentes. Usucapio possessorem dominum efficiebat. Præscriptio possessori non dominium tribuebat; sed jus aliquod dominio simile & proximum: de quo dicam plenius postea. Hasce differentias sustulit Justinianus, servato uno discrimine rerum mobilium & immobilium. *l. un.*
3 *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:
4 & 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 quadriennii fiscali.

TEXTUS.

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 uno; si immobilis, biennio tantum in Italico solo usucaperet: ne rerum dominia in incerto essent. Et cum hoc placitum erat, putantibus antiquioribus, dominis sufficere ad inquirendas res suas præfata tempora, nobis melior sententia resedit, ne domini maturius suis rebus defraudentur, neque certo loco beneficium hoc concludatur. Et ideo constitutionem super hoc promulgavimus, qua cautum est, ut res quidem mobiles per triennium; immobiles vero per longi temporis possessionem, (id est, inter præsentes decennio, inter absentes viginti annis) usucapiantur. Et his modis non solum in Italia, sed etiam in omni terra, quæ nostro imperio gubernatur, dominia rerum justa causa possessionis præcedente acquirantur.

NOTÆ.

Bona fide] In quo tempus traditionis inspicitur: at in emptione etiam, quo contrahitur. *l. 2. pr. D. pro empt.*

Crederet dominum esse] Aut jus vendendi habere, puta procuratorem aut tutorem esse. *l. 109. de verb. sign.*

Biennio] Lex 12. tabb. usucapionem fundi jubebat esse biennium: cæterarum rerum annum Cic. *pro Cæc. cap. 19. & 26. & in Top. cap. 4.* de quo vid. Bud. *ad l. 63. D. de evict.* Cont. 1. *disp. 10.* Salmas. *c. 8. de usur.*

Justa causa] Id est, justo titulo: nam titulus est possessionis causa, *l. 7. C. de acquir. possess. l. 24. C. de rei vind.*

Dominia acquirantur] Recte igitur adhuc definietur usucapio cum Modest. *l. 3. D. h. t.* adjectio dominii per continuationem possessionis temporis lege definiti.

COMMENTARIUS.

1. *Auctoritatis verbo quid lex. 12. tabb. intellexerit.*
2. *In persona usucapientis qua necessaria: & de bona fide.*
3. *De*

3. *De justo titulo.*
4. *Cur prædia provincialia usucapi non potuerint.*
5. *Juris de usucapione constituti ratio & defensio.*
6. *In incerto esse, an tempora usucapioni à Justiniano præstituta apud nos quoque observanda sint.*

Ure 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 Italiæ solum finibus imperium Rom. contineretur. Credibile vero est, propagatis postea imperii finibus, Jurisconsultorum disputatione prædia Italici soli & provincialia jure auctoritatis distincta fuisse. Apud M. Ciceronem *in Top. cap.* 4. hæc leguntur; *Quoniam usus, auctoritas fundi biennium est, sic etiam ædium. At in lege ædes non appellantur.* Et *in orat. pro Cæcinna, cap.* 19. *Lex usum auctoritatem fundi jubet esse biennium.* Unde existimare licet, sic lege sancitum fuisse; *Usus, auctoritas fundi biennium esto. Cæterarum rerum annus esto.* 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, βεβαίωσιν. 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, eædem post auctoritatis tabellæ nomi-1 nantur. In lege Atinia, & in illo duodecim, *Adversus hostem æterna auctoritas esto*, verbo auctoritatis jus dominii significatur, aut jus vindicandi, Grot. *in spar. flor.* Sensus hic est, ne peregrinus dominium rerum nostrarum usucapione nobis eripere possit. Cicero *pro Cæcin. cap.* 26. *Aquæductus, haustus, iter, actus à patre, sed rata auctoritas harum rerum omnium 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 Decemviros nomine auctoritatis intellexisse jus legitimi dominii, ut sit sensus, usus, qui auctoritatem, id est, justum dominium fundi afferat, sit spacium biennii; qui cæterarum rerum, annus. Quod perinde est, ac si dixissent, *Fundus biennium possessus usucapitor: cætera res annum possessa usucapiuntor.* Cicero in *ea de Aruspic. resp. cap.* 7. *Multæ sunt domus jure optimo, sed tamen jure privato, jure hereditario, jure auctoritatis, jure mancipii, jure nexi. Jure auctoritatis* perspicuum est hic significari ipsam usucapionem, sive jus legitimi dominii per usucapionem quæsiti, non emptionem, quæ non mancipio facta est, ut vult doctissimus Salmasius *lib. de usur. c.* 8. Neque enim dici possum jure optimo domum habere, cujus ex jure Quiritium dominus non sum; & ideo jura legitima tantum Cicero commemorat. Idem vir doctissimus existimat, legem 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.* Videsis Budæ. *ad l. Herennius.* 63. *de evict.* Cont. 1. *disp.* 19. Don. 5. *com.* 20. &, qui legem 12. tabb. commentarii illustrarunt, Balduin. Hotom. Marcil.

Bona fide] In persona ejus, quem usucapere volu-2 mus, 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. bonæ 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 empt.* Cæterum sufficit, ab initio bona fide possessionem nanciscì. Jure enim civili bene cœptam usucapionem non impedit scientia rei alienæ postea superveniens, *l. un. C. de usuc. transform. l. bonæ* 48. §. 1. *de acq. rer. dom.* spectaturque in ea re initium traditionis, non contractus, *l. si is.* 15. §. *ult. l. justo.* 44. §. 2. *hoc tit.* præterquam in emptione, in qua utrumque tempus inspici placet, & quo contrahitur; & quo res traditur, *l.* 2. *pr. pro empt. l. pen. hoc tit.* Diversitatis rationem indicat Paul. in stipulatione *d. l.* 15. *in fin.* quia, inquit, concessum est stipulari rem etiam, quæ promissoris non sit, innuens, salva fide etiam scientes rem alienam stipulari nos posse: at non pati finceram fidem, ut rem alienam sciens quis emat. Et ideo huic non præstatur, *l. si fundum.* 27. *C. de evict.* VINN. An vero & dubitans in bona fide est? Negat Pontifex *c. ult.* x. *de præscr.* Sed sane non dubitat, qui scit. Ergo dum possessor dubitat, adhuc ignorat alium dominum esse, adeoque est in bona fide secundum definitionem in *l.* 109. *ff. de V. S.* HEIN.

Rom.]

Rem] *Corporalem* ſcil. nam res incorporales, veluti ſervitutes, per ſe uſucapionem non recipiunt, *l.* 14. *de ſerv. l. ſervus.* 43. §. 1. *de acq. rer. dom.* quippe in quæ 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 ſcripſi 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. via.* 23. §. 2. *de ſerv. præd. ruſt.* de aliis rebus, quæ uſucapionem non admittunt, dicam §§. *ſeqq.*

3 *Aliave juſta cauſa*] Id eſt, juſto titulo, eoque qui idoneus ſit ad transferendum dominium: eos enim qui nullo juſto titulo poſſident, ratio juris dominium quærere non 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. inſ. per quas perſ. cuique acq.* Juſta cauſa aut à privatis eſt, aut à judice, aut à magiſtratu, aut à nullo, ſed ab ipſa rerum conditione. A privatis, ſi quid ab his dominii transferendi cauſa traditur, ſolvitur, datur, derelinquitur, *l.* 3. §. *antep. de acq. poſſ.* cujus generis pleræque propriis titt. comprehenſæ in Pand. & C.. A judice in adjudicationibus; quæ fiunt in judiciis diviſoriis, 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. inſ. de off. jud.* A magiſtratu quibus in cauſis poſſeſſionem transferre poteſt: ſiquidem juſte poſſidet, qui auctore prætore poſſidet. *d. l.* 3. *in fin. l.* 11. *de 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 cohæreant, loco diſtingui non potuerunt: & conditione ſua omnes uſucapionem recipiunt. Immobilium autem quædam tales erant, ut uſucapio in iis non haberet locum: qualia erant prædia provincialia, ut mox dicemus. Quod autem brevius tempus uſucapioni rerum mobilium præfinitum ſit, quam immobilium, 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 ſcil. quemlibet patrem famil. res mobiles uno ſemeſtri recenſere, & altero, quæ deſiderantur, quærere; prædia uno anno luſtrare, & quæ ab alio poſſeſſa invenerit, altero anno recuperare. Quod & Varro *de re ruſt.* bono patrifam. faciendum eſſe monet.

Immobilis, tantum in Italico ſolo] Aut eo, quod jus Italici ſoli habebat. Nam & in provinciis fuere quædam prædia juris Italici, videlicet coloniarum, quibus jus Italicum datum erat, *l.* 1. *de cenſib.* in quibus prædiis mancipationi & uſucapioni locum fuiſſe dubitandum non eſt. His exceptis prædia provincialia ne- 4
que à poſſeſſoribus mancipio dari, neque ab alio uſucapi olim potuerunt. Nimirum quia uterque hic modus acquirendi ex jure Quiritium erat, plenumque jus & dominium Quiritiarium continebat. Poſſeſſores autem prædiorum provincialium directi domini & pleno jure non erant: ſed jus ſummum dominii populus Romanus ſibi reſervare conſueverat, cum ea bello capta veteribus dominis reſtitueret, inque argumentum retenti juris annuum iis vectigal 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 acquiſitio 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 juſtale, 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. Repetantur, 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 juſtum & 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 5
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. pluv.* & ideo Cicero in *orat. pro Cæcin. cap.* 26. uſucapionem appellat *finem ſollicitudinis & 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 abunde dominis ſufficerent ad inquirendas res ſuas, eaſque ſibi afferendas, & poſſeſſionem alterius interpellandam. Quod ſi facere negligant, & patiantur uſucapi, 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 præſc. long. temp.* Privatum enim damnum, quod

ex uſucapione eſt, penſatur egregio publico, in quo vera & ſolida utilitas continetur, & cujus proinde prima ratio habenda. Atque hæc hujus acquiſitionis defenſio ſit contra eos, quibus ea genere ipſo injuſta videtur. Appellat ſane Juſtinianus præſcriptionem *impium præſidium & improbam temporis allegationem*, *Nov.* 9. verum non ſimpliciter, ſed quatenus eo præſidio homines ſcienter abutebantur contra conſtitutionem ipſius, & adverſus bona ac ſubſidia Eccleſiarum. Poſtea tamen conſtitutionem iſtam abrogavit, experimento doctus, eam ex uſu reipubl. non eſſe. *Nov.* 111. & 131. *cap.* 6. VINN. Nec tamen defendi non poteſt uſucapionis juſtitia: ſi reſpiciamus ad ejus fundamentum. Qui intra tantum temporis ſpatium, puta intra decem vel viginti annos rerum ſuarum nullam curam egit: is ſane eas videtur pro derelictis habuiſſe: maxime quum res immobiles, earumque ſitus latere vix poſſint. Si dicas, domino defuiſſe occaſionem vindicandi, quidni poſſeſſionem ſaltim denunciatione interrupit? Ei quidem, qui rem pro derelicta habet, animum eſſe debet & conſilium derelinquendi, (quale hic in domino eſſe negant, ſed juſtiſſime leges hujuſmodi conſilium præſumunt ex negligentia domini, intra tantum temporis ſpatium rem non vindicantis. Si enim juſta ipſi cauſſa ſit, cur vindicare non potuerit, veluti abſentia reip. cauſſa, minor ætas &c. leges ipſi haut negant reſtitutionem in integrum & uſucapionem reſcindunt. HEIN.

Ne domini maturius rebus ſuis defraudentur] Id eſt, ne maturius res ſuas amittant, ne poſſeſſionibus ſuis citius, quam par eſt, cadant, ut eſt in *d. l. un. C. de uſuc. transform.* Uſus autem eſt verbo defraudandi propter duritiem legis antiquæ, quæ nimis anguſto temporis ſpatio uſucapionem terminabat, remque alienam excluſo domino addicebat poſſeſſori. 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 dominii in bonitarium & Quiritarium, *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 in tantum prolongavit, ut nulla juſta querimonia ſuperſit, ſi tam longo tempore continuata poſſeſſio poſſeſſorem tueatur, eique dominium adjudicat. Summa conſtitutionis eſt, ut qui rem à non domino accepit ex juſta cauſa & bona fide, eamque mobilem per triennium, immobilem per decem annos inter præſentes, per viginti inter abſentes continenter poſ-
6 ſedit, 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 præſentes annis viginti, adverſus abſentes 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 præſcript.* 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 deſiderent, *d. l.* 3. *l.* 4. *C. de præſcr.* 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 civitatum & agrorum tunc locum habuiſſe, cum prædium aliquod venditum eſſet interveniente auctoritate & cognitione Scabinorum, aliorumve, qui juriſdictioni præſunt, idque prædium per illud tempus ab emptore ſine interpellatione poſſeſſum eſſet. Longam fuiſſe tanti 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 definiri poſſit, vid. Groenew. *ad rubr. C. de præſcr.* 30. *annorum. ex ibi laudat.*

Decennio inter præſentes, viginti annis inter abſentes] Explicat quantum tempus intelligat per poſſeſſionem longi temporis, nimirum inter præſentes, id eſt, qui in eadem provincia ſunt, *l. ult. C. de præſcr. long. temp.* decem annos, inter abſentes viginti. Atque ita ſicut ex veteri uſucapione effectum ſumit & acquiſitionem veri dominii, 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 ſuperſit; præſcriptionem inquam longi temporis, quæ itidem, ut uſucapio, titulum & bonam requirebat fidem: nam præſcriptionis temporis longiſſimi, ſc. 30. vel 40. annorum, alia ratio eſt, quæ ſolo temporis lapſu poſſeſſorem tuetur.

TEXTUS.

Quæ uſucapi poſſunt vel non. De his quæ ſunt extra commercium de ſervo fugitivo.

1. *Sed aliquando, etiamſi maxime quis bona fide rem poſſederit, non tamen illi uſucapio ullo tempore procedit: veluti ſi quis liberum hominem, vel rem ſacram vel religioſam, vel ſervum fugitivum poſſideat.*

NOTÆ.

1. *Liberum hominem, &c.*] Quia hæ res omnem reſpuunt acquiſitionem, nec in bonis eſſe poſſunt. *l.* 9. *D. h. t.* §. 2. *inſ. de inut. ſtip.* Res quoque incorporales, vel-

veluti 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. *ſi ſerv. vind. l. ult. C. de præſcr. long. temp.*

Servum fugitivum] Defenditur tamen poſſeſſor fugitivi 30. annorum præſcriptione, per *l.* 3. *&* 4. *C. de præſc.* 30. *ann.*

COMMENTARIUS.

HOc §. & aliquot ſequentibus diſputatur de rebus, quæ etſi corporales ſunt, uſucapionem tamen non recipiunt: ſed quia multæ, quæ in hoc numero ſunt, hic non commemorantur, ecce tibi in ſumma omnes exhibebo. Quarundam rerum ea natura eſt, ut omnem omnino acquiſitionem, qualiſcunque ea ſit, reſpuant, & conſequenter ſimul uſucapionem: cujuſmodi ſunt, quæ commercio humano ſunt exemptæ, ac proinde in bonis haberi non poſſunt, ut homo liber, res ſacræ, religioſæ, ſanctæ, publicæ populi aut civitatum, *l.* 4. *l.* 6. *de contr. empt. l.* 9. *hoc tit.* Quædam etiam res ſunt, quæ cum ſint in bonis & acquiri poſſint, uſucapi tamen non poſſunt, lege earum uſucapionem prohibente. In hoc genere ſunt res fiſci, §. 4. *inf. l. quamvis.* 18. *eod.* res dominicæ. *tit. C. ne rei dom. vel templ. vind.* civitatum, Eccleſiarum, gerontocomiorum & locorum ſimilium, *l.* 23. *C. de ſacroſanct. Eccleſ. Novell.* 9. 111. *&* 131. *c.* 6. res furtivæ & vi poſſeſſæ, §. *ſeq.* præſidi contra legem Juliam datæ, *l. bona.* 48. *de acquir. rer. dom. l. pen. de leg. Jul. rep.* res pupillorum, *dict. l.* 48. *l.* 3. *C. quibus non obſt. long. temp. præſc.* quin nec præſcriptio 30. annorum contra pupillos currit, *l.* 3. *C. de præſc.* 30. *ann.* res minorum 25. annis, *l. ult. C. in quibus ca. in int. reſt.* bona adventitia filiifam. *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 Tryphoninus in *l. ſi fundum.* 16. *eod. tit.* Poſtremo res teſtamento alienari prohibitæ. *l.* 2. *C. pro empt. l. ult.* §. *ſin autem.* 3. *C. com. de legat.* Jam pergamus.

Liberum hominem] Sola temporis longinquitate, etiamſi ſexaginta annorum curricula exceſſerit, libertatis jura non mutilari à Conſtantino reſcriptum eſt. *l. ult. C. de long. temp. præſc. quæ pro lib.* Meminit Imp. 60. annorum, non quia longioris temporis lapſu libertati præſcribatur; ſed quia raro homines diutius vivunt. Etenim nec centum annorum præſcriptio hic ſufficerit, ut bene iſtic Accurſ. quoniam nulli omnino hic locus eſſe titulo poteſt. Poſſeſſores 30. annorum defenduntur exceptione temporis, quæ omnes excludit actiones, etiamſi nec titulus probetur, nec bona fides, *l.* 3. *l.* 4. *C. de præſc.* 30. *ann.* Cæterum res ipſas, quæ poſſidentur, tales eſſe oportet, ut juſto titulo acquiri, & dominio noſtro ſubjici poſſint.

Servum 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.* Accurſius putat, dominum ne 30. quidem annorum præſcriptione excludi, eo quod poſſeſſionem fugientis ſervi retineat. *l.* 1. §. *per ſervum.* 14. *l. rem. quæ* 15. *in fin. de acq. poſſ.* Quod ineptum eſt. Nam cum de uſucapione aut præſcriptione quæritur, neceſſe eſt, ejuſmodi caſus ponatur, quo alius ſervi poſſeſſionem nactus ſit. Hoc vero cum fit, 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 inhibent uſucapionem; vi poſſeſſarum, lex Julia & Plautia. Quod autem dictum eſt, furtivarum & vi poſſeſſarum rerum uſucapionem per leges prohibitam eſſe, non eo pertinet, ut ne ipſe fur, quive per vim poſſidet, uſucapere 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 bonæ fidei poſſeſſoribus uſucapio competat. Nam qui ſciens alienam rem vendiderit, vel ex alia cauſa tradiderit, furtum ejus committit. Sed tamen id aliquando aliter ſe habet. Nam ſi 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 ancillæ uſusfructus pertinet, partum ſuum 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 vi nanciſcatur, quamvis ipſe mala fide poſſideat, (quia intelligit, ſe alienum fundum occupaſſe) tamen, ſi alii bona fide accipienti tradiderit, poterit ei longa poſſeſſione res*

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, principalibus 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 *ſparſ. Flor.* eſt jus vindicandi. VINN. Recte hæc lex dicitur *Atinia:* non *Atilia*, uti apparet ex Gell. *Lib.* XVII. *Cap.* VII. Ex quo etiam diſcimus, hanc legem antiquiorem eſſe temporibus Scævolæ, Bruti, Manilii, P. Nigidii, JCtorum. Vero ſimile itaque eſt eam latam A. U. C. IↃLVI. C. Cornelio Cethego, & Q. Minucio Rufo Coſſ. à C. Atinio Labeone, Tribuno plebis. Steph. Vin. Pigh. *Annal. Rom. Tom. II. p.* 255. HEIN.

Ab eis bona fide emerit] Aut ab aliis, qui jam ante à fure aut violento poſſeſſore rem acceperunt.

Bona fide accipienti] Species: Cum Titius longo tempore abeſſet, fundumque ſuum incultum relinqueret, eum Sejus occupavit: ac mox vendidit & tradidit Sempronio ignoranti 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. VINN. Sunt hæc ex Theophili paraphraſi h. §. deſcripta. HEIN.

Quorundam ſententia] *l.* 38. *h. t.* Inter hos & Sabinum fuiſſe teſtatur Gellius *l.* II. *c. ult.*

COMMENTARIUS.

1. *Aliquo caſu qui ſciens rem alienam vendit, furtum facere non videri.*
2. *Emendationem Cujacii verſ. Quod autem: non eſſe neceſſariam.*

FUrtivarum rerum *lex* 12. *tabb. & lex Atinia*] Utriuſque hujus legis etiam meminit Julian. *l. non ſolum.* 33. *in pr. hoc tit.* Verba legis Atiniæ prodit Gellius *lib.* 17. *c.* 7. *Quod ſurreptum erit, ejus rei aterna 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. cap.* 12. legimus; *Adverſus hoſtem aterna auctoritas eſto.* Proculdubio autem lege Atinia quædam addita ſunt, de quibus prius lege duodecim nihil cautum fuerat: & Paulus legi Atiniæ tribuit hoc caput, quod eſt de uſucapienda re furtiva, cum in poteſtatem 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 Papiria, Papia 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 vacuam poſſeſſionem intraverit, poterit id prædium, etiam antequam in domini poteſtatem redeat, à bonæ fidei poſſeſſore uſucapi, *l.* 4. §. *ſi tu.* 22. *l.* 33. §. 2. *eod.* VINN. Recte notat Vinnius binas has eſſe leges: & tamen illarum, tanquam unius meminerunt leges noſtræ etiam alibi, *l.* 33. §. 2. *ff. de uſurp. & uſuc. Plautia*, vel Plotia de vi lata eſt a M. Plautio, Trib. pl. anno U. C. IↃCLXIV. Cn. Pompejo Strabone & L. Porcione Catone Coſſ. Julia autem non alia eſt, quam illa de vi publica & privata a Julio Auguſto lata. Vid. *Antiqu. Rom. noſtr. Lib. II. tit.* VI. §. 5. *p.* 405. HEIN.

Quod autem dictum eſt] Superfluum, hoc monere. Fruſtra enim prædictæ leges latæ fuiſſent, ſi nihil aliud caverent, quam ut ne fur ipſe; aut qui per vim poſſidet, uſucapere poſſent. Quippe, qui nec ante legem Atiniam aut Plautiam uſucapere potuerunt certo jure, propter malam fidem, quam manifeſtum eſt uſucapioni ſemper obſtitiſſe. Hoc tantum proſpicere leges voluerunt, ne maleficium alienum cauſam daret rem alienandi.

Ne ullus alius, quamvis ab eis 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.* 11. *C. de acq. poſſ.* Ut autem à bonæ fidei poſſeſſore uſucapi poſſit, talem eſſe oportet, ut in ſe non habeat vitium, §. *noviſſime.* 5. *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 repellet: ſic enim conſtitutum eſt de actionibus omnibus, ſive in rem ſint, ſive in perſonam, ut triginta annorum jugi ſilentio præſcriptione excludantur: uſque adeo, ut in rebus poſſeſſis hoc etiam ipſis malæ fidei poſſeſſoribus tribuatur, l. 3. *l.* 4. *C. de præſc.* 30. *ann.* quanquam id ſecta noſtrorum temporum non admittit.

Unde in rebus mobilibus non facile procedit] Quia rerum mobilium tantum, non etiam immobilium, furtum fieri poteſt, inde colligit, uſucapionem in rebus mobilibus difficilius & rarius contingere, hoc argumento, quod res, quæ furto obnoxiæ ſunt, etiam facile in furti vitium cadunt: quiſquis enim rem alienam mobilem ſciens quacunque ex cauſa alii tradit, eum furtum committere; quod etiam ſcriptum eſt *l.* 1. *C. pro empt. l.* 2. *C. pro donat.*

Qui ſciens rem alienam vendiderit] Videamus, an non aliquo caſu hæc regula vitietur. Finge hæredem rem defuncto commodatam, quam hæreditariam eſſe putabat, vendidiſſe & tradidiſſe bona fide accipienti: emptorem, cum eſſet in conditione uſucapiendi, cognoviſſe, rem alienam eſſe. Conſtat, non interrum-

pi

pi uſucapionem : ſed quæro , an , ſi poſſeſſor eam rem, antequam uſucapionem impleret, alteri iterum vendiderit, furtum facere dicendus ſit? Et quidem, quam diu res uſucapta non eſt, aliena eſt, ut ſi verba regulæ præciſe ſequamur, dicendum ſit, furtum committi: ſed puto, hoc in propoſito non debere admitti; & regulam procedere, cum quis ab initio ſcivit, rem alienam eſſe; qui cum uſucapere non poſſit, intelligitur vendendo rem velle intervertere domino: nam etſi ſibi eam retineat intervertendi cauſa, furtum facit. *l. inficiando.* 67. *de furt.* At vero qui bonum initium habet, cum poſſit ipſe continuando poſſeſſionem rem uſucapere, non poteſt videri furtum committere, ſi alteri eam tradat. Cujac. *ad l.* 7. §. *procurator.* 6. *pro empt.*

Sed tamen id aliquando aliter] Dixit modo rerum mobilium difficilem eſſe uſucapionem, idque probavit hac ratione, quod res alienæ mobiles difficulter transferantur, quin in vitium furti cadant. Id nunc oſtendit aliquando aliter ſe habere, & non uno etiam modo 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. *h. tit.* non iiſdem quidem verbis, ſed idem ſignificantibus, æque claris ac perſpicuis. Quod ideo moneo, quia Hotomannus ſcribit, Tribonianum hoc loco non ſatis ad ſuum negotium attentum fuiſſe, & verba hujus textus nihil ſignificare. Mihi ipſe Hotomannus, dum hæc ſcriberet, vigilaſſe non videtur.

Bona fide accipienti vendiderit aut donaverit] Duos profert modos, quibus alienatio rei alienæ mobilis fit abſque furto: utrumque ex Cajo *d. l.* 36. Unus hic eſt, ſi hæres rem defuncto commodatam, locatam, aut apud eum depoſitam, exiſtimans, eam hæreditariam eſſe, tanquam ſuam alienaverit. De hærede ipſo rem talem retinente nihil dicit, quia ad probandum, quod propoſitum erat, ſine vitio furti aliquando rem alienam transferri poſſe, hoc nihil facit. Nos, an hæres ipſe hujuſmodi rem uſucapere poſſit, videbimus poſtea ſub §. *diutina* 7. *inf. eod.*

Partum ſuum eſſe credens] Caſus hujus generis alter. Partus 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. nunquam.* 31. *hoc tit.* Cæterum ſi partum ſuum eſſe credens, forte errori cauſam præbente, quod fœtus pecudum ad fructuarium pertinet, alteri eum vendiderit, poterit à bonæ fidei poſſeſſore uſucapi, *d. l.* 36. §. 1. quippe cum hic nihil ſit in perſona accipientis, quod uſucapioni obſtet, neque furti vitio res affecta ſit: non enim, ſi fructuarius ignorantia juris partum, ut ſuum, vendat, idcirco eum furtivum facit. Quippe cum furtum non committatur ſine animo & affectu furandi, qui in errante nullus eſt, *l. furtum.* 37. *eod.* §. *placuit.* 7. *inf. de obl. quæ ex del.* vulgatumque eſt, quamvis vel fatuam exiſtimationem excuſare à dolo, *per l.* 1. *in fin. de abigeis*, *l.* 14. *C. ad l. Fab. de plag.*

Aliis quoque modis accidere 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. *mandat.* 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 obſtet uſucapioni, quod emptor ſciverit, rem in ea cauſa eſſe: quia quaſi volente & concedente domino venditur, *d. l.* 5. *pro derel.*

Quod autem ad eas res, quæ ſolo continentur, expedit, jus ita procedit, ut, ſi quis] D. Cujacius hunc locum ſic reſtituit: *Quod autem ad eas res, quæ ſolo continentur, expeditius procedit, ut quis, &c.* Ut hæc phraſis, *quod ad eas res, quæ ſolo continentur*, ſit elliptica, & intelligatur verbum *attinet*, & quia tunc nondum totius loci ſententia conſtat, inter colon & conjunctionem diſcretivam, *quamvis*, ponit relativum *qui*. Ut ſit hæc ſententia; Expeditius procedit, ut quis ſine vi nanciſcatur rei alienæ immobilis poſſeſſionem, quam rei mobilis ſine furto; ac proinde etiam facilius eſt, ut res immobiles à bonæ fidei poſſeſſore uſucapi queant. Quæ ſententia quidem vera eſt: ſed non ideo neceſſe eſt quicquam mutari. Nam & lectionis vulgatæ recta eſt & aperta ſententia, atque effectu pene eadem: nimirum hæc; *Quod ad res immobiles attinet.* Pro quo Tribonianus dixit, *Expedit, jus ita procedere, ut ſi quis fundi aut loci alieni poſſeſſionem nactus ſit ſine vi, licet mala fide, de quo dubitari præcipue poterat, is eum locum aut fundum in alium bona fide accipientem transferre poſſit cum conditione uſucapiendi, in qua ipſe propter malam fidem non erat: quoniam neque vi poſſeſſum accipitur, neque furtivum; cum rerum immobilium furtum fieri non intelligatur, l. furtum.* 37. §. 1. *& l. ſeq. hoc tit.* Unde hæc ſumpta ſunt. In re autem aliena mobili ſecus eſſe, quæ à ſciente vendita in vitium furti cadat. Quamobrem cauſam non video, cur reſtitutio Cujacii quibuſdam tantopere placeat. VINN. Aſt quis vel barbaro ævo ita loquutus eſt: *Quod ad hanc rem expedit*: pro *attinet*? Recte itaque Cujacius vidit hic ellipſin eſſe: *quod autem ad eas res quæ ſolo continentur*, (ſcilicet attinet:) Recte etiam pro *expedit jus* reſcripſit *expeditius*. Sed ego poſtremas ſyllabas: *expedit*IUS ex lege geminationis legendas puto: *expeditius jus ita procedere*, quo facto ſine ulteriore emendatione totius loci ſententia conſtat. HEIN.

Vacantis propter abſentiam aut negligentiam] Simplex abſentia domini poſſeſſionem vacuam non facit: quippe quam conſtat ſolo animo retineri, *l* 3. §. *ſaltus.* 11. *l.* 6. §. 1. *de acq. poſſ.* §. *poſſidere.* 5. *inf. de interd.* Quapropter locus hic intelligendus eſt de abſentia domini diuturna, rem ſuam penitus negligentis & relinquentis 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 fit 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, correcta eſſe per *l. ult. C. und. vi.* eoque

nomine etiam vulgo reprehenditur. Non enim ideo, quia Juſtinianus interdictum momentaneæ poſſeſſionis dedit adverſus eum, qui vacantem poſſeſſionem occupavit, ſtatim pronuntiandum eſt, eum in cæteris quoque omnibus pro invaſore & violento poſſeſſore habendum eſſe. Et poteſt aliquo caſu etiam ubi competit interdictum unde vi, locus eſſe uſucapioni. *l.* 4. §. *ſi tu me.* 22. *l. non ſolum.* 33. §. 2. *hoc tit.* Adde, quod conſtitutio iſta diutius anno ante Inſtitutiones edita fuit, ut oſtendit ſubſcriptio.

Sine ſucceſſore deceſſerit] Ita etiam Cajus *dict. l.* 37. §. 1. *eod.* Sine ſucceſſore autem ſic accipiemus, non tantum ſi quis deceſſerit ſine ullo ſucceſſore, ſed etiam ſi certum ſucceſſorem reliquerit, legitimum aut teſtamentarium hæredem, quamdiu is rerum hæreditariarum 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, cœptam uſucapionem à defuncto poſſe & ante aditam hæreditatem impleri, *l. captam.* 40. *hoc tit.* ut proinde non videatur poſſe rem interim ab alio poſſideri: quoniam duo eandem rem ſimul poſſidere nequeunt, *l.* 3. §. *ex contrario.* 5. *de acq. poſſ.* Hoc enim, ut alibi traditum eſt, tunc procedit, quando medio tempore poſſeſſio ab alio occupata non eſt, *l. poſſeſſio.* 20. *hoc tit. l.* 6. §. *ult. pro empt.* Deinde de re loquimur, quæ defuncti propria fuit, non quam ille poſſidebat tantum & cœperat uſucapere.

Abolita eſt ſententia exiſtimantium] In hac opinione etiam Maſſurium Sabinum fuiſſe teſtatur Gell. *lib.* 11. *cap. ult.* non quod ille credidit fundum 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 φῶς, per affinitatem literarum, quod ἀπὸ τὸ φόρειν Græci dixere, *l.* 1. *de furt.* §. 2. *inſ. de obl. quæ ex del.* Gell. *lib.* 2. *cap.* 8. quæ notatio non patitur, ut rei immobilis furtum fieri dicamus. Quin nec illud verum eſt, poſſeſſionem domino interverti, ſi quis clam fundum ingreſſus fuerit, *l.* 6. §. 2. *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 fere integrum quid ſignificant, agrum cum villa, ædificium cum area: per locum autem certam fundi portionem, *l locus.* 26. *de acq. poſſ.* & plerumque agrum aut aream, qui loci ſunt ſine ædificio, in urbe area, ruri ager, *l. ager.* 27. *l. locus.* 60. *l quæſtio.* 115. *l. fundi.* 211. *de verb. ſign.* quanquam hæc non ſunt perpetua, & loci ſignificatio ſæpè generalior, quam fundi, etiam apud noſtros. *l.* 4. *ſi ſerv. vind. l.* 1. §. 4. *und. vi.* Conſulendi Alciat. Forn. Gœdd. *in tit. de verb. ſign.*

Principalibus conſtitutionibus] Tum quibus poſſeſſores rerum ſoli longi temporis, id eſt, 10. vel 20. annorum poſſeſſione defenduntur, *tit. C. de 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. *an.* Illud hic monendi ſumus, Juſtinianum *Nov.* 119. *c.* 7. unde ſumpta eſt *auth. malæ fidei. C. de præſc. long. temp.* hactenus juris ejus, de quo proximè egimus, conſtitutioni derogaſſe, ut ſi à poſſeſſore malæ fidei res alienata ſit, non aliter ab eo, qui eam etiam bona fide accepit, uſucapi aut longa poſſeſſione 10. vel 20. annorum acquiri poſſit, 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. auth.*

TEXTUS.

De vitio purgato.

3. *Aliquando etiam furtiva, vel vi poſſeſſa res uſucapi poteſt; veluti ſi in domini poteſtatem reverſa fuerit: tunc enim vitio rei purgato procedit ejus uſucapio.*

NOTÆ.

3. *In poteſtatem domini*] Non utique ejus, cui ſurrepta eſt, *l.* 4. §. 6. *h. t. 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 juſte, ut avelli non poſſit, & tanquam ſuæ rei, *d. l.* 4. §. 2.

COMMENTARIUS.

1. *Si res pignori data ſurrepta ſit, utrius in poteſtatem redire debeat, ut vitium purgetur, 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 autem.* 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 reſtituatur in poſſeſſionem. *fac. l.* 6. §. 3. *de precar.* Res contra legem repetundarum data neceſſe eſt ut revertatur in poteſtatem ejus, à quo profecta eſt, herediſve ejus,

d. l.

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* 6. quippe furtum in re furtiva solum dominium lædit: cui proinde soli etiam de re furtiva condictio competit. §. *ult. inf. de obl. quæ ex del.* Planè nihil interest, utrum in potestatem domini aut possessoris res pervenerit, an quocumque modo his satisfactum sit. *d. l.* 4. §. *fed & si.* 13. *l. si fur.* 32. *pr.* 1 *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.* 6. Labeonis quoque eadem sententia est, *l. ult. eod.* Idem tamen Paulus *d. l. ult.* notas ad Labeonem scribens contra affirmat, rem pignori datam & surreptam usucapi posse, si in potestatem creditoris redierit. Sed hæc non magno negotio conciliari possunt. Refert enim, utrum debitor ipse, an alius rem creditori, surripuerit. Posteriore casu semper necesse est, ut vitium purgetur, in potestatem debitoris rem reverti, *d. l.* 4. §. *quod autem* 6. 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, etiamsi 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.* 21. 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, & deindè 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.* 21. *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 pignore.* 22. §. 2. *de pign. act.*

Textus.

De re fiscali & bonis vacantibus.

4. *Res fisci nostri usucapi non potest: sed Papinianus scripsit, bonis vacantibus fisco nondum nuntiatis, bonæ fidei emptorem traditam sibi rem ex his bonis usucapere posse, & ita divus Pius, & divi Severus & Antoninus rescripserunt.*

Notæ.

4. *Res fisci*] *l.* 18. *l.* 24. §. 1. *h. t.* Sunt & aliæ, ut res Dominicæ, *C. ne rei 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.* præsidi contra leg. Juliam datæ, *l. pen. de leg. Jul. rep. l.* 48. *de acq. rer. dom.* bona adventitia filiifam. *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.*

Inter res, quæ juris constitutione usucapioni obnoxiæ 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 comparantur, §. *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. ut inter.* 23. *C. de Sacros. Eccl.* civitatibus hoc privilegium dedit, ut adversus eas nulla procedat temporis præscriptio, præterquam 100. annorum: quo jure vel magis fiscum uti oportet. Idem jus eodem loco concedit etiam ecclesiis: & confirmat *Nov.* 9. 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 Sacros. Eccles.* 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.* 12. *C. ad leg. Corn. de falsi.* ita etiam persecutio bonorum damnati, aut adnotati, quam fiscus habet: eoque refero *l. in omnibus.* 13. *de diversi. temp. præscr.* quamvis D. Cujac. eam accipiat de causis fisci civilibus, quas omnes scribit 20. annis extingui, excepta causa commissi & bonorum vacantium, *l.* 2. *C. de vect. & comm. l.* 1. §. 2. *de jur. fisc.*

Bonis vacantibus] Bona vacantia dicuntur eorum, qui sine hærede decesserunt. Strabo *lib.* 17. *Geograph.* ἀδέσποτα vocat, Harmenopulus ἀκληρονόμητα, *lib.* 3. *tit.* 1. §. 18. Hæc ex lege Julia caducaria ad fiscum pertinent,

tinent, *l. quidam.* 96. §. 1. *l. filiusfam.* 114. §. 2. *de legat.* 1. *l.* 1. *de jur. fisc. l.* 1. *C. de quadr. præscr. l.* 1. *C. de bon. vac. &c.* Jus occupandi bona vacantia inter regalia numeratur *lib.* 2. *Feud. tit. quæ sint regal.* Erant autem certi delatores, qui hujusmodi bona aliamve rem ad fiscum pertinentem præmii alicujus gratia nuntiabant, *tit. de jur. fisc. passim.* similes fere antiquis quadruplatoribus, de qua voce vide *Fest.* Bonorum vacantium numero habenda etiam bona caduca nondum nuntiata, ita dicta, quod in fiscum certis de causis cadunt. Verum caduca penè à Justiniano sublata sunt, *l. un. C. de cad. toll.*

Fisco nondum nuntiatis] Nempe à delatoribus, qui nunciabant, aliquid cecidisse in fiscum, *passim tit. de jur. fisc.* 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 nunciata 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 quadrien. præsc. l.* 1. §. 2. *de jur. fisc. l.* 10. *de div. tem. præscr.* Nam olim quidem hic sua utilitas & præscriptioni quadriennii & usucapioni anni aut biennii adversus fiscum fuit: præscriptioni in eo, quod fisco ea obstabat sine consideratione bonæ aut malæ fidei possessoris: quippe cum hoc tempus actioni fisci præstitutum esset, uti quinquennium vindicandæ rei, quæ in commissum cecidisset, *l.* 2. *C. de vect. & comm.* usucapioni in eo, quod breviori tempore implebatur. Si vero idem tempus in usucapione rerum immobilium vacantium adversus fiscum desideramus, quod aliarum hujus generis rerum usucapioni Justinianus præstituit, poterit fiscus usque ad 10. annos quæstionem de his rebus movere, neque amplius finietur nuntiatio quadriennio. Et tamen vix dubito, quin hæc mens Justiniani fuerit: argumentoque est, quod Tribonianus in *l. quamvis.* 18. *hoc tit.* pro eo, quod Modestinus scripserat, *usucapiet*, reposuit, *diutina possessione capiet:* uti primæ notæ scriptores omnes profitentur. Hæc vulgo intacta.

TEXTUS.

Regula generalis.

5. Noviſſime ſciendum eſt, rem talem eſſe debere, ut in ſe non habeat vitium, ut à bonæ fidei emptore uſucapi poſſit, vel qui ex alia juſta cauſa poſſidet.

COMMENTARIUS.

CONcluſio ſuperiorum. In ſumma autem hoc dicit, non ſufficere poſſeſſori ad uſucapionem, quod bona fide poſſideat, quod rem ex juſta cauſa ſeu titulo ad transferendum dominium idoneo acceperit, niſi res ſit integra, & in ſe nullum vitium habeat, id eſt talis ſit, quæ neque natura, neque lege uſucapioni exempta eſt, *fac. l. ubi* 24. *hoc tit. l.* 5. *C. pro empt.* De poſſeſſione, quæ fundamentum eſt & uſucapionis cauſa proxima, deque ejus continuatione, dicam ad §. *diutina.* 7. *inf.*

TEXTUS.

De errore falſæ cauſæ.

6. Error autem falſæ cauſæ uſucapionem non parit; veluti ſi quis, quum non emerit, emiſſe ſe exiſtimans, poſſideat, vel quum ei donatum non fuerit, quaſi ex donato poſſideat.

COMMENTARIUS.

JAm ante dictum eſt, nulla juſta cauſſa 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 uſuc. pro har. d. l. nullo. C. de rei vind. d. l.* 4. *C. de præſc. long. temp.* Juſtæ autem cauſæ poſſeſſionis ſunt eædem, quæ & dominii acquirendi. *l.* 3. §. 21. *de acq. poſſ.* ubi pleræque hujus generis commemorantur. Error autem falſæ cauſæ, id eſt, opinio juſti tituli, uſucapionem non parit, ſed oportet titulum revera interveniſſe: hoc eſt, non is, qui putat, ſe emiſſe, ſibi donatum aut legatum eſſe, cum non ſit, pro 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 veritatem non mutat, *l.* 6. *ad munic.* Quidam tamen veterum cenſebant, in falſa opinione tituli admittendam eſſe uſucapionem pro ſuo; ſed errare eos Celſus oſtendit *d. l.* 27. Utitur autem hac ratione, quod ubi nihil emptum, nihil donatum aut legatum eſt, uſucapio pro emptore, pro donato aut legato non valeat. Quæ ratio prima fronte inepta videri poteſt: nam illi, quos errare ait, non hoc dicunt, bonæ fidei poſſeſſorem, qui modo emptum, donatum aut legatum ſibi exiſtimet, etiamſi nihil horum ſit, pro emptore, prove donato aut legato uſucapere poſſe, ſed pro ſuo: quod ratio Celſi non videtur removere: quoniam & titulus pro ſuo juſtus titulus eſt. Explicanda igitur eſt Celſi ratio, ut appareat, ex ea etiam effici, ut in propoſito nec locus ſit uſucapioni pro ſuo. Titulus pro ſuo duplex eſt, 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, prove legato poſſidet, is ſimul ex his cauſis etiam poſſidet pro ſuo: ſed hic titulus generalis pro ſuo, pro juſto titulo poſſeſſionis non habetur, niſi concurrat alius ſpecialis, cui ille adhæreat. *l.* 1. *pro ſuo.* Jam, puto, intelligitur, quam vim ratio Celſi habeat. Nimirum remoto alio titulo ſpeciali, quem in propoſito nullum eſſe in confeſſo eſt, admitti non poſſe generalem illum pro ſuo. Cæterum hoc totum ſic acceptum eſt, ut juſtus & probabilis error poſ-

poſſeſſoris uſucapioni non obſtet, veluti, ſi ſervus aut procurator rem aliquam ſe emiſſe falſo domino perſuaſerint, quam emendam illis mandaverat; in hoc errore poſſeſſor pro emptore uſucapiet; quia in alieni facti ignorantia tolerabilis error eſt, *l. quod vulgo.* 11. *pro empt. l. ult.* §. 1. *pro ſuo.* Poteſt & in noſtro ipſorum facto talis error intervenire, ut uſucapio non impediatur, *l.* 2. §. *ſi à pupillo.* 15. *&* §. *ſeq. pro empt.*

TEXTUS.

De acceſſione poſſeſſionis.

7. Diutina poſſeſſio, quæ prodeſſe cœperat defuncto, & hæredi & bonorum poſſeſſori continuatur, licet ipſe ſciat, prædium alienum eſſe. Quod ſi ille initium juſtum non habuit, hæredi & bonorum poſſeſſori, licet ignoranti, poſſeſſio non prodeſt. Quod noſtra conſtitutio ſimiliter & in uſucapionibus obſervari conſtituit, ut tempora continuentur.

NOTÆ.

7. *Diutina poſſeſſio*] Sine poſſeſſione uſucapio non procedit. *l.* 25. *h. t.* Non autem præciſe 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.* 14. *de div. & temp. præſc.*

Hæredi 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.*

Hæredi non procedit] Quia etiam ἁμαρτίας ἐστὶ κληρονομία, 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 legitimi temporis ad uſucapionem definiti, continuam requiri.*
3. *Interrumpi poſſeſſionem duobus modis, & quis utriuſque effectus?*
4. *Ad implendam uſucapionem etiam alienæ poſſeſſionis acceſſione uti licere.*
5. *Juſtam poſſeſſionem defuncti prodeſſe hæredi, 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 removentur 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.* 4. *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. Etſi enim hi verè poſſident, *l. licet.* 17. §. 1. *depoſ. l. ſi quis.* 17. *in fin. de acq. poſſ.* tamen quoad effectum uſucapionis pro poſſeſſoribus haberi non poſſunt, quia rem non ut ſuam, non animo domini tenent. Poſſidere autem 2
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 dominii per continuationem poſſeſſionis temporis lege definiti, *l.* 3. *hoc tit.* In computatione temporis hoc obſervatur, ut non à momento ad momentum computetur, ſed dies poſtremus cœptus pro impleto habeatur, *l.* 6. *eod.* Interrumpitur poſſeſſio 3
duobus modis: uno naturaliter, veluti cum quis vi de poſſeſſione dejicitur, aut res nobis eripitur, *l.* 5. *eod. l.* 15. *de acq. poſſ.* altero civiliter per litis conteſtationem: hoc modo civiliter interrumpi poſſeſſionem dicimus, quia poſt litis conteſtationem verè & naturaliter poſſidere non deſinimus, & implemus uſucapionem, *l.* 2. *pro donat. l.* 2. §. *ult. pro empt.* ſed impleta inter moras judicii uſucapio effectu juris victo poſſeſſori non prodeſt, ſed rem reſtituere cogitur, perinde quaſi non uſucepiſſet. *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 prodeſſent, ſed à recuperata poſſeſſione tempus denuo inchoaretur; & proinde etiam, quod ad bonam fidem poſſidentis attinet, initium poſſeſſionis recuperatæ ſpectatum fuiſſe, *l.* 15. §. 2. *hoc tit. l.* 7. §. *qui bona.* 4. *pro empt.* neque ex hoc jure quicquam mutatum: Litis autem conteſtatione uſucapio non interpellabatur, ſed, ut dixi, condemnato poſſeſſore erat inefficax: lite omiſſa erat efficax. At longi temporis præſcriptio, quod facti eſſet, etiam plenè interrumpebatur lite, ut nec lite omiſſa ullius momenti eſſet, etiamſi poſt omiſſam litem ex integro is, cum quo actum erat, longo tempore poſſediſſet, *l.* 2. *l.* 3. *l. nec bona.* 10. *C. de long. temp. præſcr. l. nemo.* 10. *C. de acq. poſſ.* Sed hæc differentia ſublata eſt per *l. pen. & ult. C. de annal. exc. l. un. C. de uſuc. transfor.* An ergo & mala fides ſimpliciter incidens, quæ uſucapionem neutiquam interpellabat, *l. bonæ.* 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. & ult. C. de annali except.* Atque hactenus igitur minus eſt in nova uſucapione, quam in veteri fuit, quod nova

4 istis 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 diffimiliter de quo statim, tam successori rerum singularum, puta emptori, donatario, quam successori universi juris, ut hæredi aut bonorum possessori. *hoc text. & §. seq. l. 14. eod. l. 2. §. si defunctus. 19. & seq. pro empt. l. Pomponius. 13. §. 1. & seqq. de acquir. poss. l. de accessionibus. 14. de div. temp. præscr.*

Licet ipse sciat prædium alienum esse. Quod si ille initium justum non habuit] Hæc non ad quemvis successorem, sed ad successorem universi juris, hæredem aut bono-
5 rum 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. 11. C. de acq. poss.* Utrumque eandem rationem habet, quia scilicet hæres personam & conditionem defuncti suscipit, ita ut una persona cum defuncto censeatur. Hoc enim posito, qualitas possessionis ex persona defuncti tantum æstimanda, ut illa vel prosit hæredi, vel noceat: prosit, si defunctus bonum initium habuerit, etsi hæres non habeat; noceat, si defunctus bonum initium non habuerit, etiamsi hæres habeat: & perinde per omnia habeatur, ac si defunctus adhuc ipse possideret. Succedit itaque hæres non tantum in virtutes defuncti, sed etiam in vitia, nec ignoratione sua ea excludit, ut ait Papinianus *d. l. 11. de div. tem. præsc. & impp. d. l. 11. C. de acq. poss. Vitia possessionum*, inquiunt, *à majoribus contracta, perdurant, & successorem auctoris sui culpa comitatur.* Ex quo hoc amplius etiam intelligimus, errare eos, qui hæredem volentem uti accessione possessionis defuncti à 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. pro hæred.* neque enim negamus, posse aliquando hæredem usucapere quod defunctus non potuit: sed dicimus, non posse, quod defunctus vitiose 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 depositа: 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. & ult. C. pro hæred. l. 4. C. de præscr. longi temp.* Sed hos si sequimur, delendi erunt *tit. de usuc. pro hærede*, possuntque *dd. ll. 2. & 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 inhabili tenens, possessionis causam sibi mutare conatur, eamque rem obtentu, quasi hæreditaria esset, pro hærede usucapere; cujusmodi species proponitur *d. l. 2. §. 1. pro hærede.* VINN. Titulus pro herede qualis sit, adparet ex Pomponii verbis *l. pen. ff. pro her. Plerique putaverunt, si heres sim, & putem rem aliquam ex hereditate esse, quæ non sit, posse me usucapere.* Ponendus itaque casus, quo hæres sine mala fide vel sua vel defuncti rem alienam possidet. Tale exemplum est B. Pagenstecheri in *Admonitor. ad Pand. Part. VI. §. 160.* si ovis Titii immiscuerit se Mævii defuncti grege, inscio Mævio. HEIN.

Quod nostra constitutio 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. transf.* 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 conjungerentur, traxisse ad usucapionem, in qua olim successor singularis propter brevitatem temporis accessione possessionis auctoris sui non utebatur, per *l. si ædes. 32. §. 1. de serv. prad. urb.* In quo vix est ut Cujacio assentiri possim. Nam in *l. id tempus. 14. hoc tit.* 6 expresse 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 differentiæ meminit, quæ hac in parte sit inter usucapionem & longi temporis præscriptionem. Quin etiam disertissimis verbis scriptum à Paulo est, emptori tempus venditoris ad usucapionem procedere, *l. 2. §. pen. pro empt.* Hoc amplius Scævola etiam, emptorem servi uti accessione venditoris, *l. in accessionibus. 14. §. 2. de div. temp. præscr.* Atqui constat res mobiles anno ubique usucaptas fuisse. Nec absurdum est, in ea temporis brevitate pari spatio duorum conjuncta possessione rem acquiri, quo unius, 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 interpellet. Hæc autem omnia Triboniano adscribere magnæ temeritatis est: neque in *d. l. si ædes. 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 cœpit. Quomodo igitur defendimus, quod Justinianus ait de conjunctione temporum à se introducta in usucapionibus, similiter ut in diutina possessione? Hotomannus existimat, totam hanc disputationem ante Justinianum nihil ad usucapionem pertinuisse, sed ad longi temporis præscriptionem duntaxat: ac ne hæredi quidem tempora in usucapionibus continuata: sed id 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 obti-

obtinuit, ut nec ſcientia continuatio temporum in uſucapione impediretur, *l. hæres.* 43. *hoc tit. l.* 2. §. *ſi defunctus.* 19. *pro empt.* idque locum haud dubiè etiam habuit in uſucapione rerum mobilium: neque ſimplex ſcientia hæredis rem magis furtivam facit, 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, & maximè 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. Fabrot. *in not. ad Theoph.* Hinc ſimul apparet, abuti hoc textu DD. qui eum adducunt ad probandum, uſucapionem tantum eſſe rerum mobilium.

TEXTUS.

8. *Inter venditorem quoque & emptorem conjungi tempora, divi Severus & Antoninus reſcripſerunt.*

NOTÆ.

1. *Venditorem & emptorem*] Cæteroſque ſingularis rei ſucceſſores, *l.* 15. §. 10. *& ſeq. de acq. poſſ. l.* 5. *l.* 14. *de div. præſ.*

Conjungi tempora] Modo uterque bona fide acceperit. Vide fuſ. in Comment.

COMMENTARIUS.

1. *Quando ſucceſſor ſingularis acceſſione poſſeſſionis auctoris ſui uti poſſit?*
2. *Vitium auctoris ſucceſſori neque nocere, neque prodeſſe.*

DE 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. *& ſeq. de acq. poſſ. l.* 5. *l. in acceſſionibus.* 24. §. 1. *de div. temp. præſcr.* Scriptum hic ſimpliciter eſt, inter ven-
1 ditorem quoque & emptorem tempora conjungi. An igitur eodem modo, quo inter defunctum & hæredem? Nequaquam: ſed ita, ſi uterque bona fide rem acceperit. Proinde ſi emptor juſtum poſſidendi initium non habuerit, etiamſi venditor habuerit, non utetur emptor acceſſione venditoris, contra quam exiſtimat Hotomannus: nam traditum eſt, vitioſæ poſſeſſioni nullam, ne juſtam quidem, poſſe accedere, *d. l. Pomponius.* 13. *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 vitiis, *d. l. Pomponius.* 13. §. 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.* 13. *in fin.* Planè non nocebit ſucceſſori, 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 au- 2
ctoris uti nolit, ſed ſuæ tantum poſſeſſionis tempora computare, an hic etiam vitium auctoris ultro nocebit ſucceſſori? Placuit, quemadmodum vitium auctoris ſucceſſori non prodeſt, ſi acceſſione uti velit; ita neque nocere, ſi acceſſione uti nolet: denique ſucceſſorem per ſe uſucapere poſſe, quod auctor uſucapere non potuit, *d. l.* 5. *de div. temp. præſc. 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. malæ fidei C. de præſcr. long. temp.* In hoc autem diſſimilis item cauſa hæredis eſt, cui vitioſa defuncti poſſeſſio nocet, etiamſi adminiculo ex perſona defuncti uti nolit: quippe qui tam in vitia, quam in virtutes defuncti ſuccedit, & eadem cum defuncto perſona eſſe exiſtimatur, *l. cum hæres.* 11. *de div. temp. præſcr.* vid. §. *præced.* Loquimur autem de vitio perſonæ poſſeſſoris: nam quod vitium in re eſt, puta ſi res furtiva ſit aut vi poſſeſſa, id generaliter ſucceſſoribus omnibus nocet. §. *noviſſimè.* 5. *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. §. *quæſitum.* 4. *de acquir. poſſeſſ. l. poſſeſſio.* 20. *hoc tit.*

TEXTUS.

De his qui à fiſco, aut Imp. Auguſtæve Domo, aliquid acceperunt.

9. *Edicto divi Marci cavetur, eum, qui à fiſco rem alienam emit, ſi poſt venditionem quinquennium præterierit, poſſe dominum rei exceptione repellere. Conſtitutio autem divæ memoriæ Zenonis bene proſpexit iis, qui à fiſco per venditionem, aut donationem, vel alium titulum accipiunt aliquid: ut ipſi quidem ſecuri ſtatim fiant, & victores exiſtant, ſive experiantur, ſive conveniantur: adverſus autem ſacratiſſimum ærarium uſque ad quadriennium liceat iis intendere, qui pro dominio vel hypotheca earum rerum, quæ alienatæ ſunt, putaverint, ſibi quaſdam competere actiones. Noſtra autem divina conſtitutio, quam nuper promulgavimus, etiam de iis, qui à noſtra, vel venerabilis Auguſtæ domo aliquid acceperint, hæc ſtatuit, quæ in fiſcalibus alienationibus præfatæ Zenonianæ conſtitutionis continentur.*

NOTÆ.

9. *Conſtitutio Zenonis*] *l.* 2. *C. de quadr. præſcr.* Fiſco hoc tributum, quo paratiores reperiat in ſubhaſtationibus emptores. Weſ.

COMMENTARIUS.

1. *Ærarium etiam poſt occupatam rempubl. diu dictum pecuniam publicam, ſive imperii; fiſcum, pecuniam principis privatam, poſtea utrumque verbum promiſcuè uſurpatum.*
2. *Præſcriptionem quadriennii fiſcalem & veteri juri incognitam, & Canonibus improbatam: neque uſu apud pleroſque receptam eſſe.*

SI poſt venditionem quinquennium] Mentio fit hujus edicti D. Marci *l. ult. C. ſi adv. fiſc.* In hac autem præſcriptione quinquennii nullam factam fuiſſe diſtinctionem inter bona aut mala fide quid à fiſco accipientem, apparet ex eo, quod alioqui melior conditio fuiſſet ejus, qui à privato emiſſet, quam qui à fiſco: ſiquidem is, qui à privato bona fide rem emerat, ad ſummum biennio eam uſucapiebat.

Conſtitutio Zenonis] Ea eſt *l.* 2. *C. de quadrien. præſcr.* Olim quinquennii præſcriptione tuti erant, qui quid alienum emerant à fiſco. Hodie ſtatim tuti ſunt ex conſtitutione Zenonis, ſive conveniantur, ſive ipſi amiſſa fortè 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 fiſcus reperiat; tùm etiam ne reſcindatur venditio facta publica auctoritate: alioqui 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 diſertè fiſcus appellatur ærarium Principis, uti & in *l.* 2. *&* 3. *C. de quadr. præſcr.* neque cauſam habet Hotomannus, cur eo nomine Tribonianum reprehendat: & falſum eſt, quod ſcribit, ærarium eſſe rerum Principis privatarum, quibus ſcil. ipſius patrimonium conſtet: fiſcum vero cæterarum omnium, quæ ſacræ largitiones & ſacri theſauri paſſim appellentur: eamque differentiam in *dd. ll.* accuratè obſervatam. Scimus locum, ubi pecunia publica reponebatur, Romanis ærarium appellatum, eumque locum fuiſſe in æde Saturni, quo etiam Senatusconſulta deferebantur: teſtes paſſim Livius aliique ſcriptores, Ipſam quoque pecuniam publicam ærarium dictam κατ' μετωνυμίαν. Cic. 3. *Tuſc. cap.* 20. *Et quidem C. Gracchus, cum largitiones maximas feciſſet, & effudiſſet ærarium, verbis tamen defendebat ærarium.* Idem *ad Attic. lib.* 6. *ep.* 1. *Ariobarzanes nullum ærarium, nullum vectigal habebat.* Illud quoque conſtat, poſt occupatam rempubl. ærarium adhuc diu dictum fuiſſe pecuniam publicam ſive imperii, & à fiſco ſeparatum: fiſcum enim dixerunt pecuniam Imperatoris, propriam ac privatam: cujuſmodi erant bona damnatorum, caduca, vacantia aliaque ἀδέσποτα, quæ Principi deferebantur. Plinius in *Panegyr. Trajano dict. At fortaſſe non eadem ſeveritate fiſcum, qua ærarium, cohibes? Imo tanto majore, quanto plus tibi licere de tuo, quam de publico credis:* & paulo poſt; *Quæ præcipua tua gloria eſt, ſæpius vincitur fiſcus: cujus mala cauſa eſt nunquam, niſi ſub bono Principe.* Ulpianus in *l.* 2. §. 4. *ne quid in loc. publ. Res*, inquit, *fiſcales quaſi propriæ & privatæ Principis ſunt.* Hinc ratio fiſci idem quod ratio Principis & ratio privata, *l. pen. C. de edend. l.* 2. *C. de priv. fiſc.* Procedente tempore diſtinctio illa ærarii & fiſci evanuit, ac utraque voce promiſcuè uſi ſunt, unaque tantum ſub Græcis principibus diſtinctio uſurpata, fiſci & bonorum principis patrimonialium: quod hic locus apertè oſtendit, &, unde deſumptus eſt, *l. ult. C. de quad. præſcr.* Id autem inter res fiſcales & patrimoniales intererat, quod etſi utræque principis erant, illæ eſſent Principis, qua talis, & ideo publicæ; hæ propriæ Zenonis, Juſtiniani, & ideo privatæ: unde & comites rerum privatarum dicti, quibus harum rerum cura demandata, *tit. C. de off. com. rer. priv.* qui antea procuratores patrimonii appellabantur, *l. 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 quæſt. & magiſtr. officic. 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 clariſſ. l.* 2. *C. ut dign. ord. ſerv. lib.* 11.

Noſtra autem divina conſtitutio] Intelligit *l. ult. C. de quadr. præſcr.* qua conſtitutione quod Zeno de fiſco ſtatuerat, producit ad ſubſtantiam principis privatam, ut ſcilicet etiam rerum patrimonialium emptor ſtatim ſecurus ſit, & dominus quadriennii præſcriptione excludatur: affertque hanc conſtitutionis ſuæ rationem, quod cum omnia principis eſſe intelligantur, ſive res ſint fiſcales, ſive privatæ Cæſaris, nulla, quod attinet ad harum rerum alienationem, differentia introducenda ſit. Explodendi autem ſunt, qui hinc colligunt, omnia omnino, & bona etiam ſubditorum propria eſſe principis. Eadem conſtitutione etiam ſereniſſimæ Auguſtæ idem privilegium conceditur. Hoc jus atque hæc præſcriptio fiſcalis veteribus incognita fuit, uti liquet ex *l. nec ullam.* 13. §. *item ſi quis.* 9. *de her. pet.* Jus Canonum eam improbat, *cap. placuit.* 16. *q.* 3. nec apud nos recepta, Zypæ. *notit. jur. Belg. tit. de præſcript.* Chriſtin. *vol.* 4. *deciſ.* 82. *n. ult.* ubi etiam alios allegat, qui tradunt, hunc §. *& tit. C. de quadrien. præſcript.* in uſu non eſſe. Aliud tamen viſum Groenew. *hic tract. de legib. abrog. arg. deciſ.* 15. *Cur. Holland.*

TITULUS SEPTIMUS

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. *Sitne donatio modus acquirendi, an titulus, sive causa.*
3. *Series hujus tituli.*

1 USucapionem, 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 Lel.* & 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 insinuanda est. Quid tum postea? Lex Fusia Caninia vetuit ultra præscriptum 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 insinuandi donationem, quæ excedit supra dictam summam, à jure civili sit, concedo tantæ quantitatis donationem, utpote quæ jam sola voluntate & traditione donantis non perficitur, posse referri inter modos acquirendi jure civili, *arg. l. 6. de just. & jur.* ut tamen non meri juris civilis habeatur; sed mixti & maximam adhuc partem naturalis: aliæ autem omnes, quæ quantitatem legitimam non excedunt, juris mere naturalis sive gentium manent. Quomodo ergo defendimus methodum Justiniani? Nimirum si dicamus, Justiniano principaliter propositum esse tractare de donationibus impropriis, mortis causa & propter nuptias, quæ ad jus civile non inepte referuntur, 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.*
2 *& C.* Occurrit hic & aliud dubium, sitne scil. donatio modus acquirendi dominii, an solummodo titulus sive 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 expeditu est. Etenim donationis verbum duobus modis accipitur. Uno modo propriè 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 doni datio, *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 conventione de dando, cum quis donationis causa, aliquid promittit, *l. 2. l. 12. l. eum qui. 22. eod.* Priore sensu accepta donatio modus est acquirendi dominii; posteriore non dominium, sed obligationem parit, rationemque contractus & tituli habet. *d. l. 22.* Plerique magno molimine magnas hic nugas agunt. VINN. Ast nescio, an ipse Auctor rem confecerit. Ego ita sentio. Tribonianus hic sequutus est procul dubio ordinem Caji. Ejus autem tempore donatio omnino erat modus adquirendi dominium civilis. Nam tunc ex lege Cincia de donis & muneribus non valebat donatio, nisi interveniret mancipatio solemnis & traditio. Fr. Brummer. *ad l.* Cinc. *cap.* XIII. Conf. *Novell.* CLXII. *cap.* 1. Postea Antoninus Pius nudam voluntatem sufficere voluit in donationibus inter parentes & liberos. *l. 3. C. Theod. de don.* Idem de donationibus inter conjuges sanxit Antoninus Caracalla *l. 32. §. 1. ff. de don. inter vir. & uxor.* Constantinus M. postea litterarum fide donationes fieri posse, concessit, modo postea sequeretur corporalis traditio *l. 1. C. Th. de don.* Remisere has scripturas Theodos. & Valentinianus AA, sed ita, ut *alia idonea documenta* adhiberentur *l. 29. C. de donat.* Denique Justinianus & nudam promissionem valere jussit *l. 35. & 37. C. de donat.* Ex brevi hac juris hujus historia patet, recte Cajum, aut quemcumque sequutus est Tribonianus, donationem retulisse inter modos adquirendi, eosque civiles, ob necessariam in donatione mancipationem, & traditionem. At minus recte Tribonianus putavit hunc ordinem servari posse, quia saltim quædam donationis species, puta donatio mortis causa huc referri possit. Conf. Averan. *Interpret. Lib. 1. cap. 29.* HEIN. Initio hujus tituli 3
proponitur donationis divisio: deinde explicantur species, non omnes quidem, sed tres tantummodo, hoc ordine. Primum agitur de donatione mortis causa; deinde de donatione simplici inter vivos; tum de donatione propter nuptias. Ad extremum subjicitur modus antiquus acquisitionis civilis ex causa lucrativa per jus accrescendi.

TEXTUS.

De Donatione.

Eſt & aliud genus acquiſitionis, donatio. Donationum autem duo ſunt genera; mortis cauſa, & non mortis cauſa.

NOTÆ.

Rubr. Donationibus] Donatio eſt, cum quid nullo jure cogente conceditur, *l.* 29. *h. tit.*

Acquiſitionis] Civilis ſcil. ut ordo arguit. At eo tantum referendæ donationes impropriæ, mortis cauſa & propter nuptias, de quibus hic principaliter tractatur; non illa abſoluta inter vivos. Nam res ſuas quibuſque donare apud omnes gentes jus poteſtaſque eſt, §. 40. *ſup. de rer. div.* Demoſth. *adv. Leptin.*

Donatio] Donatio proprie eſt doni datio, *l.* 1. *D. h. t. l.* 35. §. 1. *D. de mort. cauſ. don.* Eſtque modus acquirendi, quoniam & cauſam tradendi includit & ipſam traditionem. Cum autem accipitur pro conventione de 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.

REctior fortaſſis erit diviſio, ſi dicamus, donationem aliam eſſe propriam, aliam impropriam, *l.* 1. *h. t.* eſt enim donatio ex eorum generum numero, quæ ὡσὲι ἓν dicuntur, nec pariter ſubjectis ſpeciebus omnibus conveniunt. Donatio propria, quæ & vera atque abſoluta, *l. ſenatus.* 35. §. 2. *de mort. cau. don.* eſt, cum quis ſolius liberalitatis gratia ſic aliquid dat, ut ſtatim velit accipientis fieri, neque ullo caſu ad ſe reverti, *d. l.* 1. *& d. l. ſenatus.* §. 2. Impropriæ donationis variæ ſunt ſpecies. Talis eſt donatio propter nuptias, de qua §. 3. *inf. eod.* Tales ſunt donationes omnes, quæ ſub modo, cauſa, conditione fiunt, *tit. C. de don. quæ ſub. mod.* & in ſpeciem incidunt contractuum innominatorum, do ut des, do ut facias: item remuneratio. In quibus omnibus pro modo & quantitate retributionis propius 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 meræ donationis non cadit. Quia donari non videtur, niſi quod nullo jure cogente conceditur. *l. donari.* 29. *hoc tit.* τὸ χαριὲς ἀνάγκης διδόμενον. Harmenop. *lib.* 3. *tit.* 1. & hoc eſt, quod DD. tradunt, donationem remuneratoriam propriè donationem non eſſe, *per l. hoc jure.* 19. §. 1. *l. Aquilius.* 27. *eod.* Talis denique eſt donatio mortis cauſa, propterea quod ex caſu reſolvitur, atque adeo ex pœnitudine revocari poteſt.

TEXTUS.

De mortis cauſa donatione.

1. *Mortis cauſa donatio eſt, quæ propter mortis ſit ſuſpicionem: quum quis ita donat, ut ſi quid humanitus ei contigiſſet, haberet is, qui accipit: ſin autem ſupervixiſſet is qui donavit, reciperet: vel ſi eum donationis pœnituiſſet, aut prior deceſſerit is, cui donatum ſit. Hæ mortis cauſa donationes ad exemplum legatorum redactæ ſunt per omnia. Nam cum prudentibus ambiguum fuerat, utrum donationis, an legati inſtar eam obtinere oporteret, & utriuſque cauſæ quædam habebat inſignia, & alii ad aliud genus eam retrahebant, à nobis conſtitutum eſt, ut per omnia fere legatis 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:*

Πειραῖ, ἐ γάρ τ' ἴδμεν ὅπως ἔσται τάδε ἔργα
Εἴ κεν ἐμὲ μνηστῆρες ἀγαυοὶ δῖ μεγάροισι
Λάθρῃ κτείναντες, πατρώϊα πάντα δάσονται,
Αὐτὸν ἔχοντά σε βέλομ' ἐπαυρέμεν, ἤ τινα τῶνδε.
Εἰ δὲ κ' ἐγὼ τούτοισι φόνον καὶ κῆρα φυτεύσω,
Δὴ τότε μοι χαίροντι φέρειν ποτὶ δώματα χαίρων.

Hos verſus ſic vertere licebit.

Cum, Piræe, homines lateant ſecreta futuri,
Si me forte proci ſceleratis ad Styga mittant
Inſidiis, patriaſque velint erciſcere prædas:
Hæc ego præ reliquis multo tibi cedere malim.
Sin ego eos juſtis proſternam, cladibus ultor,
Hæc mihi tu gaudens mœſta inter gaudia reddas.

NOTÆ.

1. *Mortis ſuſpicionem*] Vel ſola etiam cogitatione mortalitatis ex ſorte humana, *l.* 2. *& aliquot ſeqq. l.* 35. §. 4. *D. de mort. cau. don.*

Cum quis ita donat] Hoc expreſſo ſcil. etiamſi 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.* 16. *pr. depoſ.*

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. *v.* 77. Hic locus arguit etiam mortis cauſa donationem ratione facti juris gentium eſſe.

COMMENTARIUS.

1. *Ex verbis donatoris æſtimandum, an donatio facta ſit ob ſuſpicionem mortis: & citra talem ſuſpicionem mortis quoque cauſa recte donari.*

2. *Qui-*

2. *Quibus in rebus ſimilitudo hujus donationis & convenientia cum legatis cernatur.*
3. *Quibus in rebus diſſimilitudo & diſcrepantia.*

Quæ propter mortis ſit ſuſpicionem] Cum quid metu mortis, vel ex præſenti vel ex futuro periculo donatur; puta ſi donator gravi morbo laboret, ſi periculoſam peregrinationem vel navigationem ſuſcepturus ſit, ſi iturus in militiam, ſi graſſetur peſtilentia, &c. *l. 2. & aliquot ſeqq. l. ſenatus.* 35. §. *mortis.* 4. *hoc tit. de mort. cau. 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 judicatum referunt Autum. *conf. jur. ad d. l.* 42. & Bugn. *lib.* 5. *de ll. abrog. cent.* 16. *fac. l. fulcimus.* 43. *eod.* Quin etiam extra ſuſpicionem ullius periculi & à ſano atque in bona valetudine conſtituto mortis cauſa recte donatur, ſola cogitatione mortalitatis ex ſorte humana, *d. l. 2. & d. l.* 35. §. 4. *eod.* Sed itidem verbis hoc declarandum, ne alias pura & ſimplex habeatur donatio. Quod ſi conſideraſſet Hotomannus, abſtinuiſſet, credo, à reprehenſione Juriſconſultorum, Juliani, Ulpiani, Pauli; neque tam temerè pronunciaſſet, nullam eſſe mortis cauſa donationem, cujus non mortis periculum cauſa ſit. Si Titio centum donavero, præſtanda poſt mortem, donatio inter vivos eſt: nam tempus adjectum differendæ ſolutionis cauſa, ad ſubſtantiam donationis non pertinet. Unde legi Falcidiæ in ea donatione locus non erit, uti memini me ex facto conſultum reſpondiſſe. Add. Fachin. 5. *contr.* 22. Non 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 inſecuta, *d. l. 2. eod.* Poſteriore caſu ad revocandam donationem competit donatori directa in rem actio, ſive pœnitentia ductus donationem infringere velit, ſive periculum, quod metuebat, evaſerit. *l. ſi mortis* 29. *eod.* Priore condictionem habet, *l. ſenatus.* 35. §. 3. *eod.* habet & utilem in rem adverſus quosvis poſſeſſores, *l. qui mortis.* 30. *eod.* ſublatoque periculo aut præmortuo eo, cui donatum eſt, fortaſſis etiam in rem directam, quaſi donatione ipſo jure reſoluta. *d. l.* 29. add. Gomez. 2. *reſol.* 4.

Si quid humanitus] Ἀνθρώπινόν τι. Si quid humanum, *l.* 26. *pr. depoſ.* Veteres ominis cauſa ſic loquebantur, *Si quid mihi acciderit*, ἐάν τι συμβῇ, ἐάν τι πάσχω, pro *ſi moriar. l.* 162. §. 1. *de verb. ſign.* Abſtinebant à mortis vocabulo, tanquam ominoſo.

Sin autem ſupervixiſſet, &c.] Tribus caſibus mortis cauſa donatio fit irrita; ſi donator ſalvus evaſerit, quod hic dicitur *ſupervixerit*, ſi donationis eum pœnituerit; ſi donatario ſupervixerit, *l. mortis.* 16. *d. l.* 29. *& ſeq. eod. l. non omnis.* 19. *de reb. cred.* Si ſalvus evaſerit, ſic accipe, licet donatarius adhuc vivat: ſi ſupervixerit donatario, ſic, etſi periculum adhuc duret, cujus contemplatione donatio facta. Plane ſi quis ſanus & valens extra ſuſpicionem alicujus periculi, ſola cogitatione mortalitatis commotus, donaverit, non puto irritam fieri donationem, ſi forte donator morbum aliudve periculum, in quod poſtea incidit, evaſerit: nam nihilominus cauſa donandi manet, Soar. *in recept. lit. D. 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 κατά τι & maximè ratione effectorum. In aliis vero magna adhuc diſſimilitudo eſt: de quo habebimus, quod certo ſtatuamus, ſi res hæc inductione utriuſque generis exemplorum declaretur. Similitudo hujus donationis & convenientia cum legatis in his cernitur. 1. Quod, quemadmodum in omni voluntate, quæ teſtamentum non ſit, quinque teſtes 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 relinquentis, ita & hanc donationem pro arbitrio revocare liceat, nec prius rata aut perfecta habeatur, quam mors donatoris inſecuta ſit, *l. ſi mortis.* 29. *& l. ſeq. l. non videtur.* 32. *hoc tit.* 3. Quod, ſicut dominium rei legatæ ſtatim à morte teſtatoris tranſit in legatarium, ita rei mortis cauſa donatæ, nec 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, etiamſi traditio nulla ſecuta ſit. Nam ſive cum contractibus hanc donationem conferre placet, explorati juris eſt, ex contractu nullo citra traditionem dominium transferri; ſive cum legatis, conſtat, dominium rei legatæ demum poſt mortem teſtatoris in legatarium tranſire. 4. Quod, ſicut legatario ſubſtitui poteſt, ita & noſtro donatario, *l.* 1. *C. eod.* 5. Quod hæc donatio, perinde ut legata, lege Falcidia imminuatur, *l. 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. toll.* Gomez. 1. *reſol.* 10. *num.* 7. 7. Quod, quemadmodum conjux conjugi legare, ita & mortis cauſa donare poteſt, *l.* 9. §. *ult. & ll. ſeqq. de donat. int. vir. & ux.* 8. Poſtremo, quod in hoc genere donationis non opus eſt inſinuatione, *l. ult. C. 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, & effectu eſſe donationem inter vivos, *l. ubi ita* 27. *eod.* idque eleganter oſtendit D. Joan. Deckher. *diſſert.* 1.

n. 40.

n. 40. *& ſeq.* 2. Quod donatio hæc ab aditione hereditatis, ſicut legatum, non pendet, ſed ſola morte confirmatur donantis, *l. non videtur.* 32. *eod. fac. l.* 5. §. *qui mortis.* 17. *de his quæ ut indig.* Clar. *lib.* 4. §. *donatio. quæſt.* 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. ſenatus.* 35. §. *ult. hoc tit. l.* 4. *de ann. legat.* 4. Quod in mortis cauſa donationibus, an quis capere poſſit, non donationis, ſed mortis tempus inſpicitur, *l. in mortis.* 12. *hoc tit.* cum in legatis etiam tempus facti teſtamenti ſpectetur, §. *in extraneis.* 4. *inſ. 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 præſente in præſentem conferenda: *l. inter mortis* 38. *hoc tit.* aut utique in abſentem per nuntium aut literas, ut ſciat, & donationem accipiat, *l.* 10. *eod.* Mantic. *de conject. ult. vol. lib.* 8. *tit.* 1. *n.* 36. Quod ſi quis abſenti & ignoranti ſe donare quid ſimpliciter dixerit, defenditur donatio jure fideicommiſſi ex communi interpretum ſententia. His de cauſis donatio hæc naturam contractus habere dicitur, *d. l. ſenatus.* 35. §. 3. unde etiam illud eſt, quod filiusfam. conſenſu patris mortis cauſa donare poteſt; quamvis teſtamentum facere non poſſit, nec permittente patre, *l. tamis.* 25. §. 1. *eod.* vulgo DD. ſic diſtinguunt, donationem hanc habere naturam contractus, cum in eſſe producitur: effectu 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 aditione 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 ſuum. *d. l. ſenatus.* 35. §. 2. *eod.*

Sic apud Homerum] *Odyſſ.* 17. *v* 77. ubi Telemachum ex peregrinatione reverſum, quam patris Ulyſſis conquirendi cauſa ſuſceperat, Piræus, qui comes illi in peregrinatione fuerat, monet, ut vaſa illa aurea & argentea, quibus Telemachus à Menelao donatus erat, quæque ſecum Piræus aſportarat, quæſtum mittat; ancillis Telemachi ſe traditurum. Cui Telemachus in hanc ſententiam reſpondet; Piræe, quoniam incertum eſt, qualis harum rerum exitus ſit futurus, ſi me feroces proci domi ex inſidiis necent, paternaſque opes diripiant, malo te vaſa hæc tibi habere, quam illorum quempiam. Sin autem ego illis interitum afferam, tum vero tu lætus & gratulans mihi læto & gratulanti domum illa referes. Eſt & mortis cauſa donatio in *Alceſtide* Euripidis, ubi ſic Hercules: γυναῖκα τήν δε μοι σῶσαι λαβών, &c. Adi de hac donatione Covar. *rubr. de teſtam. part.* 3.

TEXTUS.

De ſimplice inter vivos donatione.

2. *Aliæ autem donationes ſunt, quæ ſine ulla mortis cogitatione fiunt, quas inter vivos appellamus, quæ non omnino comparantur legatis: quæ ſi fuerint perfectæ, temere revocari non poſſunt. Perficiuntur autem, quum donator ſuam voluntatem ſcriptis aut ſine ſcriptis manifeſtaverit. Et, ad exemplum venditionis, noſtra conſtitutio eas etiam in ſe habere neceſſitatem traditionis voluit, ut, etiamſi non tradantur, habeant pleniſſimum & perfectum robur, & traditionis neceſſitas incumbat donatori. Et quum retro Principum diſpoſitiones inſinuari eas actis intervenientibus volebant, ſi majores fuerant ducentorum ſolidorum, conſtitutio noſtra eam quantitatem uſque ad quingentos ſolidos ampliavit, quam ſtare etiam ſine inſinuatione ſtatuit. Sed & quaſdam donationes invenit, quæ penitus inſinuationem fieri minime deſiderant, ſed in ſe pleniſſimam habent firmitatem. Alia inſuper multa ad uberiorem exitum donationum invenimus, quæ omnia ex noſtris conſtitutionibus, quas ſuper his expoſuimus, colligenda ſunt. Sciendum eſt tamen, quod etſi pleniſſimæ ſint donationes, ſi tamen ingrati exiſtant homines, in quos beneficium collatum eſt, donatoribus per noſtram conſtitutionem licentiam præſtitimus certis ex cauſis eas revocare: ne illi, qui ſuas res in alios contulerint, ab his quandam patiantur injuriam, vel jacturam, ſecundum enumeratos in conſtitutione noſtra modos.*

NOTÆ.

Perficiuntur autem] De primo gradu perfectionis intellige, unde obligatio & actio, non rei dominium, quod demum acquiritur præſtatione promiſſi.

Noſtra

Noſtra conſtitutio] *l.* 35. §. *ult. C. eod.* ubi pacto donationis cauſa facto verbis in præſens conceptis, veluti *dono tibi centum aureos*, eandem vim tribuit, quam habet ſtipulatio, ut ex eo obligatio & actio naſcatur, contra regulam juris antiqui. *l.* 7. §. 4. *D. de pact.* Unde tale pactum hodie legitimum, parieſs condictionem ex lege *per l.* 6. *d. t.*

Ad 500. *ſolidos*] Ad 300. primum *l.* 54. *C. eod.* noviſſime ad 500. *l. pen.* §. *ult. C. eod.* Sed definitum modum excedens inſinuata non eſt, non in totum irrita ſed quatenus excedit, *d. l.* 34. *Nov.* 162. *c.* 1. §. *ult.* τὸ ὑπέρπλεον μὴ ἰσχυέτω. Baſ. 47. *tit.* 1.

Noſtris conſtitutionibus.] *L.* 33. *d. l.* 34. *pr.* §. 1. *pen. & ult. l. ult. C. eod.*

Ex certis cauſis] Inſignis ingratitudinis: cujus generis cauſæ enumerantur quinque *l. ult. C. d. t.* Plerique addunt & aliam, 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.

COMMENTARIUS.

1. *Plenius & planius exponitur, quomodo donatio inter vivos perficiatur.*
2. *Non ex quolibet pacto donationis cauſa facto obligationem ex conſtit. Juſt. naſci.*
3. *Errare eos, qui putant, ſimplex pactum donationis, vi conſtitutionis Juſt. parere actionem in rem.*
4. *Donationes, quæ inſinuationem non deſiderant, recenſita.*
5. *Ad uberiorem exitum donationum à Juſtiniano quæ inventa?*
6. *Neque heredem donatoris revocare donationem, neque ab heredibus donatarii revocari ob ingratitudinem ejus poſſe.*
7. *In l.* ſi unquam, 8. C. de rev. don. *conſtitui jus ſingulare; quod non producendum ad conſequentias.*

AGitur 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.* 3. *fam. erc. l. cum multa.* 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. Deſcripſimus hanc donationem initio hujus tituli.

Quæ non omnino comparantur legatis] Hotom. Weſemb. Giphan. *omnino non*, ita enim eſſe in veteribus libris. Ut ſit ſenſus, Donationes inter vivos nullo modo comparantur legatis. Quomodo etiam legiſſe apparet paraphraſtem Græcum: vertit enim μηδαμῶς. Et ſunt ſane hæ 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 in utroque ſit cauſa lucrativa, & modus acquirendi peculiaris. Quod mihi futile & valde puerile eſſe videtur: cum nullæ res tam ſint diſſimiles, quæ non in uno aliquo aut altero comparari queant.

Temere revocari non poſſunt] Mortis cauſa donatio temere, hoc eſt, pro arbitrio, facile, & ſine cauſa revocari poteſt: quippe quæ hanc in ſe ſemper conditionem habet, ut revocare liceat. Vera autem donatio natura ſua irrevocabilis eſt: ἡ δωρεὰ δόσις ἀναπόδοτος ait Ariſtot. 4. *topic.* 4. nam quod hanc etiam aliquando revocare licet, id ex accidenti eſt & facto donatarii, pro beneficio inſignem injuriam rependentis, non ex intentione donantis, utpote qui ſic donat, ut nullo caſu velit ad ſe reverti. *l.* 1. *hoc tit. l. ubi ita* 27. *de mort. ca. don.* Utique tamen ſi præſciviſſet 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, & donatarius eam voluntatem gratam ac ratam habuit. Neque enim donatio eſt ſine acceptione, *l. abſenti.* 10. *hoc tit. l. hoc jure.* 19. §. 2. *eod.* quippe datio acceptione confirmatur: nec poteſt videri datum, quod non eſt acceptum. Et 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 Eccleſiæ. Denique in omni conventione conſenſum mutuum intervenire oportet. VINN. Sed ex his locis vix probari poteſt acceptationis neceſſitas. Nam *l.* 10. & *l.* 19. §. 2. *ff. de don.* loquuntur de acceptione reali. Locus Terentii ex *Andr. Act.* v. *ſcen.* IV. *v.* 47. non pertinet ad pactum donationis, ſed ad contractum verbalem, qui veteribus dicebatur *dotis dictio.* Vid. *Antiqu. Rom.* noſtr. *lib.* II. *tit.* VII. §. 4. Immo nulla lege acceptationem hanc exigi pererudita diſſertatione *de differentiis juris Rom. & Germanici in donatione & acceptatione* docuit Vir Perilluſtris Jo. Petrus à Ludewig, Acad. Fridricianæ Cancellarius, & olim Collega mihi conjunctiſſimus. Neque tamen res ipſa ideo neganda, quum ex natura pactorum fluat, quod utrumque conſentire oporteat in unum placitum, quod fieri aliter non poteſt, quam id quod donatur vel verbis, vel factis accipiendo: maxime quum non ſemper dona grata ſint, & ſæpe locum habeat illud Severi: Οὔτε πάντα, ὅτε πάντοτε, ὅτε παρὰ πάντων. *l.* 6. §. 3. *ff. de offic. procoſ.* HEIN. 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 perfici dicitur, ſimul atque de pretio inter emptorem & venditorem convenerit, §. 3. *inſ. 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,

tiqui. *l. juris gentium.* 7. *§. 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 conventione, qua hactenus perfici dicitur, quatenus ea donatorem adſtringit neceſſitate traditionis, donatarioque in eam rem comparata eſt in perſonam actio. Conventio hujus generis una tantum olim fuit, ſtipulatio. Juſtinianus autem eandem vim tribuit etiam pactioni nudæ. *d. l. ſi quis.* 35. *§. ſed ſiquidem.* 5. *C. hoc tit.* Unde pactum donationis hodie pactum eſt legitimum, *arg. l.* 6. *de*
2 *pact.* & ibi Cujac. Neque tamen ex quovis pacto donationis cauſa interpoſito, obligationem naſci voluit Juſtinianus, ſed ex eo tantum, quo quis in præſentia donare dicit, verbis in præſens, non in futurum conceptis; veluti ſi quis dicat: *dono tibi centum aureos.* Hæc enim verba occurrunt in *d. l.* 35. *ſi donaverit, ſi donationem faciat fecerit ve, ut tradat, quod donaverit.* Quod ſi quis donaturum ſe pacto promittat. manebit etiamnum jus antiquum, nec ex tali nudo pacto obligabitur. per *l. præcipimus.* 32. *in fin. C. de appel. l. ſancimus.* 27. *C. de teſtam.* add. Parlador. 2. *rer. quotid.*
3 3. *n.* 9. D. Tulden. *hic c.* 2. Perſpicue autem errant Contius *lib.* 1. *diſp.* 12. Gudelin. *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 nondum tradiderit, neceſſe habeat tradere, ſed ut eo nomine etiam donatario competat actio in rem, quaſi ſimplici pacto dominium ei quæſitum ſit. Non enim majorem vim Juſtinianus tribuit, neque tribuere debuit pacto, quam ſtipulationi. At ſi ſtipulatio intervenerit, veterem actionem ex ſtipulatu relinquit; quæ utique cum in perſonam ſit, arguit, dominium non eſſe tranſlatum. Si omiſſa ſit ſtipulatio, condictionem dat ex lege, *d. loco*, & apertius *Nov.* 162. *c.* 1. Atqui nulla quoque condictio, quæ non ſit actio in perſonam, *§. appellamus.* 15. *inf. de act.* Denique ipſe ſupra *§. per traditionem.* 40. *de rer. div.* nominatim in propoſita ſpecie confirmat regulam traditam *l. traditionibus.* 20. *C. de pact. Traditionibus, non nudis pactis, dominia rerum transferri.*

Ad exemplum venditionis] Quemadmodum emtio venditio perficitur ſimul atque de re & pretio convenit, atque ex ea conventione ſtatim emptori acquiritur actio ex empto, qua venditorem compellere poteſt ad rem tradendam: *inf. de emp. & vend. in pr. & §.* 3. ita ex conſtitutione Juſtiniani, ſimul ac donator ſive ſcriptura, ſive verbis quibusvis idoneis ſe quid donare declaraverit, etiamſi nulla intervenerit ſtipulatio, acceptante donatario, donatio perfecta & efficax habetur, daturque donatario condictio ex lege, qua conventus donator, rem tradere, cogatur. Porro an ſicut emptio venditio, ita etiam pactum donationis, ſit contractus? item an ut donator, ita quoque & venditor, rem præcise tradere teneatur? an liberetur præſtatione ejus, quod intereſt? inquirere non eſt hujus loci. Illud conſtat, non eaſdem eſſe præſtationes donatoris & venditoris: donatorem ad dandum, venditorem ſimpliciter ad tradendum teneri: donatorem in quantum facere poteſt, venditorem in ſolidum condemnari: hunc teneri nomine evictionis, illum non item. *l.* 18. *§. ult. hoc tit.* Neque tamen ideo male donatio & venditio inter ſe, ut ſimilia, comparantur. Nam in omni ſimilitudine inſpiciendus eſt principalis ſcopus atque intentio ejus, qui ea utitur; cui ſcopo ſi ſerviat, cætera ſimilia ſint, an diſſimilia, parum refert.

Inſinuari actis intervenientibus volebant, &c.] Lex civilis neminem donare aut liberalem eſſe vetat: cæterum proſpexit, ne cujuslibet ſummæ aut quantitatis donatio ſtatim rata eſſet. Et recte: expedit enim reipubl. ne quis temere patrimonium ſuum effuſis largitionibus exhauriat. Hoc enim eſt re ſua male uti, eamque perdere. Modum donationibus primum impoſuit lex Cincia, qua cautum Ulpianus *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. h. 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.* 34. *C. hoc tit. Nov.* 162. *c.* 1. *§. ult.* Atque ita in pleriſque locis etiamnum utimur. Gomez. 2. *reſol. c.* 4. Perez. *C. h. t. n.* 35. Sande *lib.* 5. *tit.* 1. *defin.* 3. VINN. Multa hic cumulat auctor, nec certa ſatis, nec accurata. Incertum modum a lege Cincia donationibus præfinitum fuiſſe ducentorum aureorum: ſiquidem multo majores donationes a Plinio factas novimus ex ejus *Lib.* VI. *Epiſt.* 25. & 32. *Lib.* VII. *Ep.* 14. & alibi. Incertum ergo non minus, Conſtantinum vel potius Conſtantium Chlorum in *l.* 1. *C. Th. h. t.* legem Cinciam ſuſtuliſſe, quum eam potius magis reddiderit rigidam, impoſita inſinuationis neceſſitate. Plura in eam rem præter Jac. Gothofredum, & Fr. Brumerum notavit V. C. Schulting. ad Ulpian. *tit.* 1. *p.* 561. Ego id moneo, locum Arnobii *adv. gent. lib.* 11. *p.* 91. nec de hoc capite legis Cinciæ videri intelligendum, nec de altero quod in donatione ſolemnitatem mancipationis exigebat: ſed de donis & muneribus à patrono cauſſarum non accipiendis, quod aliquoties revocatum in uſum, jam à Claudii temporibus cœpit obſoleſcere. HEIN.

Uſque ad quingentos ſolidos] Quæ ſumma noſtra moneta efficere creditur 2500. Caroleos. Taxatur enim ſolidus, qui & aureus, (ut patet ex innumeris locis, & collatione ſequentium, *l.* 5. *§. prætor ait.* 6. *de his, qui eff. vel dejec. cum §.* 1. *inf. de obl. quæ qua. ex del.* item *l. pen. & ult. de in jus voc. cum §. ult. in fin. inf. de pœn.*

tem.

tem. lit. item *l.* 8. *in fin. & l.* 9. *de inoff. cum l. cum ex falsis.* 47. *de man. teſt.*) centum ſeſtertiis, ſive quinis Caroleis, aut duobus ſcutatis ſive coronatis. Grot. *ſparſ. flor.* Quanquam non idem perpetuo pondus, nec conſtans ſolidi æſtimatio fuit. Qua de re conſulendi Budæus *de aſſ. l.* 3. & 5. Hotom. *de re numm. cap. de numm. aur.* Covar. *de collat. vet. numiſm. cap.* 2. Dictus vero eſt ſolidus, non quia nummus erat integer, & ad differentiam ſemiſſium & tremiſſium, qui valebant dimidiam & tertiam ſolidi ſive aurei partem.

4 *Quæ inſinuationem minime deſiderant*] Harum numero ſunt donationes Principales, quas ſcilicet vel Princeps 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, ὥστε τὴν ἀλλ᾽ τὰς γάμους δωρεὰν &c. Poſtea diſtinctio aliqua abhibita *Nov.* 127. §. 2. *auth. eo decurſum. C. de don. ant. nupt.* Præterea ſi quid pro redemptione captivorum, pro reſtitutione ædium incendio aut ruina conſumptarum, aut ſi quid fortiſſimis militibus donatum ſit à militum magiſtris, quanticunque ſit pretii, quod donatum eſt, valet donatio, etiamſi actorum auctoritate non nitatur. *l. pen. in pr.* §. 1. & 2. *C. eod.* De donationibus, quæ ad pietatem reſpiciunt, dubitatum eſt, aliquone privilegio hodie uti debeant, an jure communi cæterarum 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 piæ cauſæ expreſſe non auxit, imo potius ſuſtuliſſe videtur *d. l. pen.* cum ſancit, ut id, quod antea jus ſingulare erat piæ cauſæ, jus commune eſſet omnium donationum, quæ non ſimpliciter à neceſſitate inſinuationis exemptæ ſunt.

5 *Alia inſuper multa ad uberiorem exitum donationum*] Huc refero, quod Juſtinianus conſtituit, ut majoris ſummæ donationes, quæ actis inſcriptæ non ſunt, non omnino, ſed tantum quatenus legitimam ſummam excedunt, vitientur. *d. l.* 34. §. 1. *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, *ſeſtertii, nummi unius, aſſium quatuor*, &c. *l. ult. C. eod.* nam antea etiam in donationibus adhibenda erat imaginaria venditio ſeu mancipatio, quoties ſcilicet res, quæ donabantur, erant mancipi; alioqui earum rerum dominium ex jure Quiritium in accipientem non transferebatur. Quam ob cauſam qui volebat donare, cogebatur ſimulare venditionem, & dicis cauſa unum nummum accipere, adi Cont. 1. *diſputat.* 16.

Si tamen ingrati] Simplex & mera donatio temere, ut ſupra dictum eſt, revocari non poteſt: non ſola pœnitentia, 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 judicis implorari officium, vel agi condictione ex *d. l. ult.*

Donatoribus licentiam præſtitimus] Donatoribus ſolis, 6
non etiam heredibus eorum, *l. his ſolis.* 7. *d. l. ult. C. de rev. don.* quippe actio, quæ adverſus ingratos datur ad revocandam donationem, vindictæ cujuſdam & ultionis injuriæ effectum habet, & ideo perſonalis eſt, atque actioni injuriarum in hoc ſimilis, quam conſtat heredi ejus, qui injuriam paſſus eſt, non dari. *d. l.* 7. junct. §. 1. *inf. de perp. & temp. act.* Nec in heredes igitur ingrati danda erit, nec ſi ipſi ingrati, non donatarius, extiterint, *arg. dd. ll.* Quinimo nec videtur recte poſſe objici ingratitudo ſucceſſori ejus, cui donatum eſt: longeque alia eſt ratio feudi, quod non tantum primum inveſtitum, verum etiam ſucceſſores ejus ad certa officia præſtanda obligat.

Ex certis cauſis] Quæ numero quinque exprimuntur, *d. l. ult.* & nimirum hæ; ſi donatarius atroces injurias in donatorem effuderit; ſi illi impias intulerit manus, ſi vitæ ejus inſidietur; ſi grandem jacturæ molem ſubſtantiæ & bonis donatoris ingeſſerit, ſi conventiones 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.* eoque jure utimur. Grot. 3. *introd. cap.* 2. Ad- 7
ditur à DD. & alia cauſa revocandæ donationis, ſi ſcilicet donator poſt factam donationem liberos ſuſceperit, 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.* 8. minime fuiſſe.

Cur enim de patrono tantum loquutus esset? An quia ex facto inciderat, ut de donatione à patrono facta quæreretur? Atqui generalis est constitutio ad præfectum prætorio, non ad patronum aliquem aut certam facti speciem directa. Quoties autem lex de certis personis loquitur, quibus aliquid beneficii tributum vult, certum est, legem ad alias personas non pertinere, *l. si vero.* 64. §. *pen. sol. matr. l. quod constitutum.* 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, omissurus non fuerat. Canones etiam contrarium ostendunt *c. ult. c.* 17. *q.* 4. ubi Augustinus, laudans factum sancti Aurelii Episcopi Carthaginiensis, quod reddidisset donatori ob liberos ei natos, quæ ille Ecclesiæ donaverat, *In potestate,* inquit, *habebat Episcopus non reddere; sed jure fori, non jure poli.* Perperam autem ad præsentem casum trahitur species *d. l. 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 acquiritur, sed pleno jure ad patrem revertitur, ut jam is iterum liberum de eo disponendi arbitrium habeat. Quid quod admissa ex causa supervenientium liberorum revocatione donationis in quosvis etiam extraneos factæ, nemo, nisi liberis carens plene & purè donare intelligeretur. Nam & ubi partis alicujus bonorum donatio facta est, constitutio locum habet: de quo opulentius nos *lib.* 2. *sel. quæst. c.* 32. Procul dubio igitur de jure verior est sententia plerorumque Neotericorum, Connan. *lib.* 5. *comm.* 10. Donell. *ad d. l. si unquam.* Ant. Fab. 7. *conject.* 14. & 15. Bachovii *in Treutl. disp. de donat.* asserentium, in solis patronis hanc revocandæ donationis speciem à Constantino introductam atque approbatam esse: quanquam contraria sententia communis est, & in praxi obtinet, ut inter alios testantur Tiraq. *in d. l. si unquam.* Mynsing. 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.

TEXTUS.

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 divis Principibus introductum est, quod ante nuptias vocabatur, & tacitam in se conditionem habebat, ut tunc ratum esset, cum matrimonium esset insecutum. Ideoque ante nuptias vocabatur, quod ante matrimonium efficiebatur: & nunquam post nuptias celebratas talis donatio procedebat. Sed primus quidem divus Justinus pater noster, cum augeri dotes & post nuptias fuerat permissum, si quid tale eveniret, & ante nuptias augeri donationem, & constante matrimonio, sua constitutione permisit: sed tamen nomen inconveniens remanebat, cum ante nuptias quidem vocabatur, post nuptias autem tale accipiebat incrementum. Sed nos plenissimo fini tradere sanctiones cupientes, & consequentia nomina rebus esse studentes, constituimus, ut tales donationes non augeantur tantum, sed etiam constante matrimonio initium accipiant: & non ante nuptias, sed propter nuptias vocentur: & dotibus in hoc exæquentur, ut quemadmodum dotes constante matrimonio non solum augentur, sed etiam fiunt, ita & istæ donationes, quæ propter nuptias introductæ sunt, non solum antecedant matrimonium, sed eo etiam contracto augeantur & constituantur.*

NOTÆ.

3. *Et constante matrimonio*] Dum ne propter nuptias donatio excedat quantitatem dotis, ne fraus fiat juri publico, quo donatio inter conjuges prohibetur, *l.* 1. *& tot. tit. D. de don. int. vir. & ux. & C. eod.* Extat Justini 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, quæ inter sponsum & sponsam fiunt, sensim ita formatas, ut veræ donationes & juris gentium esse desierint.*
2. *Quid primum circa has donationes à Constantino constitutum?*
3. *Quid procedente tempore ab aliis, & n.* 5.
4. *Rei propter nuptias donatæ dominium revera in uxorem non transire.*
6. *Constitutionem Just. de æqualitate dotis & donat. propt. nupt. publica consuetudine repudiatam.*
7. *In Belgio propriè neque donationum propter nuptias, neque dotis usum esse.*

Dos.

DOs & donatio propter nuptias genera ſunt impropriæ 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: undè quæ ita donantur à Græcis ἀντίφερνα dicta ſunt, hoc eſt, quæ vice mutua pro dote dantur. *d. l. ult. in pr.* Eſt igitur donatio propter nuptias veluti contraria dos mariti, hoſtimentum, ἀντισήνωμα dotis uxoriæ: ἔδνον *in Baſilic.* Hujus donationis origo & incrementum hic oſtenditur.

Quod veteribus prudentibus penitus erat incognitum] Veteribus incognitæ non fuere donationes ante nuptias, 1
hoc eſt, quæ inter ſponſum & ſponſam liberalitatis & amoris gratia fieri ſolent, & juris gentium ſunt: ſed talis ſpecies donationis ante nuptias, qualis tempore Juſtiniani frequentabatur, veteribus incognita fuit: utpote quæ demum poſt tranſlationem imperii in Orientem excogitata eſt, ſenſimque ita formata, ut vera donatio & juris gentium eſſe deſierit, factaque ſit ſpecies donationis impropriæ, & quæ omnino ſit juris civilis. Sciendum enim eſt, prioribus temporibus donationes ſponſalitias, hoc eſt, quæ à ſponſo in ſponſam conferebantur, vel contra à ſponſa in ſponſum, (nam & hoc aliquando fiebat, *l. 1. §. 1. D. hoc tit. l. 12. l. 16. C. de don. ant. nupt.*) habitas fuiſſe, non tanquam nuptiarum cauſa, ſed perinde ac ſi purè atque abſolutè factæ fuiſſent, eandemque earum fuiſſe vim, quam habent donationes cæteræ, quæ ex mera liberalitate fiunt, nullo ſcilicet ut caſu ad donatorem reverterentur, *d. l. 1. §. 1. l. 8. cum aliquot ſeqq. C. d. tit.* Itaque ne eo quidem caſu revocare hujuſmodi donationem licebat, quo nuptiæ ſecutæ non eſſent, *d. l. 1. §. 1. l. 2. & l. 12. C. d. tit.* niſi ea lege nominatim facta eſſet donatio, aut id actum evidenter appareret, ut nuptiis non 2
ſecutis res donatæ redderentur. Poſtea ex conſtitutione Conſtantini hoc jure uti cœperunt, 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 condictio daretur ob cauſam dati cauſa non ſecuta: ſin vero per donantem factum eſſet, non ſolum donati eſſet retentio, verum etiam exactio. *d. l. 15.* Quod ſi mors alterutrius ſpem 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: intervenientе vero oſculo, partem tantum dimidiam repetere liceret, *l. ſi à ſponſo. 16. C. eod.* quaſi oſculi jure augeatur jus ſponſalium, & qui oſculum accepit, quaſi maritus ſit, aut certè plus, 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, 3
& 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. 8. §. hæc niſi. 4. C. de repud.* Noviſſimè etiam hoc conſtitutum, ut quibus caſibus maritus ex pacto dotem vel partem ejus lucratur, iiſdem & uxor lucretur donationem propter nuptias partemve ejus, *d. Nov. 61. c. 1. Nov. 91. c. 2. Nov. 97. c. 1.* Doctores vulgo etiam dominium rerum propter nuptias donatarum uxori acquiri affirmant, quos ſequuntur Schneid. *hic n. 5.* & Gudelin. *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 4
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. *tit. ſol. matr. C. de don. propt. nupt.* & eſt *arg. in d. l. 29. C. de jur. dot.* Nam ſi hos fructus mulierem ſequi volumus, futurum eſt, ut mari-

tus, 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.* VINN. Immo non opus eſt poſtrema reſponſione. Nam quum ipſe fateatur auctor, uxori in rebus propter nuptias donatis competere jus pignoris: quidni eadem habeat actionem in rem, puta quaſi Servianam? An ſi mihi actio in rem competit, inde ſequitur ut ſim Dominus? Idem dicendum ad *l.* 29. C. *de jur. dot.* ubi *vindicare* dicitur uxor donationem propter nuptias. *Vindicationes* enim veteribus dictas eſſe actiones omnes in rem, vel ex §. 15. *Inſt. de action.* manifeſtum eſt. HEIN.

A junioribus divis principibus] Tempore Conſtantini hoc genus donationis ante nuptias adhuc incognitum erat; quippe qui hoc tantum introduxit, ut donatio ante nuptias, quæ antea pura habebatur donatio, tacitam haberet conditionem, ſi nuptiæ ſequerentur, *l.* 15. C. *de don. ant. nupt.* Secutis autem nuptiis adhuc pleniſſimo jure, quod donatum erat, manebat conjugis, qui acceperat: nec à ſponſo ſolum, verum etiam à ſponſa Conſtantiniana ante nuptias donatio fiebat, *l.* 16. C. *eod.* Poſteà 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: alioqui non rectè Juſtinus permiſiſſet, ut conſtante matrimonio augeretur; quoniam tali augmento incidiſſet in donationem inter virum & uxorem. Intelligit igitur haud dubiè Imperator principes Conſtantino juniores, qui pro vetere ante nuptias donatione penitus novam hanc ſubſtituerunt, quæ à ſolo ſponſo vel viro fit propter dotem, & in dotis ſecuritatem; & quæ non 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. §. *hæc 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 ſuum 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. ſimplices.* Adhuc donatio ante nuptias arbitraria erat; quamvis dos data eſſet: poteratque aut nulla conſtitui, aut dote minor, majorve etiam, ſi ante nuptias fieret: nec ulla requirebatur aut in partibus lucri, aut in quantitate, quæ utrinque conferebatur, æqualitas. Tantum pacta, quæ inter virum & uxorem fierent, de lucranda dote aut rebus propter nuptias donatis ad partium æqualitatem redigi cœperant. Sic enim à Leone conſtitutum erat, ut quantam partem ſtipulata fuerat mulier ſibi lucro cedere ex ante nuptias donatione poſt mortem mariti, tantam maritus ex dote ſibi ſtipularetur ab uxore, *l. 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. tit. d. l. ult. verſ. ſimplices.* quæ confirmantur adhuc *Nov.* 22. Tandem Juſtinianus *Nov.* 97, 6 unde ſumpta *auth. æqualitas. C. de pact. conv. tam ſup. dot.* ſtatuit, ut non partium ſolum æqualitas eſſet, verum etiam quantitatum, atque omnimodo & in pactis ſtipulationibuſque, & in ipſa etiam præſtatione aut promiſſione, tam dotis quam donationis ante nuptias æqualitas ſervaretur: utque dote vel donatione propter nuptias aucta vel deminuta, ad parem quantitatem altera vel augeretur, vel minueretur: ex quo amplius liberum non fuit donare vel non donare, aut minus dote donare. Cæterum hanc conſtitutionem cum ſua exæquatione & donandi neceſſitate jam pridem repudiavit publica conſuetudo, ut notant Accurſ. *d. auth. æqualitas.* Bald. Salic. *in ſumma. d. l. ex morte.* Schneid. *hic. n.* 4. Gail. 1. *obſ.* 36. *n.* 10. Quin etiam Cujac. 5. *obſ.* 4. refert donationes propter nuptias penitus ex uſu ſublatas eſſe. Sanè in Belgio propriè neque donatio- 7 num 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. Conſulantur ſuper hac re D. Neoſtad. *de pact. antenupt.* Joan. à Sande *lib.* 2. *tit.* 4. *ferè per tot.* Grot. *lib.* 1. *manuduct. ad Bat. juriſp. c.* 5. *& lib.* 2. *c.* 11. *cum* 2. *ſeqq.* Pet. Greg. *ſyntagm.* 11. *c.* 4. Gudelin. *lib.* 1. *de jur. noviſſ. 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 ἀντιφέρνη. Cæteroquin & dos propter nuptias donatio eſt, *d. l. ult.* TEX-

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 mederi necessariumr duximus. Et invenimus viam, per quam manumissor, & socius ejus, & qui libertatem accepit, nostro beneficio fruantur, libertate cum effectu procedente (cujus favore antiquos legum latores multa etiam contra communes regulas statuisse manifestum est) & eo, qui eam libertatem imposuit, suæ liberalitatis stabilitate gaudente, & socio indemni conservato, pretiumque servi secundùm partem dominii, quod nos definivimus, accipiente.*

COMMENTARIUS.

Alius 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 antiquarum, & quem ipse jam antea abrogaverat, quo scilicet pars unius domini communem servum manumittentis socio quærebatur jure accrescendi. Quod jus donationi valdè affine erat; quoniam & ipsum causa erat merè lucrativa: & quia dominium istius partis citra traditionem transibat ad socium, omnino hic modus pertinebat ad jus civile: estque casus quidam, quo jus accrescendi locum habebat extra causam ultimarum voluntatum. VINN. Sed suppetunt plures, veluti in usufructu *tit. ff. de usufr. accr.* & in socio liberalitatis imperialis. *l. un. C. si lib. imp. foc.* HEIN.

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, iisdem modis communem manumittens partem suam amitteret, eaque accresceret socio: quibus autem modis proprium manumittens Latinum faciebat, ut iis modis communem manumittens nihil ageret, id est, neque Latinum faceret, neque partem suam amitteret, Ulpian. *tit. 1. de libert. §. communem.* 18. Paul. 4. *sent.* 12. *in pr.* VINN. Immo ex Ulpiani loco patet, circa manumissos per epistolam aut inter amicos dissensisse veteres, & non omnes, sed plerosque tamen existimasse, manumittentem nihil egisse. Cui sententiæ & Paullus favet. HEIN.

Eo casu pars amittebatur] Nam cum ea à domino manumissore abiret, nec tamen aut libertas communi servo ab uno è dominis in præjudicium socii sui dari posset, aut quisquam pro parte servus pro parte liber esse, quoniam status hominis individuus est: necessario eveniebat, ut pars manumissoris, quippe quæ nullius esse non poterat, accresceret accederetque socio: non absimili ratione, qua placet usumfructum in jure cessum extraneo extingui & redire ad proprietatem: quod explicatum §. *pen. sup. de usufr.*

Per nostram constitutionem mederi] *l. 1. C. de comm. serv. man.* ubi quod in solis militibus antea obtinebat, jus commune facit, sancitque generaliter, ut servus communis ab uno ex dominis 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 loquatur 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. del.* 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 definivit; crescuntque à decem solidis usque ad septuaginta, *d. l.* 1. §. *ne autem.* 5. *C. de comm. serv. man. l. ult. C. de cond. insert.* quod tamen nonnulli non satis prudenter factum existimant, definitionemque pretii in singulis casis arbitrio magistratus potius permittendam fuisse. Hujus §. nullum esse hodie usum intelligi potest ex iis, quæ diximus *l. 1. tit. de jur. person.*

TITULUS OCTAVUS

QUIBUS ALIENARE LICET, VEL NON LICET.

Continuatio, atque argumentum tituli.

EXplicati hactenus sunt plerique modi, quibus dominium rerum singularum nanciscimur tum jure gentium tum jure civili. In his præcipuus & modus maximè naturalis est, cum dominus rem suam ita alteri tradit, ut eam velit fieri accipientis, §. *per traditionem.* 40. *sup. de rer. div.* Cæterum cum hoc non semper procedat, propterea quod non omnes, qui domini sunt, jus alienandi rem suam, vel etiam administrandi, habeant; deinde quia quandoque etiam contingit, ut is, qui dominus non est, dominium in accipientem transferat, eo quod alienandi potestatem à lege accepit: utrumque hoc Justinianus exemplis sibi declarandum putavit proprio titulo: quem idcirco etiam statim superioribus subjicit. In *princ. & §. ult.* profert exempla eorum, qui cum domini sint, jus tamen alienandi non habent: in §. 1. exemplum contrarium.

TEXTUS.

Summa tituli, de Marito, qui licet fundi dotalis Dominus sit, tamen alienare nequit.

Accidit aliquando, ut qui dominus rei sit, alienare non possit: & contra, qui dominus non sit, alienandæ 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, quæ Italicæ fuerant: & alienationes inhibebat, quæ invita muliere fiebant: hypothecas autem earum rerum etiam volente ea: utrique remedium imposuimus, ut etiam in eas res, quæ in provinciali solo positæ sunt, interdicta sit alienatio, vel obligatio, ut neutrum eorum neque consentientibus mulieribus procedat: ne sexus muliebris fragilitas in perniciem substantiæ earum convertatur.

NOTÆ.

Dotale prædium] Inæstimatum scil. nam æstimato in dotem dati alienatio marito permissa, *l.* 10. §. 4. *D. de jur. dot. l.* 5. *l.* 10. *C. eod.* sicut & rei mobilis, *l.* 3. §. 2. *D. de fuis & 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 Juliæ 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 Juliæ?*
4. *Cur lex arctius prohibuerit fundi dotalis oppignerationem, quam alienationem?*
5. *Quantum mores nostri dissideant à jure scripto?*

Dotale prædium maritus prohibetur alienare] Primum exemplum, quo ostenditur, eum, qui dominus est, aliquando alienare non posse, propositum judicio dianoëtico syllogismi tertiæ figuræ partibus omnibus explicati. Est vero partium metathesis, qua sublata apparebit syllogismus integer in Felapton: *Maritus prædium dotale alienare non potest. Maritus est dominus prædii dotalis. Ergo quidam rei dominus eam alienare non potest.* Ait *prædium:* ergo rei mobilis alienatio marito prohibita non est: quod etiam probant textus in *l.* 3. §. 2. *de fuis & 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. tit. de serv. pign. &c.* nam alioqui in fraudem uxoris id facere censetur; quippe cui dos deberi incipit: ex quo constat, mariti facultates ad exactionem dotis non sufficere, etiamsi matrimonium necdum solutum sit, *l. 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, sive mobiles sint sive immobiles, liberè à marito alienari posse vel ex eo patet, quod soluto matrimonio non res ipsæ, sed pretium sive earum æstimatio in restitutionem veniat judicio venditi, *l.* 10. §. *si ante.* 4. *de jur. dot. l.* 5. *l.* 10. *C. eod.* Utique si æstimatio facta sit venditionis causa: secus autem si facta sit tantum intertrimenti, i. taxationis causa: ut constet, 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 Wesembecius, contendens, maritum non alias res mobiles alienare posse, quam quæ servando servari nequeunt, *arg. l. lex quæ.* 22. *C. de adm. tut.* longè enim plus juris maritus habet, quam tutor: & futilis collectio est ex *l. res in dotem.* 42. *de jur. dot.* rerum, quæ pondere, numero, mensura constant, maritus liberam alienationem habet; ergo cæterarum rerum mobilium non habet: atque hoc tantum Jurisconsultus ibi docere voluit, quantitatem in dotem dari eodem jure & obligatione, qualis est in mutuo.

Per legem Juliam] Quæ vulgo appellatur Julia de fundo dotali, *l.* 1. *l.* 4. *de fund. dot.* Tulit hanc legem Augu-

Auguſtus: eſt enim ea ipſa, quæ de adulteriis & de pudicitia dicitur, ut conſtat ex Paul. 2. *ſent.* 21. atque ex inſcriptione multorum capitum ſub *d. tit. de fund. dot.* quippe lex illa inter alia hoc etiam caput de fundo dotali habuit, conceptum in hæc verba; *Fundum Italicum dotalem maritus invita uxore ne alienato; neve conſentiente ea obligato, l. un. §. & cum lex.* 15. *C. de rei ux. act.* Adi Briſſon. *lib. ſing. ad leg. Jul. de adult.* ubi hujus legis capita, quæ quidem in libris noſtris continentur, accuratè collegit & expoſuit. Cauſa prohibitionis eſt favor dotium, quas mulieribus ſalvas eſſe etiam publicè expedire creditur, quo facilius iterum virum inveniant, *l. 2. de jur. dot.* Ac tametſi 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. tut.* Cæterum non de rebus dotalibus omnibus lex cavit, ſed de prædiis duntaxat; utpote quorum alienatio mulieribus maximè damnoſa eſſe poteſt, propter harum rerum pretium. Sed & prohibita rerum mobilium alienatione facilè fieri poſſet, ut multi deciperentur, magnaque inde ſequerentur incommoda.

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. quotiens.* 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 cauſa dotis tradens non transferret uſucapiendi facultatem, neque marito amiſſa poſſeſſione daretur actio in rem Publiciana, *l.* 3. §. 1. *de Public. in rem. act.* Idem quoque arguunt effecta juris dominici propria; qualia ſunt, quod maritus ſolus rem dotalem vindicat, *l. doce.* 9. *C. de rei 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 uxoriæ, aut ex ſtipulatu. Poſtremo ſi maritus dominus rei dotalis non eſſet, quid opus fuit lege, qua marito interdiceretur fundi dotalis alienatio? Rectè igitur Græcis in *Baſil.* 47. *tit.* 1. τὸ ἀφαιρετὸς ἐν τῷ γάμῳ ὁ ἀνὴρ κύριος. Non pauca tamen huic ſententiæ obſtare videntur, atque uxori, non marito, dominium dotis aſſerere. In *l. quamvis.* 75. *de jur. dot.* dos dicitur eſſe ipſius mulieris: alibi proprium mulieris patrimonium, *l.* 3. §. *ergo.* 5. *de minor. l. in eum.* 16. *de rel. & ſumpt. fun. l.* 4. *de collat. in l.* 7. §. *ſi fundum.* 12. *ſol. matr.* De fundo dotali 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 ſatisdare ea de cauſa non teneatur. *l. ſciendum.* 15. §. 3. *qui ſatisd. cog.* Denique generaliter à Juſtiniano traditum eſt, res dotales in dominio uxoris permanere. *l. in rebus.* 30. *C. de jur. dot.* Hæc noſtri non uno modo componunt. Donellus *lib.* 14. *comm.* 4. putat, maritum rerum 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. quæſt.* 3. & Joan. del Caſtill. *de uſufr. c.* 4. marito nihil fermè tribuunt, præter jus rebus dotalibus utendi fruendi. Robertus 3. *ſent.* 18. dominium dotis marito concedit, proprietatem negat. Nonnulli dominium bonitarium penes maritum fuiſſe contendunt, Quiritiarium penes uxorem, ut Perenot. 2. *animadv.* 2. alii contra, illud penes uxorem, hoc penes maritum, ut Hotom. *hic.* Cæterum nemo horum quicquam affert, quod mihi probari poteſt. Donelli diſtinctio apertè vitioſa eſt: nam cum per ſe dotis conſtitutio ſit titulus idoneus ad transferendum dominium, *d.* §. *per traditionem.* 40. neceſſe eſt, ut tam rei inæſtimatæ in dotem datæ dominium in maritum tranſeat, quam æſtimatæ: aut ſi aliena res eſt, uſucapiendi 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 cauſa perpetua eſſe dicitur, *l.* 1. *de jur. dot.* id ad votum dantis referendum eſt, quod ea intentione detur, ut perpetuo apud maritum ſit. At rei æſtimatæ dominium pleniſſimè atque irrevocabiliter 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 cauſa æſtimatio facta ſit, ut paulo ante notatum. Idemque eſt, cum res fungibilis in dotem data eſt: perinde enim tunc maritus obligatur, ac ſi mutuum accepiſſet. *l. res in dotem.* 42. *de jur. dot.* Quid quod admiſſa diſtinctione Donelli fatendum erit, dominium rei dotalis non aliter transferri, quam ſi venditio aut mutuum contractum ſit: quod qui aſſerit, vi ipſa ſimpliciter negat, contra juris auctoritatem, rem ex cauſa dotis transferri, aut dotem eſte 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 Juliæ prohibitio ad fundum dotalem non æſtimatum ferè ſolum pertinet: ad æſtimatum non pertinet, niſi uno illo & altero caſu, quem ſupra indicavimus. Vulteji quoque diſtinctio tolerari non poteſt, & à juris ratione nimium quam abhorret. Res ipſa in dotem data, non jus aliquod in ea re, mariti effici dicitur; *l.* 7. §. *ſi res.* 3. *de jur. dot.* prædium ipſum dotale mariti eſſe, dominium hujus prædii marito quæri, *d. l.* 13. §. 2. *de fund. dot. & hoc loc.* Quibus textibus, atque aliis, quos ſupra adduximus, refutatur etiam opinio Vaudi & del Caſtill. Pluribus atque ex profeſſo diſtinctionem Vulteji confutat D. M. Lyclama 7. *membr.* 26. Roberti merum commentum eſt, atque inauditum, alium dominium rei habere, alium proprietatem. Perenotti ſententia plus coloris

habet: sed tamen & ipsam falsam esse existimo. Moveor quod distinctio illa dominii bonitarii & Quiritiarii non pendet à titulo aut causa acquirendi, sed à genere & modo, quo res in accipientem transferebatur. Potuit ergo maritus & ex jure Quiritium habere, puta si mancipatio aut in jure cessio interveniisset: 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 perspicuè errat Hotom. *fac. l. 7. §. si res. 3. l. quamvis. 75. de jur. dot. l. Lucius. 21. §. 4. ad municip.* Una hujus difficilis conciliatio est, eaque simpliciissima, ut dicamus, solum maritum esse rei dotalis etiam inæstimatæ verum justumque dominum: cæterum 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 quærit constitutioni suæ, qua contra rationem juris uxori pro rebus dotalibus tam æstimatis, quam inæstimatis, concedit actionem in rem. Quod tamen cum D. Bachovio de utili in rem accipio, & quæ soluto demum matrimonio uxori detur in subsidium, ubi maritus solvendo non est.

In rebus, quæ Italicæ fuerant] In prædiis igitur provincialibus legi locus non fuit: sed potuit maritus ea liberè alienare. Quod tamen absurdum merito videri potest: & maximè post constitutionem Antonini, qua provinciales omnes civitate donati sunt. *l. in orbe. 17. de stat. hom.* Nam etsi prædiorum provincialium summum jus & dominium Quiritiarium penes possessores non erat; proximum tamen pleno dominio jus habebant, quod in quemvis alium transferre poterant, omniaque percipiebant prædiorum emolumenta, uno excepto, quod certum vectigal prædiis impositum cotannis solvere tenebantur. Cur igitur magis in Italia, quam in provinciis, mulieribus prospectum, cum idem ubique sit, aut esse debeat, dotium favor? Existimo, non defuisse alia remedia, quibus nupturæ sibi in provinciis consulere potuerint. Lepidum vero est, quod Dionys. Gothofred. *in notis ad Theoph.* scribit, fundum extra Italiam situm per legem Juliam ne volente quidem uxore alienari potuisse. VINN. Immo nec opus fuit prohibere alienationem fundi dotalis provincialis, quippe qui ab emtore usucapi non poterat, adeoque soluto matrimonio semper poterat vindicari, quod secus se habebat in fundo Italico. *l. 17. ff. de statu hom.* huc plane non pertinet. Communicato enim cum universo orbe Romano jure civitatis Romanæ, non ideo sublatum est discrimen soli Italici & provincialis, quod Justinianus demum abolevit *l. un. C. de nud. jur. Quir. toll. l. un. C. de usucap. transform.* HEIN.

Alienationes inhibebat] Alienatio dicitur omnis actus, per quem dominium transfertur, *l. 1. C. de fund. dot.* Itaque non tantum distrahi fundus dotalis prohibetur, sed etiam donari, permutari, in solutum dari, legari: ac ne quidem si miles legaverit, ratum erit legatum propter legem Juliam, *l. dotalem. 16. de testam. mil.* Sed & usucapio quoque appellatione alienationis con- 3
tinetur, *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. §. qui sciens. 5. pro empt.* Alienatum autem propriè non videtur, quod adhuc in dominio nostro manet, quamvis venditum rectè dicatur, *l. alienatum. 67. de verb. sign.* sed tamen alienatione prohibita eos quoque casus comprehendi intelligimus, quibus jus aliquod in re à dominio separatum transfertur, *l. ult. C. de reb. al. non alien.* Quare nec servitutem prædio dotali maritus imponere poterit, nec servitutes prædio debitas remittere, vel amittere, non utendo, *l. 5. de fund. dot.* Cui consequens est, libertatem servitutis urbano prædio dotali debitæ ex cessione patientiave mariti non competituram, ne per hoc prædii conditio deterior fiat, *l. 6. eod. tit.*

Hypothecas earum etiam volente ea] Lex Julia alienationes prædiorum dotalium prohibuit, quæ invita mu- 4
liere 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 præsens periculum est, sed spes, fore, ut maritus rem luat, quam alienationi, per quam rei ipsius dominium statim in alium transfertur. Quod igitur facilius mulier concessura erat, arctius lex, imo solum prohibere voluit: uti passim videmus ea sola legibus prohiberi, quæ facilè fieri possunt, cum lex ea fieri non vult, non quæ difficulter. Hac ratione Senatusconsulto Vellejano mulieri pro alio se obliganti succursum est, non donanti, nimirum quia, ut inquit Jurisconsultus, facilius se mulier obligat, quam alicui donat, *l. 4. §. 1. ad Sen. Vell.* Eadem ratio fuit legis Fusiæ Caniniæ infinitam manumissionem in testamento prohibentis, non inter vivos *sup. de leg. Fus. Can.*

Utrique remedium imposuimus] Justinianus legis Juliæ prohibitionem primum porrexit ad prædia provincialia, *d. l. un. §. & cum lex. 15. 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. 15. vers. cum autem.* Hæc autem prohibitio in quibusdam casibus cessare creditur, quos collegit Christin. *vol. 3. decis. 133. num. 20. & 28. cum seqq.*

Ne sexus muliebris fragilitas] Ratio cur legi Juliæ hactenus derogarit, ut nec alienationem prædii dotalis, quæ cum consensu mulieris fit, valere patiatur; quia fcili-

ſcilicet ſuccurrendum putavit facilitati mulierum, quæ vel fragilitate ſexus, vel mariti reverentia aut amore ductæ facile rerum ſuarum alienationibus conſenſum accommodant, τὶ γὰρ εἰς ἀπάτην ἀπλάστερον γυναικὸς, Liban, *Declam.* 35. Pontifices tamen hujuſmodi alienationes, ſi jurato mulier conſenſerit, firmas manere præcipiunt, *c. cum contingat. x. de jurejur. c. licet mulieres. eod. in* 6. Moribus harum regionum marito dominium rerum, quas uxor in matrimonium confert, non quæritur; ſed nullis antenuptialibus inſtrumentis confectis bona omnia utriuſque conjugum communia fiunt, ut alibi dictum. Cæterum ſive facta ſit bonorum communio, ſive 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. Neoſtad. *de pact. antenupt. obſ.* 10. Grot. 1. *introd. c.* 5. *& alii alleg.* à Groenew. *hic, tract. de ll. abrog.* Contra vero mulieres nuptæ res ſuas obligandi aut alienandi jus non habent: ac neque ex contractu ſine conſenſu maritorum inito obligantur, niſi quatenus ea obligatio ſpectat victum & cultum familiæ: exceptis palam negotiantibus, quæ inſtitorum jure utuntur, atque in negotiatione, quam exercent, ſe viroſque ſuos obligandi poteſtatem habent, D. Joan. à Sande *lib.* 2. *tit.* 4. *defin.* 3. *&* 4. Non idcirco tamen minus in interceſſionibus beneficio Senatuſconſulti utuntur, D. Neoſtad. *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 debitores temere ſuarum rerum dominium amittere viderentur, noſtra conſtitutione conſultum eſt, & certus modus impoſitus eſt, per quem pignorum diſtractio poſſit procedere: cujus tenore utrique parti creditorum & debitorum ſatis abundeque proviſum eſt.*

NOTÆ.

1. *Ex pactione*] Idem eſt, licet pactio nulla interpoſita, *l.* 4. *D. de pign. act.* neutrum autem procedit ſine prævia denuntiatione, *l.* 4. *C. de diſtr. pign. l.* 10. *C. de pign.* Sed etſi convenerit, ne liceat vendere, adhuc tamen diſtrahi poteſt, modo trina præceſſerit denuntiatio, *d. l.* 4. *de pign. action.*

Qui ab initio pactus] Aut etiam ex intervallo. *d. l.* 4. *D. de pign. act.* Itaque hic caſus non magis huc pertinet, quam cum procurator voluntate domini rem alienat, §. 42. *ſup. de rer. div.* Rectius huc referas tutores & curatores.

Noſtra conſtitutione] *l. ult. C. de jur. dom. imp.* ubi nova forma diſtrahendi pignoris prolixe 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, & ſolutio ſua die facta non fuerit?*
3. *Formam vendendi pignoris à Juſtiniano præſcriptam vix ullibi locorum obſervari.*

HIc ex diverſo oſtenditur, etiam eum aliquando, qui dominus non eſt, alienandæ rei poteſtatem habere, exemplo creditoris pigneratitii. Magis autem huc pertinent tutores & curatores, quibus res pupillorum ſuorum & adultorum alienandi poteſtas non à domino, ſed jure tributa eſt, *l. bona fidei.* 109. *de verb. ſign.* quamvis his non quævis permiſſa alienatio, nec omnium rerum abſque decreto. De quo vid. *l.* 9. §. *ſicut.* 5. *l.* 12. §. 1. *l. tutor.* 22. *l. Lucius.* 46. §. *ult. de adm. tut. l. non omni.* 16. *l. lex quæ.* 22. *C. eod. l.* 1. *& paſſ. de reb. eor. qui ſub tut.*

Ex pactione] Pertinet igitur hic locus ad alienationem pignoris conventionalis. Ait, *ex pactione.* Quid ergo ſi de diſtrahendo pignore nihil convenerit? adhuc eo jure utimur, ut diſtrahere liceat. *l.* 4. *de pign. act.* Quin hoc ipſi naturæ pignoris ineſt. Atque hic caſus potius ponendus fuerat, quam cum pignus alienatur ex conventione atque expreſſa voluntate debitoris, per ea, quæ ſtatim ſequuntur. Imo tantum abeſt, ut pactio ad alienationem pignoris neceſſaria ſit, ut etiamſi nominatim contra convenerit, ne liceret pignus vendere, adhuc tamen liceat, ſi modo ter (per juſta intervalla, quod judex arbitrabitur. Neguſ. *de pign.* 1. *membr.* 6. *part. principal. 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 denuntiatio ſufficere putatur, *argum. d. l.* 4. *de pign. act. l.* 3. *C. de jur. dom. imp. l.* 4. *C. de diſtr. pign. l. debitoribus.* 18. *C. de adm. tut.* quamvis etiam hoc caſu tres deſiderare videatur Paulus 2. *ſent.* 13. Hoc amplius putarem cum Caſtrenſ. ad *d. l.* 4. Neguſ. 1. *membr.* 6. *part. pr. n.* 1. Schneid. *num.* 2. contra *Gloſſ.* Salic. *in l.* 1. *C. de diſtr. pign.* Weſemb. *hic.* etiam tunc unam ſaltem denuntiationem requiri, cum expreſſe convenit, ut pignus vendere liceat; cum nec ante debitor conſtituatur in mora. Eſtque in eam rem textus apertus in *d. l.* 3. §. 1. *C. de jur. dom. imp.* & jure quoque veteri ſic obtinuiſſe liquet ex *l. debitores.* 10. *C. de pignor. & 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. §. 2 1. *C. de jur. dom. imp.* Shneid. *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.* 12. *C. de contr. stip.* Neguſ. *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 protinus 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 conventione competit ob non solutam sua die pecuniam. Quo tamen & ipso casu non solum humanius, sed etiam tutius facturus est creditor, si futuram venditionem denuntiet debitori, ut se fraudis suspicione liberet, nec dolo malo in ea venditione versatus quandoque dici possit, *l.* 7. *C. de distr. pign. l.* 1. *C. si vend. pign. agat.* Bald. *in l.* 4. *C. de distr. pign.* Castr. *in l.* 4. *de pign. act.* Ant. Fab. *C. suo de distr. pign. defin.* 13. add. Joan. à Sande *rer. jud. lib.* 3. *tit.* 12. *defin.* 20. Quid quod hoc ipsum, quod DD. pro certi juris regula ponunt, solo diei lapsu citra aliam interpellationem debitorem constitui in mora, non usque adeo certum est; & sunt, cui falsum existimant. Ferret. *tractat. de mora.* Charond. 3. *verosimil.* 10. Bachov. *in Treutl. 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 huc pertinet, quam si procurator, cui id dominus specialiter mandavit, rem alteri vendiderit & tradiderit. Nihil enim interest, utrum ipse dominus rem alteri tradat dominii transferendi causa, an voluntate ejus. §. *nihil.* 42. *sup. de rer. div.*

Nostra constitutione consultum] Olim jus vendendi pignoris liberius fuit, quod Justinianus ita coërcuit, ut nec creditores putaverit habere, quod conquerantur, & debitoribus justum spatium esse ad expediendam solutionem. Summa constitutionis Justinianeæ, quæ est *l. ult. C. de jur. dom. imp.* huc redit; ut si de vendendo pignore nihil convenerit (alioqui forma conventione præscripta in distractione servanda est) jus sit creditori altero demum post denuntiationem anno id vendere. Si 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, quæsita pecunia persolvere, & pignus luere possit: eo vero tempore sine solutione transacto, creditor justus pignoris dominus efficiatur. Sed hæc for- 3 ma vendendi pignoris vix ullibi locorum nunc observatur, vid. Bart. *d. l.* 4. *de pign. act. & d. l. ult. C. de jur. dom. imp.* Schneid. *hic. num.* 6. Baron. *comm. part.* 2. Christin. *vol.* 4. *decis.* 172. *n.* 3. & ibi citat. Antiqua ratio planior & simplicior hæc fuit, ut annua pignoris proscriptione creditor ejus dominus efficeretur, si debitor id non lueret. Moribus nostris vix convenit, ut creditor privata auctoritate pignus distrahat; sed distractio addictione fieri solet auctoritate magistratus, uti jure Rom. in 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.* 9. *C. de bon. auct. jud. possess. c. quoad consultationem. ff. de sentent. & re jud.* Dyn. *in l. si finita.* 15. §. *Julianus.* 16. *de damn. inf.* Neguſ. *d. loc. num.* 7. *& seqq.* Christin. *vol.* 4. *decis.* 165. vid. Merul. *lib.* 4. *tit.* 100. *cap.* 1. *num.* 10. Neostad. *decis.* 90. *supr. cur.* Finis venditi pignoris est, ut ex pretio inde redacto creditori satisfiat: quod ultra consecutus est, id restituere debet, 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.

TEXTUS.

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 mutuam pecuniam sine tutoris auctoritate alicui dederit, non contrahit obligationem: quia pecuniam non facit accipientis: ideoque vindicari nummi possunt, ubicubi extant. Sed si nummi, quos mutuo minor dederit, ab eo, qui accepit, bona fide consumpti sunt, condici possunt: si mala fide, ad exhibendum de his agi potest.*

NOTÆ.

2. *Ideoque si mutuam pecun.*] A remotione generis ad remotionem speciei. Nam & mutui datio alienatio est, *l.* 2. §. 2. *l.* 16. *l. pen. D. de reb. cred. d. l.* 9. *princ. de auct. tut.* & in nativo suo significatu, *l.* 1. *C. de fund. dot.* ita interpp. omnes, & noviſſime Fabrot. & Grot. *in sparſ. flor.*

Bona

Bona fide consumpti] Consumptio bona fide facta conciliat mutuum & condictionem 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.*

COMMENTARIUS.

1. *Corpora, quæ mutuo dantur, alienari. De quo cum D. Salmasio sermo.*
2. *Nummi quando consumpti intelligantur?*
3. *Mutuum non confirmari consumptione nummorum facta mala fide.*
4. *Cur in casu consumptionis malæ fidei tantum actionis ad exhibendum hic mentio fiat, emendato errore Cujacii?*

REdit ad eos, qui, cum domini sint, alienare non possint. Meminit porro unius pupilli: sed sunt in hoc numero plures: nam & puberes minorés curatorem habentes huc pertinent, *l.* 3. *C. de rest. in int. l. lex quæ.* 22. *C. de adm. tut.* item is, cui bonis interdictum est, qui, cum de eo obligando, aut alienando deminuendove ejus patrimonio agitur, in eadem causa cum furioso habetur, *l.* 6. *de verb. obl. l.* 12. *in fin. de tut. dat.* tum etiam cæteri, 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 tut. & cur. dat.* Filius quoque familiæ non potest alienare bona adventitia, quorum usumfructum pater habet, *l. ult.* §. *ipsum.* 5. *vers. Filiis a. C. de bon. quæ lib.* 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.* Cæterum auctore tutore & obligari potest, modo infantiam excesserit, & res suas recte alienat. *d. l.* 9. *l.* 5. *de reg. jur.* §. *pupillus.* 9. *inf. de inut. stip.* Res intellige, quarum alienatio sine decreto non est interdicta. Nam prædia pupillorum olim rustica, postea omnia, & res etiam mobiles, quæ sine detrimento servari possunt, absque decreto magistratus alienari prohibita, *l.* 1. *& tot. tit. de reb. eor. qui sub. tut. & tit. C. de prad. & al. reb. min. sine dec. non al. d. l. lex quæ.* 22. *C. de adm. tut.*

Ideoque si mutuam pecuniam, &c. non contrahit obligationem.] A genere ad speciem. Pupillus nullam rem sine tutoris auctoritate alienare potest: ergo nec mutuam pecuniam dando eam facit accipientis: quo fit, ut nec mutui obligatio contrahatur, nec condictio pupillo competat: siquidem mutui obligatio, nisi nummi accipientis fiant, non nascitur, *l.* 2. §. 2. *de reb. cred.* Supponit igitur Imp. id quod mutuo datur alienari, seu mutui dationem esse speciem alienationis. Quod & alibi constanter traditum est, *l.* 9. *pr. de auct. tut. l.* 16. *l. pen. de reb. cred.* nec minus perspicuum, quam verum: quippe cum omnis actus, per quem dominium transfertur, vere & proprie fit 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.* 35. §. 1. *de donat.* Nec vero ideo minus alienantur, quia accipiens obligatur ad rem ejusdem generis restituendam, puta frumentum pro frumento, vinum pro vino. Quid enim refert ad alienationem ejus, quod datum est, utrum mihi, verbi causa, frumentum ea lege datum sit, ut pro eo vinum aut oleum viciſſim dem, uti fit in permutatione; an frumentum ita datum, ut pro eo reddam aliud frumentum, ut fit in mutuo? Est igitur mutui datio, alienatio in nativo suo significatu: & ita interp. omnes, ac noviſſime Fabrot. *ad Theop. &* Grot. *in sparſ. flor.* De quo cum sermonem haberem cum summo atque incomparabili viro D. Claud. Salmasio, hactenus quidem mihi assensus est, ut fateretur, corpus rei, quæ datur, in mutuo alienari: sed negabat, ex eo effici, mutuum alienationem esse, nisi forte materialiter. Proprie autem & formaliter mutuum non posse dici alienationem, propterea quod in eo nulla contingeret alienatio datæ quantitatis sive sortis, quæ diversum quid esset à data specie apud debitorem pereunte, & in qua proprie subsistantia mutui consisteret, uti recte docuisset Car. Molin. *tractat. de usur.* Et simul interventu aliorum sermo noster interruptus est. Potest autem admitti D. Salmasii sententia, si appellatione mei & tui etiam obligationem & actionem comprehendas, ut fit interdum. *l.* 1. *quod cert. loc. l. repetitio.* 44. *de cond. ind. l.* 6. §. *apud Labeonem* 6. *quæ in fraud. cred. l.* 91. *de verb. sign.* Proprie tamen loquendo nec ipsa sors nostra manet: nec enim quod nobis debetur, quod est in credito, proprie nostrum est, *l.* 27. §. 2. *l.* 34. *princ. de aur. arg. mund. leg.* Boët. *in Top. lib.* 2. *pecunia in nominibus debita non est nostra, sed debitorum.* Et ita in *l.* 1. *de lib. leg.* & ideo creditori non vindicatio sortis, sed tantum condictio datur, qua intendat, verbi causa, centum sibi dari oportere, nemo autem rem suam condicit, aut sibi dari oportere intendit, §. 14. *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 extant] Similis locus est in *l.* 11. §. *ult. de reb. cred.* At, inquies, de pupillo responsum est, eum nisi præsente tutore ne possessionem quidem, quæ naturalis est, alienare posse, *d. l.* 11. *de acq. rer. dom.* rationi autem juris non convenire, ut possidenti detur vindicatio adversus eum, qui nec natura possidet. Resp. ut vindicationi locus sit, satis esse rem ab alio quovis modo detineri & restitui posse, *l.* 9. *de rei vind.* adeoque pupillum, etsi animo desinere possidere non potest, corpore tamen posse, atque in alium possessionem, quatenus facti est, sine tutoris auctoritate transferre, *l. 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 vanno aut cribro utendi. Dion. Gothofredus ad *l.* 9. §. 2. *de auct. tut.* scribit, pecuniam in propositio

intelligi consumptam, cum is, qui accepit, eam alteri credidit aut in solutum dedit: utiturque argumento *l. non omnis.* 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 apparet, non potest dici consumpta; & apud quemcunque, aut ubicunque extat, in eadem causa & ejusdem manet, & à domino vindicari po-
2 test, ut proxime Imp. dixit. Quando igitur consumi intelligitur? nimirum cum quis ea sic utitur, ut eo facto corpora ipsa nummorum, quæ data sunt, non apparcant. Id vero contingit, primum corporibus sublatis; veluti si quis ex accepta pecunia vas aliquod conflaverit. Quo facto pecunia extinguitur. Neque obstat distinctio §. *cum ex aliena.* 25. *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 moneta & species est, non illa, quæ prius fuerat. Deinde etiam corporibus nummorum integris manentibus; veluti si quis nummos acceptos ita aliis miscuerit, ut discerni non possint: nam etiam ea re eum, qui accepit, dominum fieri placet, *l. si alieni.* 78. *de solut.* Don. *ad l. rogasti.* 11. §. *ult. d. t. n.* 9. Ait, *bona fide.* Quod ergo in *d. l. non omnis.* §. 1. *de reb. cred.* & si qui sunt alii loci similes, dicitur simpliciter, si pupillus sine tutoris auctoritate credendi causa pecuniam dederit, consumpta ea nasci condictionem, id ex *hoc loco* 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 es-
3 se, qui credidit. Efficitque hoc etiam ratio juris; quia quæ dolo malo consumpta sunt, non alio loco jure habentur, quam si adhuc extarent, nec consumta 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 quæratur, & tamen bona fide tantum facta consumptione mutuum, quod ab initio non consistebat propter inutilem numerationem, convalescere, id mihi plane ἀσύστατον 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 rer. div.*

Condici possunt] Quod valet in nummis alienis mutuo datis, ut his bona fide consumptis ei, qui dedit, condictio detur tanquam ex mutuo, *l.* 11. §. *ult. cum* 2. *ll. seqq. de reb. cred.* id valet & in ea pecunia, quæ dantis fuit, si is rei suæ alienandæ facultatem non habuit, qualis est pupillus. Quapropter si pupillus sine tutoris auctoritate crediderit, consumptis nummis & illi condictio nascitur, *l. non omnis.* 19. §. 1. *de reb. cred.* & omnino quæ translatæ ab initio pecuniæ vis est, eandem esse placet & bona fide consumptæ, quasi translatæ: unde 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, & condictionem in proposito dari, non quidem quasi ex mutuo, quia consumptio mala fide facta dominum non facit, ut paulo ante probavimus: sed condictionem 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 ma-4 la fides pro possessione est. Sed, inquit, in rem utilis est; ad exhibendum directa: quare commodius, agi ad exhibendum, quam in rem. Quod falsum est, & inconsiderate à Cujacio prolatum. Non enim magis fieri potest, ut contra eum, qui possidere desiit, detur directa ad exhibendum actio, quam directa in rem: cum ille non magis exhibendi, quam restituendi facultatem habeat. Sed ut contra possidentem rem mobilem utraque directa est, ita contra eum, qui dolo malo desiit possidere, utraque utilis. Nam quod dolus pro possessione est, id non ex vero, sed ex interpretatione est & fictione juris, quæ utili tantum actioni locum facit. Cur igitur actionis ad exhibendum meminit duntaxat? Quia utili judicio ad exhibendum semper consequitur actor id totum, quod sua interest, §. 3. *inf. de off. jud.* vel permittitur rei petitæ æstimatio ipsius jurejurando, ut fit in eadem actione directa, si possessor per contumaciam rem non exhibeat: quo casu per jusjurandum in litem petitoris possessorem damnari certum est. *l.* 3. §. 2. *ad exhib.* Cum igitur præparatorio judicio illud ipsum consequatur actor, quod rem vindicando consecuturus esset, nihil supereſt, quod alia actione persequatur. Ita in simili Jurisconſ. *d. l.* 11. §. *ult. de reb. cred. Vindicari nummi possunt, si extant, aut, si dolo malo desinant possideri, ad exhibendum agi.* Cujus loci lectionem frustra Donellus conatur emendare.

TEXTUS.

3. *At ex contrario omnes res pupillo & pupillæ sine tutoris auctoritate recte dari possunt. Ideoque si debitor pupillo solvat, necessaria est debitori tutoris auctoritas: alioqui non liberabitur. Sed hoc etiam evidentissima ratione statutum est in constitutione, quam ad Cæsarienses advocatos ex suggestione Triboniani, viri eminentissimi, Quæstoris sacri palatii nostri, promulgavimus, qua dispositum est, ita licere tutori vel curatori debitorem pupillarem solvere, ut prius judicialis sententia sine omni damno celebrata hoc permittat. Quo subsecuto, si & judex pronuntiaverit, & debitor solverit, sequatur hujusmodi solutionem pleniſſima securitas. Sin autem aliter quam dispositum, solutio facta fuerit, pecuniam au-*

autem ſalvam habeat pupillus, aut ex ea locupletior ſit, & adhuc eandem pecuniæ 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 pupillæ ſolvere ſine tutoris auctoritate non poſſunt: quia id, quod ſolvunt, non fit accipientis: quam ſcilicet nullius rei alienatio eis ſine tutoris auctoritate conceſſa ſit.

NOTÆ.

3. *Pleniſſima ſecuritas*] Ita ut nec in integrum reſtitutioni ſit locus; quod beneficium ſola tutoris aut curatoris interveniens auctoritas non excludit. *tit. C. ſi tut. vel cur. int.*

Salvam habeat, aut locupletior] *L.* 15. *l.* 47. *l.* 66. *D. de ſolut. l.* 4. §. 4. *de dol. exc. l.* 14. *D. de cond. ind. l.* 57. *de reg. 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 inſpiciatur, diſce ex *l.* 4. *D. de except. d. l.* 47. *pr. & §.* 5. *de ſolut.*

Male conſumſerit] Th. ἀσώτως ἐδαπάνησε, per luxum prodegerit.

Aut vi] Deeſt in vet. lib. Cujac. Hotom. nec Th. habet.

Nullius rei alienatio] Argumentatio à genere ad ſpeciem, quæ valida εἰς ἀναγκαῖον. 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 ætatis non reſtitui.*
5. *Quid ſi nummos ſine tutore aut judice ſibi ſolutos ſalvos habeat pupillus?*
6. *Cujus periculo ſit pecunia, quam pupillus ſine tutoris auctoritate credidit aut in ſolutum dedit?*

Sine tutoris auctoritate dari] Pupillus quantum ad 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 hactenus, ut ex eo pupillus ipſe neque obligari, neque obligationem alienare aut tollere poſſit. Alii hic illationem fieri ajunt non ex proxima, ſed ex ſuperiore ſententia. §. *prac. in pr.* ub traditum, pupillum nullam rem ſine tutore alienare poſſe: huic enim eſſe conſequens, ut nec ſine tutoris auctoritate pupillo recte ſolvatur. Quippe admiſſa ſolutione debitorem 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. VINN. Forſan ſcriptum fuerat: *Alioqui ſi debitor pupillo ſolvat*: idque librarii vel qui emendationis curam in ſe ſuſceperant, mutarunt in *ideoque*, quia *alioqui* paullo poſt videbant repeti. Sed pergamus. HEIN.

Si non ſolverit auctoritate tutoris, non liberabitur] Licet dominium rei ſolutæ transferat. Nam quemadmodum qui cum pupillo contrahit, pupillo obligatur, quamvis pupillum ſibi non obliget, *ſup. de auct. tut. in pr. l. Julianus.* 13. §. *ſi quis.* 29. *de act. 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 æque 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 obligationis pupillo quæritur. Et ſolutio ſic accipiatur, quaſi ipſi creditori ſolutum eſſet, qui ita ſibi ſolvi voluit, *l. ſi ita ſtipulatus.* 59. *d. tit.* de quo ex profeſſo 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 huc tranſlata ſunt, oſtendunt. Promulgata tamen hic dicitur ad Cæſarienſes advocatos, nimirum quia ad interrogata eorum & conſultationem emiſſa eſt, ut arguunt multæ aliæ conſtitutiones, *l. ult. C. de pact. l ſi major.* 12. *C. de legit. hered. l. ſi fidejuſſor.* 27. *C. de fidejuſſ. l. optimam.* 14. *C. de cont. ſtip.* junct. §. *item verborum.* 12. *inſ. de inut. ſtip.* quæ omnes ad diverſas conſultationes & quæſtiones à Cæſarienſi advocatione 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 Palæſtinæ, perſpicuum eſt ex *d. l. ſi fidejuſſor.* 27. *C. de fidejuſſ.* ubi eadem advocatio, quæ paſſim Cæſarienſis Palæſtina appellatur.

Lu

Ita liceri tutori vel curatori debitorem pupillarem ſolve-
3 *re*] Locutio implicata, quæ ſic conſtruenda & ordinanda eſt; *Ita licere* (id eſt, *permitti, jus eſſe*) *debitorem pupillarem ſolvere tutori vel curatori, &c. Solvere*, id eſt, *numerare quod debetur.* Theophilus, ποιήσασθαι τὴν καταβολήν. Anton. Fab. 13. *conject.* 13. *& juriſp.* 12. *pr.* 7. *illat.* 43. huic orationi alium ſenſum affingit, quaſi ita ſcriptum eſſet; *ita licere tutori vel curatori debitorem pupilli vel adulti abſolvere & liberare* (qui ſcil. antea pupillo aut adulto ſolvit ſine tutoris aut curatoris auctoritate, vel cum adhuc tutorem aut curatorem non haberent) *ſi prius judicialis ſententia, &c.* Sed præterquam quod hæc locutio non facile obvia, *ſolvere debitorem*, pro liberare obligatione; quanquam unus & alter locus occurrit, in quo debitor ſolutus pro liberato dicitur: *l. decem.* 116. *de verb. obl. l. ſi ex pluribus.* 16. *de accept.* pugnat illa Fabri expoſitio manifeſte & cum ſententia & cum verbis Juſtiniani, quæ ille mire torquet, ne videantur obſtare iis, quæ ex cerebro ſuo comminiſcitur contra veram & receptam ſententiam. Quæ hæc eſt; Quamvis ipſi tutori, ejuſve auctoritate pupillo facta ſit ſolutio, eaque ſolutione debitor ipſo jure liberetur; nihilominus tamen, pecunia male conſumpta, maleve collocata, patere pupillo, ſi tutor ſolvendo non ſit, reſtitutionem in integrum, niſi ſententia judicis intervenerit, *l.* 1. *C. ſi adv. ſol. l.* 2. *C. ſi tut. vel cur. int.* Vid. Gomez. 2. *reſol.* 14. *n.* 4. Maurit. *de 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 judice 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, δίχα πάσης δαπάνης. ſine ullo ſcilicet ſumptu aut impenſis in judicum, ſcribarum, viatorumve mercedes. Nam iniquum eſſet, debitorem ſumptu onerari ex perſona creditoris.

4 *Sequitur hujuſmodi ſolutionem pleniſſima ſecuritas*] Ita ut nec adverſus ſolutionem decernente judice factam beneficio ætatis in integrum reſtitui poſtulans audiatur. Cui non obſtat, quod placet, minorem etiam reſtitui contra factam ex decreto judicis venditionem, *l.* 11. *C. de præd. min.* nam debitor ex neceſſitate ſolvere tenetur: emptor poteſt non emere. Jure veteri quoque hoc obtinuit, ut ſolutio decernente ac ſtatuente judice facta à debitore minoris pleniſſimam liberationis ſecuritatem pareret: & procedebat hoc ita, etiamſi minori curatorem non habenti decernente judice ſolutum eſſet, *l.* 7. §. 2. *de minorib.* Cæterum liberatio nihilominus ipſo jure contingebat, ſi tutori vel curatori ſolutio facta eſſet, quantumvis ſine judice: 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 judice factam aut ad liberationem ipſo jure non prodeſſe, licet tutor vel curator intervenerit; aut ſi adhuc debitores ita liberari placet, minus, quam olim, hoc caſu ſecuros eſſe: quippe olim prius tutores & curatores actione ordinaria conveniendos fuiſſe, & demum ſi illi ſolvendo non eſſent, patuiſſe, minoribus remedium extraordinarium. Hodie vero eſſe, quod de ſe querantur debitores, quod non ſolverint ſecundum præſcriptum conſtitutionis Juſtinianeæ.

Pecuniam autem ſalvam habeat] Etſi ſolutione ſine 5
tutore judiceve facta eandem pecuniam petere adhuc pupillus poteſt, aut ipſo jure, aut per reſtitutionem in integrum: ſi tamen nummi ſalvi ſint, eoſque peneſe domi pupillus habeat, iterum petentem eum doli mali exceptione debitor removebit, quod iniquum contra bonam fidem lucrum captet, *l. pupillo.* 15. *de ſolut. l. bona fides.* 57. *de reg. jur. l. pen.* §. 1. *de reb. eor. qui ſub. tut.* Eodemque modo conſumptis nummis, ſi ex his locupletior factus iterum petat, exceptione repelletur, ne ditetur cum alieno detrimento, contra quam natura æquum eſt. *l.* 4. §. *ſi quis.* 4. *de dol. mal. exc. l. in pupillo.* 47. *de ſolut. l. nam hoc.* 14. *de cond. ind.* Qua de cauſa ex omnibus eum negotiis eatenus teneri receptum eſt, quatenus patrimonium ejus auctum ſit: ut nihil mirum, ſi ſolutione locupletatus, iterum petens exceptione ſummoveatur, cum etiam ultro adverſus eum factum locupletiorem ex contractu negotiove geſto actio competat. *l.* 3. §. *pupillus. l.* 6. *in pr. de neg. geſt. l.* 5. *in pr. & §.* 1. *de auct. tut. 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 ſolutis pupillus emit, quam alioqui de ſuo empturus fuerat, licet ea ante litem conteſtatam perierit, quaſi locupletior factus intelligitur; quia tantundem de ſuo perditurus erat, etiamſi nummos ſolutos non accepiſſet, *l. in pupillo.* 47. §. 1. *de ſolut.* Utrum autem pupillus locupletior factus ſit, necne, in hujuſmodi quæſtionibus eo tempore ſpectatur, quo agitur, ſeu tempore litis conteſtatæ, *d. l. in pupillo.* 47. §. 1. *l.* 4. *de except. l. litis.* 37. *de neg. geſt.*

Quod ſi male conſumſerit] Si pupillus, cui ſine tutore aut judice ſolutum eſt, pecuniam ſalvam non habeat, neve ex ea locupletior factus ſit, ſed male, profuſe, ἀσώτως eam conſumpſerit, 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, hactenus proderit debitori doli mali exceptio, ne ultra condemnetur, quam pupillo abeſt. Ex his autem quæ diſputata ſunt, intelligimus quid ſibi velit Accurſius, qui in *l.* 7. §. 2. *de minoribus*, ſcribit, debitorem pupillarem, ſolventem triplicem poſſe conſequi liberationem aut ſecuritatem; plenam, pleniorem, & pleniſſimam. Plenam, ſi pupillo ſine tutoris aut judicis auctoritate ſolverit, & pecunia pupillo iterum petenti ſalva ſit, inve rem ejus verſa. Ut *hic & ſupra dd. ll.* in quo effectum rei ſpectavit: nam vi ipſa debitor eſſe definit, qui exceptionem perpetuam ſibi quæſivit

l. 10.

l. 10. *l. creditor.* 55. *l. debitor.* 108. *de verb. sign.* Pleniorem, si solverit tutori, ejusve auctoritate pupillo, non interveniente judicis sententia: quo casu quidem liberatio ipso jure procedat, ita tamen, ut relinquatur adhuc metus aliquis restitutionis in integrum, *l.* 1. *C. si adver. sol.* Plenissimam, si solutio facta sit auctoritate & decreto judicis; quod cum factum est, etiam restitutionis metus omnis tollatur. Quæ eadem Bartoli in *dict. 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, condictio ei nascitur: ita & consumptis, quos dedit in solutum, contingit ei liberatio. *l. non omnis.* 19. §. 1. *de reb. cred. l.* 9. §. 2. *de auct. tut. l.* 14. §. *ult. de solut.* Quid ergo, si 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.* 6. *C. de legibus*, & quod dicitur, casus fortuitos spectare dominum, hanc exceptionem habere intelligi debet, nisi quis propter favorem dominus ramaneat, aut jure singulari dominium non transferat. Hoc enim non debet conditionem accipientis meliorem facere: sed quoad cætera perinde habendum, ac si quis alius credidisset aut solvisset.

TITULUS NONUS

PER QUAS PERSONAS CUIQUE ACQUIRITUR.

C. Lib. 4. *Tit.* 27.

Ratio ordinis, & argumentum tituli.

HIc titulus totius superioris disputatationis quandam quasi ampliationem continet, ostendens, non solum nobis acquiri ἀμέσως per nosmetipsos; verum etiam per alios ἐμμέσως. Personæ, 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 justa nostra opinione, ut sunt servi alieni & liberi homines, quos bona fide possidemus. De quibus singulis cum explicatum est, removetur hinc persona extranea, utpote per quam excepta causa possessionis nihil 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 bona fide possidetis: de quibus singulis diligentius dispiciamus.

NOTÆ.

Quos bona fide possidetis] Ergo non tantum per eos, qui revera nobis subjecti sunt, acquirimus, sed etiam qui justa opinione nostra.

COMMENTARIUS.

Acquiritur vobis] In aliis libris hæc & quæ porro sequuntur, leguntur in prima persona, *acquiritur nobis, &c.* uti apud Cajum, *l.* 11. *de adquir. rer. dom.* unde hic titulus per magnam partem descriptus est: eoque modo etiam Theophil. hunc locum reddit, & 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.* VINN. Attamen & liberos æque ac servos fuisse in dominio juris Quiritium certissimum est. Liberi enim poterant mancipari, tanquam res mancipi, Caj. *Inst.* 1, 6, 3. poterant vindicari: *l.* 1. §. 2. *ff. de rei vindic.* poterat, iis surreptis, actio furti institui. *l.* 38. §. 1. *ff. de furt.* Conf. Ill. Bynkersh. *de jure occidendi lib. cap.* 1. *p.* 145. HEIN.

TEXTUS.

De liberis in potestate.

1. *Igitur liberi vestri utriusque sexus, quos*

in poteſtate habetis, olim quidem quicquid ad eos pervenerat, (exceptis videlicet caſtrenſibus peculiis) hoc parentibus ſuis acquirebant 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 filiusfamilias acquiſivit, hujus uſumfructum patri quidem acquirat, dominium autem apud eum remaneat: ne, quod ei ſuis laboribus vel proſpera fortuna acceſſerit, hoc in alium perveniens, luctuoſum ei procedat.

NOTÆ.

1. *Caſtrenſibus peculiis*] Quæ primum filiisfam. militibus conceſſa; poſtea etiam veteranis ſeu militia miſſis, *pr. inf. quib. non eſt perm. fac. teſt.* Juven. *ſat.* 16. *v.* 52. Poſtremo ad exemplum caſtrenſis etiam quaſi caſtrenſe peculium exceptum, quaſi militum contemplatione literatæ militiæ, §. *ult. inf. de mil. teſt.*

Sine ulla diſtinctione] Id eſt, peculium omne paganum pleno jure patri acquirebatur. Non diſtinguebant inter profectitium & adventitium, neque inter uſumfructum & proprietatem.

Generali conſtitutione] *L. 6. C. de bon. quæ lib.* qua, quod circa bona materna & materni generis, item lucra nuptialia jam ante à diverſis principibus ſtatutum erat, *l. 1. & 2. C. de bon. mat. l. 1. 2. 6. & 7. C. Th. eod. l. 1. l. 4. C. de bon. quæ lib.* ne ἀσύμβολον abiret, produxit ad bona omnia adventitia.

Honorem debitum] Th. πὸ ἐποφειλόμενον ἐφύλαξεν, *debitum reſervavit*, & vox *honorem* abundare videtur, Cujac. quoniam hic non agitur de honoris debito, ſed acquiſiti. Deeſt quoque in emendatiſſimis editionibus, teſte Fabrot.

Uſumfructum patri] Quidam etiam caſus ſunt, quibus peculii adventitii plena proprietas filio acquiritur, *l. ult.* §. 1. *C. de bon. quæ lib.* auth. *excipitur*, cum 2. *ſeqq. C. eod. Peculium adventitium*, ξένον, ἐπήλυτον, Gloſſ. lat. gr. quod aliunde, quam à patre obvenit, & quaſi τυχηρῶς.

COMMENTARIUS.

1. *Poſt occupatam demum remp. filiisfam. primum militibus; deinde etiam veteranis peculium caſtrenſe pleno jure conceſſum: procedente tempore & quaſi caſtrenſe.*
2. *Quid ſit peculium filiifam? quot ejus ſpecies? & quid 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?*

EXceptis *caſtrenſibus peculiis*] Florente republ. peculium filiifam. 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. Halicarnaſſenſis *lib.* 8. *Romani*, inquit, *proprium nihil poſſident, quamdiu patres eorum in vita manent: ſed & pecuniæ & corpora filiorum parentum poteſtati arbitrioque permiſſa ſunt, omniaque parentibus acquirunt quaſi ſervi*, ut ὥσοχείριοι καὶ δοῦλοι τῶν πατέρων. Verum Imperatores, ut præmio 1
aliquo adoleſcentes ad militiæ labores invitarent, eorumque ſibi conciliarent ſtudia, caſtrenſe peculium filiisfam. pleno jure conceſſerunt, primum militibus, poſtea etiam veteranis ſeu à militia dimiſſis, *inf. quib. non eſt perm. fac. teſt. in pr.* Ex quo filiifam. in hoc peculio jus ac vicem patrumfam. obtinere cœperunt, *l. 2. de ſenat. Mac.* idque ſignificat Juvenalis *ſatyr.* 16. *v.* 52. his verſibus.

---------- Nam quæ ſunt parta labore
Militiæ, placuit non eſſe in corpore cenſus,
Omne tenet cujus regimen pater. -------

Igitur quod ait, *olim quidem*, &c. excipiens peculia caſtrenſia, id ad tempora Julii aut Auguſti & ſequentia referendum eſt, *l. 1. de 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. permiſſum eſt. §. *ult. inf. de mil. teſt.* Planè hactenus adhuc diu jus vetus patri conſervatum fuit, ut ſi filius inteſtatus deceſſiſſet, bona caſtrenſia pater jure peculii occuparet, *l. 2. de caſtr. pec.* de quo plura alibi. VINN. Jus in peculio caſtrenſi eodem tempore conceſſum videtur filiisfamilias, quo militibus liberrima illa teſtamenti factio conceſſa eſt, cujus hiſtoriam habes in *l. 1. pr. ff. de teſt. mil.* Nec mutatum videtur quod pater bona filii inteſtati jure peculii occupet, ſi liberos vel fratres non reliquit. Nam & bonis publicatis, ea tanquam peculium penes patrem manent. *l. 3. C. de bon. proſcr.* Utroque enim caſu ceſſat favor filiifamilias militis, ob quem illi hujuſmodi conceſſum eſt privilegium.

Sine diſtinctione] Profectitii ſcilicet vel adventitii peculii, proprietatis & uſusfructus, inter quæ primus Juſtinianus eſt, qui differentiam generali lege introduxit. Ex his porro patet, quicquid filiusfam. habet, 2
ſive conceſſione patris, ſive partum ſuo labore aut aliena liberalitate collatum, id uno nomine peculium filiifam. appellari; atque hoc docendi gratia ex ratione novi juris in duo genera poſſe dividi, ut dicamus peculium filiifam. eſſe vel militare, vel paganum; & utriuſque iterum duas eſſe ſpecies inferiores, illius caſtrenſe & quaſi caſtrenſe, hujus profectitium & adventitium. Caſtrenſe eſt, quod per occaſionem armatæ mi-

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 inermique militia, *l. ult. C. de inoff. teſtam. l.* 4. *l. advocati.* 14. *C. de adv. div. jud.* Liberalitatem quoque à Principe in filiumfam. collatam inſtar caſtrenſis peculii haberi placuit. *l.* 7. *C. de bon. quæ lib. in pot.* Utrumque hoc genus ita proprium filiifam. eſſe placuit, ut de eo ſtatuere poſſit non ſecus ac ſi paterfam. eſſet, *d. pr. inf. quib. non eſt perm. fac. teſt. l.* 1. §. *nec caſtrenſe.* 15. *de collat. l.* 2. *de ſen. Mac.* 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. quæ lib. & hoc text. in fin.* Illud totum patri ſecundum antiquam obſervationem adhuc acquiritur; hujus in univerſum proprietas filio data eſt conſtitutione Juſtiniani, ſolo uſufructu patri relicto: de quo mox fuſius.

Alii filio vel extraneo donare] Conſequens hoc omnino rationi antiqui juris. Nam cum utriuſque hujus peculii pleno jure pater dominus eſſet, licere utique etiam ei debuit pro arbitrio de utroque ſtatuere, &, quod labore Titii filii 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. erc. l. filiæ.* 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. quæ lib. in poteſt.*

3 *Generali conſtitutione emiſſa*] Cum olim bona omnia adventitia non minus, quam profectitia, pleno jure patris eſſent, Conſtantinus detraxit bona materna, quorum uſumfructum tantum patri, filio proprietatem tribuit, *l.* 1. *C. de bon. matern. l.* 1. & *l.* 2. *C. Theod. eod.* Gratianus, Valentinianus, & Theodoſius idem ſtatuerunt de bonis materni generis, id eſt, ex materna cognatione delatis, *l.* 6. *C. Theod. eod.* eoſque ſecuti Arcadius & Honorius. *l.* 2. *C. d. tit. l.* 7. *C. Theod. eod.* Theodoſius porro & Valentinianus, Leo & Anthemius hoc etiam ad lucra nuptialia & ſponſalitia produxerunt. *l.* 1. *l.* 4. *C. de bon. quæ lib.* Poſtremo Juſtinianus generali conſtitutione emiſſa, quacunque ex cauſa filio quid acquiſitum eſſet, quod adventitio peculio attribueretur, id omne ejuſdem juris eſſe voluit. *d. l. cum oportet.* 6. *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. Plane poteſt nihilominus aliquid commodi ex conceſſione hujus peculii ad liberos redire: nam & emancipatos ſequitur, niſi nominatim ademptum ſit, *l. donationes.* 31. §. 2. *de donat.* & bonis patris publicatis, ſeparatur & conſervatur liberis, *l.* 3. §. *ſed utrum.* 4. *in fin. de minor.* Ait, *ex re patris. in d. l. cum oportet.* 6. *ex ſubſtantia patris.* Quid igitur dicemus, ſi quid filio obvenerit, non quidem ex re aut ſubſtantia patris, ſed patris occaſione & contemplatione? DD. *hic.* & *in d. l. cum oportet.* 6. id quoque peculii profectitii eſſe volunt, *arg. l. ſi ſerv.* 21. *cum l. ſeq. de uſuf.* ubi quod ſervo fructuario relinquitur aut donatur contemplatione fructuarii, id fructuario acquiri dicitur, tanquam ex re ejus quæſitum, *facit l. ſed ſi plures.* 10. §. *in arrogato.* 6. *in fin. de vulg. & pup. ſubſt.*

Uſumfructum patri acquirat, dominium apud eum remaneat] Dominium poſuit pro nuda proprietate, uti & in *d. l. cum oportet.* 6. Hæc autem proprietatis conceſſio non tribuit filio jus eam ſine patris conſenſu alienandi, *l. ult.* §. *ipſum autem.* 5. *C. eod.* Si uſusfructus filio relictus ſit, hic totus acquiretur patri; at eo mortuo redibit ad filium, *l. ult. C. de uſufr.* Nonnunquam & plena proprietas filio acquiritur: quod Juſtinianus 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. quæ lib.* VINN. Immo & alii ſunt caſus, quibus plena filio proprietas adquiritur, veluti ſi pater doloſe verſatus ſit in bonis filio reſtituendis *l.* 50. *ff. ad SC. Treb.* ſi princeps filiofamil. donarit. *l.* 7. *C. de bon. quæ lib.* HEIN. Moribus noſtris & Gallorum adventitia omnia, ſicut caſtrenſia & quaſi, filii ſibi, non patri, & in ſolidum acquirunt: in profectitiis tantum antiquum jus acquirendi per filium patri relictum eſt. Gudelin. *de jur. noviſſ. lib.* 1. *c.* 14. Chaſſan. *in conſuetud. Burgund.* §. 1. *tit. des enfans de pluſieurs lits. ad verſ. & fait 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. *manuduct. c.* 6. add. Groenew. *de leg. abrog. hic.* 4

TEXTUS.

De emancipatione liberorum.

2. *Hoc quoque à nobis diſpoſitum eſt & in ea ſpecie, ubi parens emancipando liberos ſuos ex rebus, quæ acquiſitionem effugiebant, ſibi tertiam partem retinere, (ſi voluerat,) licentiam ex anterioribus conſtitutionibus habebat, quaſi pro pretio quodammodo emancipationis: & inhumanum quiddam accidebat, ut filius rerum ſuarum ex hac emancipatione dominio pro tertia parte defraudaretur: & quod honoris ei ex emancipatione additum erat, quod ſui juris effectus eſſet, hoc per rerum deminutionem decreſceret. Ideoque ſtatuimus, ut parens pro tertia parte dominii, quam re-*

tinere poterat, dimidiam non dominii rerum, ſed uſusfructus retineat. Ita etenim res intactæ apud filium remanebunt, & pater ampliore ſumma fruetur, pro tertia, dimidia potiturus.

NOTÆ.

2. *Liberos ſuos*] Th. τὸν παῖδα. Cujac. Hotom. Fabrot. *liberum ſuum*, numero ſingulari, ut *inf. de ſerv. cogn. in pr. & l.* 33. *C. de inoff. teſtament.* Aurel. Victor. *cap.* 26. *Nerva Trajanum in liberi locum adoptavit.*

Anterioribus conſtitutionibus] Intelligit *l.* 1. *& 2. C. Th. de matern. bon.* quæ Conſtantini ſunt, *l.* 6. §. 3. *C. de bon. quæ lib.*

Pro pretio emancipationis] Quaſi remunerationis gratia *d. l.* 1. *&* 2. *d. l.* 6. §. 3. pro præmio delatæ emancipationis, *l.* 3. *C. de bon. matern.* nam emancipatio beneficium eſt quærendorum bonorum. *l.* 1. *ſi à par. quis man.*

Quod honoris] Honorificum eſt filio, ſuæ poteſtatis & caput familiæ evadere.

COMMENTARIUS.

1. *Cur, cum peculium profectitium, ſi pater id non ademerit, ſequatur filium emancipatum, dimidia uſusfructus adventitiorum, etiam expreſsè non reſervata patrem?*

E*Mancipando 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, *habet liberos, non habet liberos*, ſemper plurativo numero profertur; ſicut & pugillares & codicilli. Gloſſa Græc. Lat. τέκνα, *liberi, pluraliter tantum declinatur.* Quod autem Valla *lib.* 3. *elegant.* 8. ſcribit, liberum pro filio ſe & apud Paulum & apud Cajum reperire, exiſtimo eſſe ἔμφατημα μνημονικὸν, 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 acquiſierit.* Sed & hic in Florentino Codice eſt, *qui libertum acquiſierit*, quomodo procul dubio legendum. Meminit Valla etiam Quintiliani, ſed nec locum, nec verba citat. VINN. Immo locus, ad quem reſpicit Valla eſt apud Quinctil. in *Declam. II.* Conf. VV. Cl. Muncker. *ad* Hygin. *Fab.* 9. & Duker. *de Latin. vet. Jct. p.* 585. HEIN.

Ex rebus, quæ acquiſitionem effugiebant] Id eſt, ex iis bonis adventitiis, quorum proprietas filio, non patri acquirebatur, ex Græcorum Impp. conſtitutionibus; quo in numero erant bona materna & materni generis, item nuptialia & ſponſalitia lucra, ut notatum §. *præc.* Cave igitur intelligas peculia caſtrenſia aut quaſi: nam eorum nihil apud patrem emancipatorem relictum fuiſſe, ipſe Juſtinianus aperte teſtatur *d. l. cum oportet.* 6. §. *cum autem.* 3. *C. de bon. quæ 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, ſibique acquirat; quod lucroſum. Et hoc eſt, quod Juſtinianus hic ſignificat his verbis, *quaſi pro pretio emancipationis*. quod in conſtitutione ſua ſic expreſſit, *quaſi remunerationis gratia, d. l. cum oportet.* 6. §. 3. Præmium delatæ emancipationis appellant Theod. & Valent. *l.* 3. *C. de bon. matern.*

Pro tertia parte dominii, dimidiam uſusfructus] Juſtiniano duriuſculum viſum fuit, liberos ſpecie honoris tam gravem jacturam rerum ſuarum pati, ut tertiam earum partem parens manumiſſor auferret, ſibique pleno jure haberet. Neque tamen æquum putavit, nihil omnino remunerationis in vicem accepti beneficii liberos rependere. Qua de cauſa ipſe ſic ſtatuit, ut pater pro tertia parte, quam ex prioribus conſtitutionibus de bonis filii maternis & lucris nuptialibus pleno & perpetuo jure dominii retinebat, partem dimidiam non dominii, ſed uſusfructus conſequeretur, idque locum haberet in 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, conceſſo iis pro præmio emancipationis fructu tantæ partis bonorum. Hoc autem ita obtinere Juſtinianus cenſuit, etiamſi pater in emancipatione ſibi hoc præmium non expreſſe reſervavit, *d. l. cum oportet.* 6. §. *cum autem.* 3. cum tamen peculium profectitium, quod totum pleno jure patris eſt, filium emancipatum ſequatur, tanquam à patre tacitè donatum, ſi pater id non ademerit. *l. donationes.* 31. §. 2. *de donat. arg. l. ſi Sticho.* 53. *de pecul. l. un. C. de pecul. 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 proſpexerit in peculio, cujus ille adimendi poteſtatem non habebat: in peculio autem profectitio nihil opus fuit proviſione legis; quandoquidem ipſe pater pro arbitrio ſuo de eo ſtatuere poſſit, & qui hoc ipſo, quod non adimit, concedere ita tacitè 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 ſeſe in liberos tranſtulerit. *d. l. cum oportet.* 6. §. *cum autem.* 3.

TEX-

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, hæreditatem adire poteſt. Et, ſi vobis jubentibus adierit, vobis hæreditas acquiritur, perinde ac ſi vos ipſi hæredes inſtituti eſſetis. Et convenienter ſcilicet vobis legatum per eos acquiritur. Non ſolum autem proprietas per eos, quos in poteſtate habetis, vobis acquiritur, ſed etiam poſſeſſio. Cujuſcunque enim rei poſſeſſionem adepti fuerint, id vos poſſidere videmini. Unde etiam per eos uſucapio vel longi temporis poſſeſſio vobis accidit.*

NOTÆ.

3. *Et convenienter*] Nempe regulæ initio poſitæ, quod per ſervos nobis ex qualibet cauſa acquiritur, etiam ignorantibus & invitis. Nam & hoc in legato obtinet: quippe quod lucrum tantum continet, non etiam damnum, ut hæreditas. *l.* 32. *D. mandat.*

COMMENTARIUS.

1. *Cur per ſervos nobis acquiratur & ignorantibus & invitis?*
2. *Cur hinc excepta hæreditas?*
3. *An poſſeſſio per ſervum domino ignoranti acquiratur quacunque ex cauſa?*

DIctum hactenus eſt, quatenus per liberos noſtros acquiramus: ſequitur de acquiſitione per ſervos; in qua jus vetus per omnia ſervatur, traditum à Cajo *l.* 10. §. 1. *& deinceps. de acq. rer. dom.* & huc tranſlatum. 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 quacumque ex alia cauſa, id totum acquirat domino.

Sive quid ſtipulentur] Subobſcurè hoc dictum videtur, pro, *ſive quid ab ſe ſtipulatum per traditionem nanciſcantur*. Nam etſi verum eſt, ſervos noſtros ſtipulantes nobis obligationem ex ſtipulatione acquirere; *inf. per quas perſ. obl. acq.* §. 1. *inf. de ſtip. ſerv.* ſub hoc tamen titulo non quæritur, per quas perſonas nobis obligatio acquiratur, ſed dominium ſive proprietas, & poſſeſſio.

Ignorantibus & invitis.] *L. etiam invitis.* 32. *de acq. rer. dom. l. quemadmodum.* 46. *de jur. dot.* Hujus autem neceſſariæ acquiſitionis non alia ratio quærenda, 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 acquiratur ei, qui in poteſtate habet, domino vel patri: (nam & filiusfam. qua talis, huc pertinet, *l. placet.* 79. *de acq. hær.*) quorum etiam vicem in acquirendo ſervus ac filiusfam. ſuſtinent, & quibuſcum hactenus una perſona eſſe finguntur. Non obſtat, quod dicitur, nolenti & invito beneficium non acquiri, *l. hoc jure.* 19. §. 2. *de donat. l. invito.* 69. *de reg. jur.* non enim 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, & fit hæc acquiſitio in momento. *d. l. placet.* 79. *de acq. hær.* fruſtraque alias exciperetur hæreditas. 1

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 duntaxat & jubentibus eos hæreditatem adire. Quod ſi juſſu noſtro non expectato adierint, nihil agitur, *l. ſi quis.* 25. §. *juſſum.* 4. *de acq. hær.* Hoc autem cur ita placuerit, minimè obſcurum eſt, ne ſcilicet in poteſtate ſervi eſſet domini conditionem deteriorem facere, ignorantem eum obligando æri alieno hæreditario, quod ſæpè excedit vires patrimonii defuncti. *l.* 6. *d. tit.* Illud enim notum eſt, eum, qui hæres efficitur, non tantum acquirere, ſed etiam obligari, & implicari oneribus hæreditariis. 2

Et convenienter vobis legatum] Convenienter non ei, quod proximè præcedit de acquiſitione hæreditatis, quæ hoc proprium habere dicta eſt, ut non acquiratur per ſervum ſine juſſu domini; ſed regulæ initio poſitæ, quod per ſervos nobis acquiritur ex omnibus cauſis. Si ex cauſis omnibus, igitur & ex cauſa legati. Ex hac vero cauſa proculdubio etiam ignoranti & invito domino per ſervum acquiretur, ſicut ex cæteris, excepta hæreditate, *l. etiam invitis.* 32. *de acq. rer. dom.* Nam ratio exceptionis, quæ in hæreditate eſt, ceſſat in legato, quod purum ſemper & liquidum lucrum affert, *l. ſi hæreditatem.* 32. *mandat.* Plane jejuna 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 proprietas, 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. denique.* 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
3 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 ignoranti mihi poſſeſſionem acquirere: hinc Gloſſa & comm. DD. crediderunt, æquè per ſervum quacumque ex cauſa poſſeſſionem domino etiam ignoranti acquiri, ac res cæteras, excepta hæreditate. Sed verior eſt eorum ſententia, qui in acquirenda per ſervum poſſeſſione putant cauſam peculiarem ab aliis ſeparandam, ut ſi quidem ex cauſa peculiari poſſeſſionem nactus ſit, ea etiam ignoranti domino acquiratur; ſi extra cauſam peculii, non niſi ſcienti: quæ diſtinctio apertè proponitur, *l.* 1. §. *item acquirimus.* 5. *l.* 3. §. *caterum.* 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. §. *caterum.* 12. *l. ea quæ.* 53. *de acq. rer. dom.* Hunc animum noſtrum in earum 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.* 44. §. 1. Sic igitur temperandum erit, ſicubi 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 acquiritur, ita receptum eſt, ut etiam ignorantes ex eadem cauſa uſucapiamus: cum alioqui poſſeſſio ignorantibus nobis quæſita, veluti per procuratorem, ad uſucapionem non profit, 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 & bona fide 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 acquiritur.*

NOTÆ.

4. *De iis ſervis* Ex *l.* 10. §. 3. *de acq. rer. dom. l.* 21. *de uſufr.*

Ex operis ſuis] Puta ſi ſutor 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? Acquirit 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. hær.* 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. t.* ne objici poſſit, quod additio hæreditatis 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 hæreditatis non eſſe in opera ſervili, & quare.*
3. *Servum contemplatione fructuarii hæredem inſtitutum, fructuario hæreditatem acquirere; & juſſu ejus, non domini, adire.*

QUæ de quærendo per ſervos dominio aut poſſeſſione dicta ſunt §. *præc.* ea locum habent, cum quis plenam in ſervo proprietatem habet. Quod ſi apud alium uſusfructus ſervi ſit, apud alium nuda tantum proprietas: hic ex duabus cauſis fructuario per hunc ſervum 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 fœneravit, &c. Hic enim res empta, merces locationis, uſuræ, pecuniæ creditæ quærentur fructuario, *l.* 1. *C. de rei vind. l. ſervus.*

vus. 43. §. *ult. de acq. rer. dom.* Ex operis ſervi, verbi gratia, ſi ſutor ſit, aut pictor, aut faber, atque ex hujuſmodi aut ſimili opera alii præſtita aliquid paravit, mercedem ſcilicet operæ, *l. ſi operas.* 26. *de uſufr.*
1 Sed quid ſi dicat ſervus, ſe domino proprietatis accipere, quod ex re fructuarii ei traditur? Hoc caſu totum domino proprietatis acquiret. Nam & nominatim ſtipulando domino proprietatis ex re fructuarii aut operis ſuis, eidem acquireret, *l. per ſervum.* 37. §. *pen. de acq. rer. dom. l. ſed etſi.* 25. §. *quæſtionis.* 3. *de 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. hær.* De hæreditate 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 hæreditas acquiri poſſit. *l.* 3. *C. de hær.*
2 *inſt.* Sed obtinuit, aditionem hæreditatis non eſſe in opera ſervili, *l. aditio.* 45. *de acq. hær. d. l. fructuario.* 47. *de acq. rer. dom.* & rectè: nam aditio factum quidem eſt, ſed opera non eſt: quippe cum opera non ſit ſine labore; qui in aditione nullus eſt. VINN. Poſſet & eadem reddi ratio, quam reddit Ulpianus, docens, partum ancillæ non eſſe in fructu. *l.* 27. *pr. ff. de hered. petit.* Quemadmodum enim ancillæ non ideo parantur, ut pariant: ita nec finis primarius eſt eorum, qui ſervos ſibi comparant, ut hereditates nobis adquirant. Uſufructuarius autem capit tantum fructus ordinarios quoſcumque. HEIN.

Si hæres inſtitutus, legatumve quid ei, &c.] Hoc etiam generaliter ſic traditum eſt *l.* 10. *l.* 47. *l.* 49. *de acq. rer. dom. l.* 25. *de acq. hær.* Alibi tamen hæc extat exceptio, niſi ſervus hæres inſtitutus ſit, 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. hær.* 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
3 quæſitam voluit. *d. l. aditio.* 45. §. *ult. de acq. hær.* Ex quo etiam perſpicuum eſt, falli Gloſſam, Joan. Fab. Cantiunc. *hic.* Bart. *in d. l.* 25. *de acq. hær.* & quotquot ſunt, qui ſcribunt, ſervum fructuarium, ut maxime contemplatione fructuarii hæres inſtitutus ſit, non poſſe hæreditatem juſſu fructuarii adire, eamque per aditionem directo acquirere fructuario, ſed adeundam eſſe juſſu proprietarii, cui etiam ſtricta ratione hæreditas acquiratur, ſed reſtituenda fructuario condictione ſine cauſa, ut in caſu *l. pen. de ſtip. ſerv.* Fefellit eos, quod putaverunt, prius eſſe, ut aditio hæreditatis contra expreſſi juris auctoritatem ſtatuatur eſſe ſpecies operæ ſervilis, quam in caſu propoſito dici poſſit, ſervum juſſu fructuarii adeuntem hæreditatem 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. hæred.* Ubi ex hoc eodem fundamento Juriſconſultus defendit, liberum hominem bona fide à me poſſeſſum, & mei contemplatione hæredem inſtitutum, meo juſſu adire & mihi acquirere hæreditatem poſſe. Bonæ fidei autem poſſeſſoris & fructuarii eadem planè in his quæſtionibus ratio eſt, ut mox docebitur: conſent. Jaſ. *in d. l.* 25. *de acq. hær.* Mynſ. Bach. *hic.* Movere autem neminem debet, quod quibuſdam locis generaliter definitur, ſervum fructuarium juſſu ejus, qui uſumfructum in eo habet, adire hæreditatem 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 hæreditas, acquireretur extra ſuperiores duas cauſas; quod ratio juris non permittit. Sic cum in hoc noſtro §. *& d. l.* 10. §. 3. *de acq. rer. dom.* generaliter ſcriptum ſit, quod ſervo fructuario donatur aut relinquitur, id acquiri proprietario; nemo tamen eſt, qui neget, admittendam hic eſſe illam ſive exceptionem ſive interpretationem, niſi quid ſervo donatum relictumve ſit contemplatione fructuarii: quod alibi certo jure traditum eſt. Quod vero Paulus in *l. quod fructuarius.* 49. *de acq. rer. dom.* ſcribit, quod extraneus ſervo fructuario donat, indiſtinctè ſoli proprietario acquiri; id non eo pertinet, ut excludat inſignem & receptam diſtinctionem inter id, quod contemplatione fructuarii aut ſimpliciter ſervo donatum eſt; ſed eam, quam ipſe in pr. iſtius legis proponit in fructuario donante. Plane ex generali horum locorum definitione evidenter evincitur, errare eos, qui contendunt, quod ſervo fructuario donatur aut relinquitur, in dubio præſumendum, donatum aut relictum contemplatione fructuarii: quod tamen tanquam certum tradit D. Dionyſ. Gothofred. *in annot. ad Schneid.*

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 bonæ fidei poſſeſſore. Itaque quod extra iſtas duas cauſas acquiritur, id vel*

ad

ad ipſum pertinet, ſi liber eſt, vel ad dominum, ſi ſervus eſt. Sed bonæ fidei poſſeſſor, quum uſuceperit ſervum, (quia eo modo dominus fit,) ex omnibus cauſis per eum ſibi acquirere poteſt. Fructuarius vero uſucapere non poteſt: primum quia non poſſidet, ſed habet jus utendi fruendi: deinde quia ſcit, ſervum alienum eſſe. Non ſolum autem proprietas per eos ſervos, in quibus uſumfructum habetis, vel quos bona fide poſſidetis, aut per liberam perſonam, quæ bona fide vobis ſervit, vobis acquiritur, ſed etiam poſſeſſio. Loquimur autem in utriuſque perſona ſecundum diſtinctionem, quam proxime expoſuimus, id eſt, ſi quam poſſeſſionem ex re veſtra, vel ex ſuis operis adepti fuerint.

COMMENTARIUS.

1. *An bonæ fidei poſſeſſor, quod ex operis ſervi paratum extat, domino ſervum vindicanti reſtituere teneatur?*
2. *Verumne ſit ſimpliciter, quod Juſtinianus ait, fructuarium non poſſidere?*

DE iis, quos bona fide poſſidemus, idem jus eſt, quod de ſervis fructuariis, ut ſcilicet qui bona fide alicui ſervit, ſive ſervus alienus eſt, ſive homo liber, quicquid ex re ejus, cui ſervit, acquirit, quicquid item ex operis ſuis, id acquirat ei, cui ſervit, & à quo bona fide poſſidetur. *d. l.* 10. §. *idem placet.* 4. *l. liber.* 19. *de acq. rer. dom.* Hactenus tamen, quatenus poſſeſſor bona fide poſſidebit, & quamdiu ita poſſidebit: nam ſi ſcire cœperit, eum, qui bona fide ſervit, hominem liberum aut alienum ſervum eſſe, continuo per eum acquirere poſſe deſinit. *l. qui bona.* 23. §. 1. *l. quæſitum.* 40. *eod.* Quod extra duas iſtas cauſas acquiritur, placet vel ad ipſum, qui bona fide poſſidetur, pertinere, ſi liber eſt, vel ad dominum, ſi ſervus eſt. Extra eas cauſas maxime eſt hæreditas, legatum, donatiove. *d. l. liber.* 19. *l. homo.* 54. *eod.* Cæterum & in perſona ejus, qui bona fide poſſidetur, recipiendum temperamentum ſuperius, niſi quid donatum relictumve ſit contemplatione bonæ fidei poſſeſſoris, cui hoc caſu etiam iſta acquiri placet, *l. aditio.* 45. §. *ult. de acq. hær.*

Itaque quod extra iſtas duas cauſas] Quoniam ut ſupra notavimus, iſtud in fructu non eſt: ea autem ſola, quæ in fructu ſunt, bonæ fidei poſſeſſoris fiunt, uti & fructuarii: Quæri poteſt in perſona bonæ fidei poſſeſſoris, (in fructuarium enim hujuſmodi quæſtio non cadit,) an, quemadmodum is fructus ex fundo alieno perceptos & extantes adhuc vindicanti rem ſuam domino reſtituere tenetur, juxta ea, quæ tradita & notata ſunt §. *ſi quis.* 35 *ſup. de rer. div.* eodem modo etiam quod pecuniæ aut rei ex operis ſervi paratum extat, apud eum, cui bona fide ſervit, domino ſervum evincenti reſtituendum ſit? Quæſtionem propono de rebus ex operis ſervi poſſeſſori quæſitis; vix enim dubitari poteſt, quin quod ex re poſſeſſoris quæſitum eſt, perpetuo atque irrevocabili jure poſſeſſoris efficiatur. At quæ poſſeſſori parantur ex operis ſervilibus, ea cum fructibus fundi comparari paſſim videas. *l. qui ſcit.* 25. §. 1. *de uſur. l. quæſitum.* 50. *in fin. de acq. rer. dom.* Exiſtimo tamen, etiam hæc bonæ fidei poſſeſſori irrevocabiliter acquiri, eique cedere in compenſationem alimentorum, aliarumque impenſarum, quæ neceſſario in ſervum fiunt, nec certo æſtimari queunt. Neque obſtat prædicta comparatio; nam ex ea minime ſequitur, eandem harum rerum & fructuum in omnibus rationem eſſe, & in *d. l. quæſitum.* 40. conferuntur hæc cum fructibus conſumptis, quos lucrari bonæ fidei poſſeſſorem certum eſt.

Sed bonæ fidei poſſeſſor quum uſuceperit] Bonæ fidei poſſeſſor uſucapione perfecta quacunque ex cauſa per ſervum acquirit: quia uſucapio pleno jure dominum eum facit. Hoc ad hominem liberum bona fide poſſeſſum non pertinet: quippe cujus nulla uſucapio eſt.

Fructuarius uſucapere non poteſt, &c.] Ait cum Cajo *d. l.* 10. §. *ult. de acq. rer. dom.* uſufructuarium uſucapere non poſſe, idque duplici de cauſa, tum quia non poſſidet, tum propter malam fidem, quia ſcit, ſervum alienum eſſe. Horum autem vel alterutrum ſatis eſt ad impediendam uſucapionem; utpote quæ nec ſine poſſeſſione, nec ſine bona fide poſſeſſoris, putantis rem ſuam eſſe, procedere poteſt, ut demonſtratum *ſup. tit. de uſuc.* Et de ſcientia quidem fructuarii res certa eſt: neque enim ignorare poteſt, ſe earum rerum, quarum uſumfructum habet, dominum non eſſe. Quin ipſe alium dominum agnoſcit, cum ſe fructuarium profitetur. Quod vero ſimpliciter negatur poſſidere, non eſt ſine omni ſcrupulo. Nam alibi contra dicitur poſſeſſor & poſſidere, *l. uti frui.* 5. *in fin. pr. & §. ult. ſi uſufr. pet.* & naturaliter poſſidere, *l. naturaliter.* 12. *de acq. poſſ.* Sed hæc non ſunt contraria: nam & colonus & commodatarius, & depoſitarius naturaliter dicuntur poſſidere, *l.* 2. §. 1. *pro hæred. l.* 7. §. *neque colonus.* 11. *comm. div.* qui tamen alibi poſſidere abſolute negantur, ullamve habere poſſeſſionem, *l.* 9. *de rei vind. l. non ſolum.* 33. §. 1. *circa fin. de uſucap. l.* 6. §. 2. *de precar.* §. *poſſidere.* 5. *inf. de interd.* nimirum nec hi, nec fructuarius vere poſſident, id eſt, non poſſident civiliter, ψυχῇ δεσπόζοντες, animo dominantis, ſine qua poſſeſſione non procedit uſucapio. Sed in poſſeſſione ſunt nomine alieno, apud quem poſſeſſio remanet, & qui per illos poſſidere intelligitur, *d.* §. *poſſidere,* 5. *inf. de interd. l. generaliter.* 19. *l. quod meo.* 18. *in pr. de acquir. poſſeſſ. l.* 6. §. 2. *de precar.* qui textus etiam in his terminis de fructuario loquitur: nec alia ratione dicitur retentio uſusfructus ſpecies eſſe traditionis, quam quod qui retinet uſumfructum, deſinat ſibi & incipiat alii poſſidere. Itaque cum hi naturaliter poſſidere aut poſſidere ſimpliciter dicuntur, impropria locutio eſt, qua corporalis tantum detentio ſignificatur. *l. poſſeſſio.* 49. *de acq. poſſeſſ. l.* 1. *C. comm. de uſuc.* Verum enimvero licet fructuarius non poſſideat, tamen quia firmius jus habet inſiſtendi rei, atque omne rei emolumentum ad eum pertinet, ea res efficit, ut interdicta ei poſſeſſoria accommodentur, quæ cæteris, qui in poſſeſſione ſunt tantum, denegantur, *l.* 3. §. *unde vi.* 13. *de vi*

&

& de vi arm. l. ult. uti possid. de quo pluribus agere hoc loco non licet.

Non solum proprietas, sed etiam possessio] *l.* 1. §. *sed &* 6. §. *per eum.* 8. *l. possessio.* 49. *in pr. de acquir. possess.* nimirum quia etiam possessionem pleno domino servus acquirit ex omni causa, §. 3. *sup. eod.* Ita vero jus est, ut quæcunque per servum quacunque ex causa acquiruntur ei, qui plenum in eo jus habet, eadem placeat acquiri fructuario per servum fructuarium: & bonæ fidei possessori per eos, quos bona fide possidet, ex re illorum aut horum operis. Nihil ad rem pertinet, quod fructuarius servum 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.

TEXTUS.

De reliquis personis.

6. *Ex his itaque apparet, per liberos homines, quos neque vestro juri subjectos habetis, neque bona fide possidetis: item per alienos servos, in quibus neque usumfructum habetis, neque possessionem justam, nulla ex causa vobis 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.*

NOTÆ.

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, utut 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. poss.*

Vel usucapionem] Id est, usucapiendi occasionem, conditionem. Hoc interest, quod dominium etiam ignoranti mihi per procuratorem, cui nomine meo res tradita est, acquiratur: re autem à non domino tradita, usucapiendi facultas demum acquiratur, ex quo scire cœpi rem traditam esse. *l.* 47. *de usuc. l.* 1. *C. de acq. poss.* Nam usucapio bonam fidem possidentis requirit, quam nemo dixerit eum habere, qui se possidere ignorat.

COMMENTARIUS.

1. *Cur placeat possessionem per extraneam personam acquiri posse, jus aliquod non posse?*
2. *Per consequentiam quæsitæ possessionis necessario etiam dominium nobis acquiri; aut usucapiendi conditionem, sed tunc demum, postquam scientia intervenit, n.* 3.

COncludit ab enumeratione personarum, per quas acquiri huc usque docuit, quasi ab enumeratione partium, per extraneam personam nihil nobis acquiri posse. Sola causa excipitur possessionis. Personam extraneam vocat hominem liberum, qui neque juri nostro subjectus est, neque bona fide à nobis possidetur; tum servum alienum, in quo neque usumfructum habemus, neque justam possessionem. In summa, persona extranea in hoc argumento est, quæ vim instrumenti animati apud nos non obtinet.

Nihil 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 tutela.* 73. §. *ult. de reg. jur. l. stipulatio.* 38. §. *alteri.* 17. *de verb. oblig.* Cujus rei ratio est, quod jus civile ita comparatum sit, ut sibi quisque, quod sua interfit, negotium gerat, non alteri, *d. l.* 11. *de obl. & act. d. l. stipulatio.* 38. §. *alteri.* 17. *de verb. oblig.* An quas exceptiones hæc regula habeat in obligatione per extraneum acquirenda, & quid juris hodie hic obtineat, videbimus in §. 4. *inf. de inut. stipul.* VINN. At regulæ huic obstare videtur *l.* 15. *ff. constit. pecun.* ubi particulam salutarem NON intrudere non dubitat Fr. Hotoman. *Obs.* IV, 12. Sed perperam: quum ibi exceptio à regula occurrat, puta, quando quis ministerium tantum præbet. HEIN.

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.* 11. §. *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, relictumve agnoscendo. Et tamen hoc ipsum, ut per liberam personam possessio nobis quæratur, propter utilitatem contra stricti juris rationem constitutionibus introductum videtur, *dict. l.* 1. *& l.* 8. *C. de acq. poss. d. l. solutum.* 11. §. *pen. de pign. act.*

Veluti per procuratorem] Procuratorem intelligo cum Bart. in *l. qui mihi.* 13. *de donat.* Jas. & 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 administrationis hoc exposcit, §. *nihil autem.* 42. *sup. de rer. div. cum ibi notat.* Hactenus non video, quid inter

hunc & ſpecialem procuratorem interſit. Plane extra cauſam adminiſtrationis, ad acquirendam domino poſſeſſionem generale mandatum non ſufficit; ſed aut ſpeciale requiritur, aut domini ratihabitio, *l. communis.* 42. §. 1. *de acq. poſſ.*

Non ſolum ſcientibus, ſed & ignorantibus] Etiam ignorantibus poſſeſſionem per procuratorem nobis acquiri, multis locis 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. eod.* Cui non obſtat, quod dicitur in *l. ea quæ.* 53. *de acq. rer. dom.* per quemlibet volentibus nobis poſſeſſionem acquiri. Hæc enim non pugnant, ignorantibus poſſe acquiri poſſeſſionem, & non acquiri, niſi volentibus. Ignorare poſſumus, quo tempore procurator noſter poſſeſſionem apprehendat: quandocunque autem hoc fit, noſtra fit voluntate, qui ut apprehenderet, mandavimus.

Et per poſſeſſionem dominium] Ut poſſeſſio nobis per procuratorem acquiritur, ſic & per poſſeſſionem dominium, ſi incipiat ab eo, qui dominus fuit, & dominium in nos transferre voluit, *d. l.* 13. *l. traditio.* 20. 2 §. *ult. de acq. rer. dom. l.* 8. *C. de acq. poſſ.* Etenim admiſſo eo, ut per liberam perſonam poſſeſſio nobis quæratur, neceſſarium hoc conſequens fuit, ut & dominium quæreretur per poſſeſſionem prius quæſitam, ſi ea à rei domino transferendi dominii cauſa tradita eſſet. Fieri enim non poteſt, quin is, qui rem ex juſta cauſa, hoc eſt, idonea ad transferendum dominium, traditam à domino poſſidere cœpit, dominus ejus rei ſtatim efficiatur. 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 quæſitæ poſſeſſionis eo caſu, quo diximus, etiam dominium. Ex quo apparet, ἄτοπον eſſe & alienum, quod DD. plerique hic afferunt, ideo facilius dominium miniſterio alieno quæri, quam obligationem; quia jura perſonalia & obligationes magis inhærent oſſibus hominum.

Vel uſucapionem] Id eſt, uſucapiendi occaſionem. Hoc enim perpetuum eſt, ut quo caſu dominium ſtatim acquiritur, ſi dominus ſit, qui tradit dominii transferendi cauſa, eo caſu acquiratur jus uſucapionis, 3 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 acquiritur. *d. l.* 13. *de acq. rer. dom.* Si non fuit dominus, uſucapiendi conditio mihi non quæritur, niſi poſtquam ſcientia mea intervenerit, *l.* 1. *C. de acq. poſſeſſ. l. ſi emptam.* 47. *de uſuc. l. poſſeſſio.* 49. §. *ult. de acq. 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.

TEXTUS.

Tranſitio.

7. *Hactenus, tantiſper admonuiſſe ſufficiat, quemadmodum ſingulæ res vobis acquirantur. Nam legatorum jus, quo & ipſo ſingulæ res vobis acquiruntur; item fideicommiſſorum, ubi ſingulæ res vobis relinquuntur, opportunius inferiore loco referemus. Videamus itaque nunc, quibus modis per univerſitatem res vobis acquirantur. Si cui ergo hæredes facti ſitis, ſive cujus bonorum poſſeſſionem petieritis, vel ſi quem adrogaveritis, vel ſi cujus bona libertatum conſervandarum cauſa vobis addicta fuerint, ejus res omnes ad vos tranſeunt. Ac prius de hæreditatibus diſpiciamus. Quarum duplex conditio eſt. Nam vel ex teſtamento, vel ab inteſtato ad vos pertinent. Et prius eſt, ut de his diſpiciamus, quæ ex teſtamento vobis obveniunt; qua in re neceſſarium eſt, initium de teſtamentis ordinandis exponere.*

NOTÆ.

7. *Si cui hæredes &c.*] Ex modis acquirendi per univerſitatem, qui plures olim fuerunt, v. Cont. 1. *diſp.* 12. ſoli manſerunt hi quatuor, ſuſceptio hæreditatis, bonorum poſſeſſionis agnitio, *inſ. tit.* 10. *lib.* 3. adrogatio, & libertatum conſervandarum cauſa bonorum addictio, *tit.* 11. & 12. *d. lib.* 3.

COMMENTARIUS.

1. *Verbis*, per univerſitatem, *non titulum acquirendi, ſed rem, qua acquiritur, ſignificari.*
2. *Ex veteribus acquirendi per univerſitatem modis ſolos ſupereſſe quatuor: quos Juſtinianus commemorat.*
3. *Quid ſit hæreditas?*
4. *Quibus modis deferatur?*
5. *Species acquiſitionis per univerſitatem apud nos receptæ.*

EXpoſitis modis, quibus jure civili acquiruntur res ſingulæ, tranſit Imperator ad eos modos, quibus eodem jure acquiruntur univerſæ, ſive quibus acquirimus per univerſitatem. Non minus autem hic ſpectandi modi ipſi & cauſæ acquirendi, quam univerſitas acquiſitionis. Nam & legari & donari bonorum univerſitas poteſt, *l. non amplius.* 26. §. 2. *de legat.* 1. *l. ſi unquam.* 8. *C. de revoc. donat.* poteſt & vendi, *tot. tit. de hæred. 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 cernitur in actionibus directis, tam activis, quam paſſivis. Modi ipſi acquirendi ſoli univerſales ſunt natura ſua, ad quos nunc ſe Princeps confert.

Lega-

Legatorum jus, item fideic. opportunius inferiore loco] Occupat, & tacitè 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 intempestive transeat: nam legata & fidei commissa 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 rejeciisse, 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 universum & una acquisitione acquirimus bona alicujus omnia, res omnes & jus universum alterius, non seperatim res
1 singulas. Ita enim paulo post; *Si cui ergo hæredes facti sitis, &c. ejus res omnes ad vos transeunt*, & Cajus *lib. 2. tit. 2. in pr. Per universitatem*, ait, *hoc est, simul omnia bona acquirimus hæreditate*, fac. *l. hæreditas. 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 titulorum quosdam dici universos? Multorum ista collectionem arguunt. Quæ affectio cum tantum rerum propria sit, nec tamen omnium, hinc est, quod res quædam dicuntur singulæ, quædam universæ; & rerum sive bonorum quædam universitas, non tituli. Cæterum quemadmodum actiones, quibus bonorum universitatem petimus, ex objecto appellamus universales, 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 hæreditas, quam sibi delatam acquirit hæres adeundo, *§. ult. inf. de hær. qual.*

Si cui ergo hæredes 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 succes. sublat. quæ fieb. per bon. vend. & ex Senatusconsulto Claud.* item in manum conventio seu coëmptio. Quæ itidem species erat successionis per universitatem. Nam olim cum mulier viro in manum conveniisset, omnia, quæ mulieris erant, viri fiebant, dotis nomine, teste M. Tullio in *Topic. cap 4.* in quem
2 locum de ritu coëmptionis vid. Boët. Soli manserunt hi quatuor, quorum idcirco etiam mentionem tantum facit Justininianus, susceptio hæreditatis, bonorum possessionis agnitio, adrogatio, libertatum conservandarum causa bonorum addictio. Annumeratur tamen his & successio fisci, bona damnatorum, vel eorum qui sine hærede moriuntur, occupantis, *arg. l. deportatus. 15. de interd. & rel. l. 1. & passim de jur. fisc.* item ingressus monasterii. Nam Justinianus *Nov. 5. cap. 5.* unde *auth. ingressi. C. de sacrof. Eccles.* constituit, ut universa bona religionem ingressi acquirantur monasterio, extra quam si liberos habeat inter quos substantiam suam dividere non prohibetur, una saltem parte sibi retenta, in quam monasterium succedat. Quod jus illorum temporum peperit superstitio. Cæterum neque fisci, neque monasterii successio simpliciter universalis est, qualis est hæredis, bonorum possessoris, &c. ut onera quoque agnoscere cogantur: licet enim teneantur respondere creditoribus, damnum tamen nullum sentiunt, si bona non sufficiant. Nicol. Burg. *ad consuet. Flandr. tract. 13. n. 10.* Ex quatuor autem modis per universitatem succedendi hic propositis, unus est, per quem succeditur viventi, scilicet adrogatio: per cæteros succeditur defuncto.

Prius de hæreditatibus] In hoc explicando pars reliqua hujus libri & novem priores tituli sequentis consumuntur, nisi quod tractatio de legatis & fideicommissis inferitur, propter argumenti conjunctionem. Hæreditas propriè nihil aliud est, quam universum il- 3
lud jus, quod defuncto vel in defunctum tempore mortis ejus competebat. Hinc illa apud nostros; Hæreditatis appellatio universitatem quandam ac jus successionis demonstrat, *l. bonorum. 208. de verb. signif.* Juris nomen est, & ideo damnosam quoque hæreditatem continet, *l. hæreditatis. 119. l. pecunia. 178. §. 1. eod.* Item, hæreditas etiam sine ullo corpore juris intellectum habet, ut loquitur Papinianus in *l. hæreditas. 50. de hær. pet.* Atque ut ostendant, eum hæredem dici, qui succedit in universum demortui jus, suscipitque ejus rei commodum & incommodum, ideo hæreditatem definiunt esse successionem in universum jus, quod defunctus habuit, *l. nihil. 24. de verb. signif. l. hæreditas. 62. de reg. jur.* Proprie enim successio & succedere hæredis est, non hæreditatis; hæreditas vero illud jus, quod per successionem hæredis acquiritur, *tot. tit. de acq. hær.* Atque ita ego definitionem istam explicare soleo, facem 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 hæreditatis 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. hær.* & retro delata esse intelligitur, quam quis potest adeundo consequi, *l. delata. 151. de verb. sign.* Defertur autem hæreditas aut testamento, aut lege 4
ab intestato, *l. 1. & 2. seqq. de hered. pet.* unde heredes alii testamentarii, alii legitimi; item hereditas testamentaria, & legitima, *l. in plurium. 70. de acquir. her. l. 6. §. 2. quæ in fraud. cred.* Sciendum autem est, primum agi hic de delatione hereditatis directa; nam indirecto, hoc est, per fidei commissum, non testamento tantum, sed etiam codicillis relinqui hereditas potest; nec solum testamento facto, verum etiam ab intestato: & is, cui ex fideicommisso restituta est hæreditas, ex Senatusconsulto Trebelliano heredis loco habetur: de quo demum *tit. de fideic. hær.* qui est antepenultimus hujus libri. Deinde agi de hereditate,

quæ defertur & acquiritur jure civili: cæteroquin jure prætorio & bonorum poſſeſſor effectu heres eſt, & bonorum poſſeſſio, quæ hic ab hæreditate ſeparatur, vi ipſa nihil aliud, quam hereditas, *l.* 1. 2. 3. *de bon. poſſ. l. hereditatis.* 138. *de verb. ſign.* Tantum in tempore & modo acquirendi nonnulla diſſimilitudo, ut videbimus ſuo loco. *inf. de bon. poſſ.*

Quæ ex teſtamento obveniunt] Ordinarium fuit ante de judiciis teſtantium, deinde de ſucceſſione ab inteſtato loqui, ait Ulpian. *l.* 1. *ſi tab. teſt. nul. ext.* nimirum quia prior ſemper ratio fuit hæreditatis teſtamentariæ, quam legitimæ. Nam verbis legis duodecim tabularum, uti quiſque legaſſit ſuæ rei, ita jus eſto, ſic confirmantur judicia teſtantium, ut quamdiu hæc proferuntur, atque ex teſtamento adiri poteſt hereditas, ab inteſtato non deferatur *l. quamdiu.* 39. *de acq. her.* Quoniam autem ad hoc, ut teſtamento deferatur hereditas, & acquiri poſſit, requiritur ut teſtamentum juſtum ſit, hoc eſt, ſecundum regulas & præcepta juris civilis ordinatum, ideo ſubjicit, neceſſarium eſſe, expoſitionem ejus rei ab ordinatione teſtamentorum inchoare.

5 Ex omnibus per univerſitatem acquiſitionibus, quæ unquam apud Romanos fuerunt, ſola apud nos in uſu eſt ea, quæ fit per ſuſceptionem hereditatis: bonorum enim poſſeſſores nulli, ſed hæredes omnes ſunt & appellantur, qui vel ex teſtamento vel ab inteſtato defuncto ſuccedunt; eodemque modo omnibus jure civili Batavorum hereditas acquiritur. Acquiſitio quoque per adrogationem, & ea, quam tribuebat pro conſervatione libertatum bonorum addictio, nullum uſum in hiſce regionibus habere poſſunt, cum nec adoptionis in totum ulla vis ſit, nec ſervos agnoſcamus, ut alibi relatum. Cæterum duæ aliæ ſpecies acquiſitionis per univerſitatem moribus noſtris receptæ, quas ignorat jus civile Romanorum; una per nuptias; altera per voluntatem ſupremam præmorientis conjugis. Nam ex conſuetudine generali Holiandiæ & Weſtfriſiæ nuptiis contractis bona conjugum confunduntur & communicantur, niſi pactis antenuptialibus aliter cautum ſit. Atque hinc ſtante matrimonio debita unius ex bonis alterius exſolvi poſſunt. Habetque locum hæc confuſio etiam in nuptiis repetitis. Utique tamen bona feudalia in hanc communionem non veniunt. Antiquitus quoque moris fuit, ut vidua liberos minores natu habens maneret in poſſeſſione & quaſi dominio communis familiæ fructuſque ſola perciperet, pro quibus liberos communes aleret, uſque dum filiorum natu maximus perfectæ ætatis factus eſſet: ſed hodie hoc amplius non obtinet, niſi ultima voluntate aut etiam pactionibus id cautum reperiatur, vid. D. Grot. *lib.* 2. *manuduct. ad juriſp. Bat. c.* 11. *&* 2. *ſeqq.*

TITULUS DECIMUS

DE TESTAMENTIS ORDINANDIS.

Dig. Lib. 28. *Tit.* 1. *C. Lib.* 6. *Tit.* 23. *Nov.* 66. 119. *c.* 9.

Genera teſtamentorum obiter expoſita, & ratio ordinis Juſtinianei.

IN calce præcedentis tituli dictum eſt cum quæritur de acquirenda hereditate, quæ dicatur teſtamento delata, in primis inſpiciendum eſſe, an teſtamentum valeat, & rite ordinatum ſit; eamque ob cauſam etiam initium hujus tractationis à doctrina de teſtamentis ordinandis, ſive de ratione & modo teſtandi Imperatorem capere. Cæterum cum hæc doctrina ad omnium teſtamenta non pertineat, ſed ad paganorum duntaxat, & ex his ad ea, quæ fide privata ordinantur, quorum ſcriptorum alia forma ſit, alia non ſcriptorum, ut omnis confuſio vitetur, prius genera teſtamentorum obiter ſecernemus, explicaturi deinde, quomodo ſingula fiant iis in locis, ubi hoc tangit Imperator. Teſtamentum in genere nihil aliud eſt, quam ultima voluntas, qua quis hæredem ſibi ſive bonorum ſucceſſorem deligit. Et geminæ ejus ſunt ſpecies; unum commune omnium civium Romanorum, quod paganicum appellatur; alterum proprium militum, quod ideo militare. Utrumque rurſus vel ſcriptum eſt, vel non ſcriptum, ſeu nuncupativum. §. *ult. 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, quæ quidem fide privata fiunt, adſtricta ſint legibus, quæ ad ſolemnitatem ordinationis pertinent, militaria his omnibus ſoluta, ſciendum eſt, nihil eorum, quæ de his in conficiendo teſtamento obſervandis hoc loco & paſſim aliis ejuſdem argumenti ſimpliciter traduntur, ad militaria teſtamenta pertinere; adeoque in toto jure, cum ſimpliciter teſtamentum nominatur, commune ſive paganicum intelligi. Paganorum teſtamenta ut rectè 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 quæramus*, inquit, *an valeat teſtamentum; in primis animadvertere debemus, an is, qui fecerit teſtamentum, habuerit teſtamenti factionem? deinde ſi habuerit, requiremus an ſecundum regulas juris civilis teſtatus ſit?* Regulæ vero iſtæ pertinent vel ad modum teſtandi, vel ad res, quas teſtamento, ut valeat, complecti neceſſe eſt. Atque hæc omnia etiam à Juſtiniano ordine tractantur: verum orditur ille à teſtandi modo. De perſonis teſtantium agit ſecundo loco, *infr. tit.* 12. de rebus, quarum inſertio-

ad

ad vim teſtamenti neceſſaria; *tit.* 13. & 14. Recenſet hic primum hiſtoriæ cauſa antiquas atque obſoletas teſtandi formas; deinde explicat, quo ritu poſtea teſtamenta fieri cœperint, primum per ſcripturam, deinde ſine ſcriptura, voluntate palam nuncupata. Cæterum hæc omnia pertinent ad ea teſtamenta, quæ fiunt fide privata. Publica autem fide ſi quis teſtari velit quod hic à Juſtiniano omiſſum, poterit id facere vel coram Principe per ſupplicationem, vel apud acta judicis aut municipum; & tunc neque teſtes, neque alia ſolennitas deſideratur, *l. omnium.* 19. *C. hoc tit.* & ibi *Gloſſ. & DD.* add. Mynſing. 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 ἐτυμολογία; cujuſmodi noſtris ſæpe obrepunt, *l.* 1. *de acq. poſſ. 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, quæ Modeſtinum auctorem habet, examinata, & profectiores productæ.*
3. *Teſtamentorum uſum generaliter conſideratum eſſe ex jure gentium; ſpecialiter, ex jure civili.*
4. *Apud pleroſque populos tam liberam non fuiſſe, neque etiam nunc eſſe, teſtandi & legandi poteſtatem, quam apud Romanos fuit.*

1 QUod *teſtatio mentis ſit*] Alluſione quadam etymologica oſtendit rei & vocis convenientiam, imitatus Serv. Sulpitium, qui quo efficacius vim rei exprimeret, teſtamentum dixit eſſe verbum duplex, compoſitum à conteſtatione mentis. Eſtque hujuſmodi alluſiva derivandi ratio omnibus auctoribus admodum familiaris: in jocis venuſtas delectat: in rebus ſeriis etiam utilitate ſua, quam in re declaranda habet, commendabilis. Qualis eſt illa Ciceronis, qui *lib.* 1. *de offic. cap.* 6. *fidem ex eo appellatam* ſcribit, *quia fiat, quod dictum eſt.* Item illa Auguſtini, quod *mentiri inde dictum, quod ſit contra mentem ire.* Similis eſt ille 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.* Ejuſdem generis inveniuntur & in *l.* 3. *de damn. inf. l. ſenatus* 35. § 1. *de mort. ca. don l* 2. § 2. *de reb. cred.* Nec abſimilis eſt illa Celſi, dicentis, jus à Juſtitia appellatum eſſe, *l.* 1. *in pr. de juſt. & jur.* Hæc autem & his ſimilia licet non dicantur ex vero, ſpecioſam tamen veri arguendi vim habent, ſicuti exempla & comparationes fictæ non minus arguunt, quam verè. 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 quæratur, dictum eſſe à teſtando? Quod autem convenit & verbo & ſimul rei, *teſtatio mentis*, fortuitum eſſe, nec in aliis verbis per hujuſcemodi formam productis idem evenire, atque ideo nec per ſimilem alluſionem declarari poſſe? Et iraſcor Gœddeo, qui in *l. nomen.* 164. *de verb. ſign.* contendit, eandem hanc derivandi rationem etiam accommodari poſſe verbis, *veſtimentum, ornamentum, calceamentum,* & ejuſdem productionis cæteris; lepida ſcilicet ratione, quia & ſartor, ſutor, &c. mentis judicio in opere faciundo utuntur, aut quia nemo ſine mente ſe veſtit, ornat, calceat. Et igitur ſi Gœddeo credimus, veſtimentum ex eo appellatum recte dici poterit, quod veſtitio mentis ſit; calceamentum, quod ſit calceatio mentis. An igitur & incrementum, 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 ὀνοματώδη, ἤ τοι ἐτυμολογίαν. Quæ & Theophili mens eſt, licet aliud videatur doctiſſimo Salmaſio *lib. de uſur. cap.* 1. VINN. Recte omnino auctor noſter: cujus obſervationibus id adde, quod auctores noſtri hic ſtoam ſuo more imitentur. Iis enim philoſophis hujuſmodi alluſiones erant familiariſſimæ. Cic. *de offic. lib.* 1. *cap.* 6. Seneca *Epiſt.* 88. Vidit jam hoc Vir eximius, Em. Merill. *Obſ. lib.* 1. *cap.* 10. & ante eum ſummus Cujacius *Obſ. lib.* XI. *cap.* 37. Addenda etiam quæ hanc in rem contra Laur. Vallam diſputant viri docti apud Cl. Duker. *de Latinit. vet. Hiſt. p.* 23. *ſequ. & p.* 462. Scip. Gentil. *Orig. ad ff.* & Ægid. Menag. *Amœnit. jur. cap.* 39. HEIN. Deſcriptionem teſtamenti habemus apud Modeſtinum *l.* 1. *hoc tit. Teſtamentum*, inquit, *eſt voluntatis noſtræ juſta ſententia de eo, quod quis poſt mortem ſuam fieri velit.* Juſtam ſententiam ſi accipimus ſolennem, aut plenam, hoc eſt, integram & de omnibus bonis (utraque enim ſignificatio huic verbo convenit) hac nota ſatis removebuntur codicilli. Expreſſior tamen eſt illa Ulpiani *in frag. tit.* 20. qui ſic definit; *Teſtamentum eſt mentis noſtræ juſta conteſtatio, in id ſolenniter 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 enunciatio 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.*

teſtor. Itaque teſtimonium perhibitote. Perfectiſſima autem erit definitio, ſi ita dicamus; *Teſtamentum eſt ſuprema conteſtatio in id ſolenniter facta, ut quem volumus, poſt mortem noſtram habeamus haredem.* Nam legata ad teſtamenti ſubſtantiam non pertinent, *l.* 1. §. 3. *de hered. inſtit.* Sunt autem hæ definitiones concepiæ de iis teſtamentis duntaxat, quæ fiunt jure communi omnium Civ. Rom: ad ea quæ fiunt jure proprio & ſingulari, qualia ſunt militum, *de quib. tit. ſeq.* & quorundam etiam paganorum, de quibus nos obiter *ad* §. 4. *n.* 2. 3 *infr. h. tit.* non pertinent. Quæri hoc loco ſolet, cui juri adſcribenda teſtamenti factio, utrum juri gentium, an civili? Dicendum eſt, ſi generaliter, ſimpliciter & indefinite uſus teſtamentorum conſideretur, eum eſſe ex jure gentium; ſi ſpecialiter & definitè, 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 fere 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 *vitis Philoſoph.* Eſaias Propheta annuntiat Ezechiæ regi Judæ, ut domui ſuæ præcipiat, quaſi mox moriturо. 2 *Reg.* 20. & Tacitus de Germanis noſtris, ut ſingulare aliquid notat, quod nullum apud eos teſtamentum eſſet, *lib. de morib. Germ. cap.* 20. Idem quoque arguit, quod miles, qui ſecundum jus gentium teſtari creditur, deportatum heredem inſtituere poteſt, *l.* 13. §. 2. *de teſtam. mil.* junct. *l.* 17. §. 1. *de pœn.* Et ſecundum hæc ad populum Conſtantinus; *Nihil eſt*, inquit, *quod magis hominibus debeatur, quam ut ſuprema 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 & per ſe conſideratam eſſe juris gentium. Negant, rationi & ſimplicitati juris gentium convenire, ut quis diſponat de re non ſua: id autem eum facere ajunt, qui diſponit in id tempus, quo dominus eſſe deſinit. Sed aſſumptio hæc falſa eſt. Non enim de re aliena, ſed ſua, nimirum eo tempore, quo adhuc dominus eſt, teſtator diſponit, & quid fieri velit, ordinat: licet executionem voluntatis in tempus mortis ſuæ ſuſpendat. Quod non magis pugnat cum ratione naturali, 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. Etenim ne illo quidem jure putandum eſt, defuncti bona ſimpliciter addici proximis, ſed in defectum ſupremæ voluntatis ejus, qui dominus fuit *arg.* §. *per traditionem.* 40. *ſup. de rer. 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 propriè 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 pœn.* Nam nec matrimonium contrahere poteſt, nec patriam poteſtatem, nec tutelam, nec jus ſucceſſionis cognationi tributum retinet. Nimirum etſi hæc omnia ex jure gentium, tanquam ex communi fonte populus Romanus hauſerit, propria tamen ſibi fecit, & à communione eorum arcuit peregrinos. Neque enim hoc dicimus, teſtamentum eſſe juris gentium, quo modo contractus & commercia juris gentium eſſe dicuntur: ſed ex jure gentium & civili ita conflatum, ut, quamvis hic præcipuæ partes ſunt juris civilis, & ob id etiam inter ea, quæ juris civilis ſunt, teſtamentum numerandum, tamen numerandum inter ea, quæ mixti juris ſunt, non quæ mere civilis & poſitivi: quoniam ex ratione juris gentium eſt, ut quis moriturus de bonis ſuis poſſit diſponere: quo ſenſu etiam in Inſtitutionibus Græcis inter exempla juris gentium refertur τὸ διαθήκας συγγράφεσθαι. *tit. de jur. nat. gent. in pr.* reviſe ad ea, quæ ſub §. 1. *ejuſd. tit.* à nobis tradita ſunt. Illud plane ridiculum eſt, quod ex eo, quod Tacitus ſcribit, apud Germanos ſuo tempore uſum teſtamentorum non fuiſſe, nonnulli colligunt, teſtamenti factionem cum jure gentium non conſentire: nam uſum quoque emptionis & venditionis Germanos ignoraſſe idem Tacitus eodem loco prodidit, cum apud eos nummus non eſſet: & elleborofi hominis eſt, ex uſu unius populi & rudis adhuc de jure gentium judicare, add. doctiſſ. Vigl. *ad* §. 2. *hoc tit.* VINN. Non adeo expedita res videtur, teſtamenti factionem eſſe juris gentium: ſive per illud intelligas jus, quod naturalis ratio inter omnes homines conſtituit, ſive quod uſu & neceſſitate exigente homines inter ſe conſtituiſſe dicuntur. Nec rationes Vinnii id evincunt. Nàm (1) multæ gentes condiderunt teſtamenta, ſed non omnes. Non Germani, Tac. *de mor. Germ. cap.* 20. non Athenienſes ante Solonem, Plutarch. *in Solon. p.* 90. non Hebræi, Sel-

Selden *de ſucceſſ. in bon. Hebr. cap.* 24. non Indi denique, veluti Siamenſes, De la Loubere *du Royaume de Siam. T.* 1. *part.* 2. *ch.* 7. *n.* 9. Deinde (2) omnino rationi naturali repugnat, alicui jus eſſe ſtatuendi de rebus ſuis ita, ut voluntas poſt mortem valere incipiat, ubi jam velle deſiit, & mors omnia ſolvit. Quod animadvertens vir acutiſſimus, Leibnitius in *novo methodo Juriſprud. p.* 56. *ſequ:* ad animarum immortalitatem confugit, ut ſic perdurare voluntas mortuorum videatur. quod nimis dilutum eſt. (3) Nec donationis exemplum à Vinnio adductum quadrat. Nam qui donat inter vivos ſtatim dominium transfert, quamvis ſibi uſum poſſeſſionemque reſervet. (4) Grotii definitio non exhaurit naturam teſtamenti, de quo nobis quæſtio eſt. Quis enim dixerit, teſtatorem, quoad vivit, tantum jus poſſidendi & fruendi ſibi reſervare, quum res ſuas vendere, donare, quin ipſam ultimam voluntatem mutare poſſit? Et quis dixerit, eam alienationem eſſe revocabilem, qua nihil alienatur, & quæ revocari poteſt, antequam valere cœpit? (5) Denique nec uſu & neceſſitate exigente teſtamenta inventa ſunt, quum nulla neceſſitas fingi poſſit, quæ homines adegerit ad teſtandum, quum jam leges exſtent de ſucceſſione, immo hæc teſtamenti factio ſæpe incommodis oneret rempublicam? Vid. Hert. *Elem. Polit. Part. II. Sect.* 11. §. 53. HEIN.

4 Adjicio, ὡ παρόδῳ, multis viſum, è republica aliquando eſſe, nimiam teſtandi & legandi libertatem præcidere, præſertim in Optimatum ſtatu, & hactenus, ut ne cui liceat prædia paterna aut avita legare. Quin etiam Bodinus *lib.* 5. *de repub. cap.* 2. auctor eſt, ſolis Athenienſibus uſurpatam fuiſſe infinitam legandi licentiam, eamque Decemviros à Solone acceptam in duodecim tabulas retuliſſe, & populo Romano propoſuiſſe his verbis; *Uti quiſque legaſſit ſuæ rei, ita jus eſto, l. verbis legis.* 120. *de verb. ſignif.* Cæterarum autem gentium omnium unam legem fuiſſe, ne prædia teſtamento legare liceret: eoque jure adhuc Polonos, Danos, Suecos, alioſque populos uti. Nos ſcimus, idem fere etiamnum obtinere in Geldria, & Diœceſi Trajectina, locis Bataviæ noſtræ proxime adjacentibus. Excepta apud nos ſunt bona feudalia, quæ teſtamento dare, legare non licet ſine indulgentia Ordinum hujus provinciæ. 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 permiſſu 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. notabil. feud.* §. 24. Apud Ultrajectenſes etiam ſimplex indulgentia poteſtatem ſubſtituendi tribuit, ſed ſemel duntaxat.

TEXTUS.

De antiquis modis teſtandi Civilibus.

1. *Sed ut nihil antiquitatis penitus ignoretur, ſciendum eſt, olim quidem duo genera teſtamentorum in uſu fuiſſe; quorum altero in pace & otio utebantur, quod calatis comitiis appellabant: altero, cum in prælium exituri eſſent, quod procinctum dicebatur. Acceſſit deinde tertium genus teſtamentorum, quod dicebatur per æs & libram, ſcilicet quod per emancipationem, id eſt, imaginariam quandam venditionem agebatur, quinque teſtibus & libripende, civibus Romanis puberibus præſentibus, & eo, qui familiæ emptor dicebatur. Sed illa quidem priora duo genera teſtamentorum ex veteribus temporibus in deſuetudinem abierunt: quod vero per æs & libram fiebat, licet diutius permanſerit, attamen partim & hoc in uſu eſſe deſiit.*

NOTÆ.

1. *Calatis comitiis*] Calato ſeu convocato per lictorem curiatum populo, teſtamentorum confirmandorum cauſa: curiata enim hæc erant comitia, non centuriata aut tributa. Gell. *lib.* 15. *c.* 27. Gruch. *in præf. lib. de comit.* In Gloſſis, *calata comitia*, ἀρχαιρέσια διὰ τῶ ἔτους γινόμενα. Vide infr. in Comm.

Per emancipationem] Emancipare & mancipare propriè, eſt ære & libra vendere, & in dominium alicui tradere. Horat. *Epiſt. II*, 2. *v.* 158. *Si proprium eſt; quod quis libra mercatus & ære eſt*, per tranſlationem prædicatur de qualibet alienatione & ſubjectione. Plaut. *Bach.* & *Curcul.* Cic. *Phil.* 2. & *Cat. Maj.*

Imaginariam venditionem] Imaginaria dicitur, quia pretium non interveniebat; ſed νόμου χάριν ſeſtertius nummus, v. Cujac. 10. *obſ.* 37.

Quinque teſtibus] Aderant præter libripendem teſtes quinque, cives Rom. puberes, certiſque verbis hic actus perficiebatur. V. Ulpian. *tit.* 19. §. 2. *& tit.* 20. §. 1. *&* 8. & Boët. *in top.* ubi ex Cajo etiam formulam mancipationis refert, add. Salmaſ. *de uſur. c.* 8.

Familiæ emptor] Suet. *Neron. c.* 4. *Familiæ emptor*, id eſt, hæreditatis; qui initio erat ipſe hæres futurus, §. 10. *inf. eod.* poſtea autem alius ab hærede, manceps fiduciarius, qui hæredi familiam remanciparet. Theophil. quod Plutarcho *lib. de ſer. num. vind.* abſurdum videtur.

In deſuetudinem] Cauſam te docebit Theoph.

COMMENTARIUS.

1. *Comitiorum genera obiter expoſita, & oſtenſum, quibus comitiis teſtamenta fieri ſolebant.*
2. *De teſtamento, quod veteribus* endo procinctu.

3. *De*

3. *De teſtamento per æs & libram.*
4. *Quando ſuperiora genera teſtamentorum in uſu eſſe deſierint.*

QUo ratio juris de forma & modo faciendorum teſtamentorum poſtea conſtituti facilius & perfectius intelligatur, neceſſarium putavit Juſtinianus, à primordio rem totam repetere. Et ſunt 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 Juſtinianici partibus accidit. Accommodari huc poteſt illud Senecæ *lib. 6. de benef. c. 1. Etiam, quod diſcere ſupervacuum eſt, prodeſt cognoſcere.* Ait autem, primis temporibus duo genera teſtamentorum populo Romano in uſu fuiſſe, quorum altero, quod calatis comitiis dicebatur, utebantur in pace & otio; altero, quod procinctum, cum in prælium procincti educerentur: acceſſiſſe autem poſtea & tertium genus, quod per æs & libram fiebat. Atque hujus rei teſtem habemus etiam Aulum Gellium, qui *lib. 15. noct. Attic. c. 27.* ſic ſcribit; *Tria genera teſtamentorum fuiſſe accipimus; unum, quod calatis comitiis in concione populi fieret; alterum, quod in procinctu, cum viri ad prædium faciendum in aciem vocabantur; tertium per familiæ emancipationem, cui æs & 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 calata appellant, fuerint; & unde hoc iis ſolis nomen, quod
1 videtur omnibus communiter convenire. Patet ex ſcriptis veterum, maxime Ciceronis, Livii & Dionyſii Halicarnaſſenſis, tria fuiſſe, eaque diverſa comitiorum genera; curiata, centuriata, & tributa: quorum antiquiſſima curiata. Nam ex quo Curiæ primum à Romulo inſtitutæ ſunt, uſque ad tempora Servii Tullii, ſexti Romanorum regis, omnia, quæ ſuffragiis populi à regibus committebantur, 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 reperimus, à populo eos creatos: & leges omnes quæ ad illud uſque tempus latæ ſunt, curiatæ fuerunt: & judicium Horatii à populo curiatis comitiis peractum eſt. At poſt claſſes à Servio rege inſtitutas, tum duo cœperunt eſſe comitiorum genera, curiata & centuriata: atque illis duobus tantum uſus eſt populus uſque ad judicium Coriolani: qui fuit annus ab urbe condita 263. quo primum inſtituta ſunt tributa comitia; & curiata minus ex eo tempore frequentari cœperunt. Curiata comitia dicebantur, in quibus populus curiatim ſuffragium dicebat, hoc eſt, in quibus populus per curias diviſus ſententiam rogabatur; ut quod plures curiæ ſtatuiſſent, id juſſum populi diceretur: nec auſpicato fieri poterant, niſi intra pomœrium, idque in foro, adeoque in comitio. Centuriata erant, quibus populus per claſſium centurias diviſus ſuffragium ferebat, ita ut ſuffragia colligerentur centuriatim, & quod plures centuriæ juſſiſſent, id jus ratumque eſſe. Hæc intra pomœrium haberi non poterant: locus eis deſtinatus, erat campus Martius. Tributa comitia dicta, cum populus tributim ſive per tribus diviſus ſuffragium iniret, in quibus quod plures tribus juſſiſſent aut vetuiſſent, ſpectabatur. Hæc autem diverſa fuiſſe à curiatis argumento eſt, quod tribus à curiis ſemper diverſæ fuerunt; quodque, intra an extra pomœrium haberentur, nulla religio erat. Jus habendi comitia ſolis magiſtratibus fuit, niſi de ſacris eſſet agendum; & quidem ſolis patriciis & majoribus magiſtratibus curiata & centuriata; tributa etiam tribunis plebis. Sacrorum autem cauſa Pontifices jus habuerunt vocandi comitia tam centuriata, puta creando regi ſacrificulo, quam curiata: nam fallitur D. Weſembecius, dum exiſtimat, magiſtratus coëgiſſe centuriata comitia, calata pontifices. Cauſæ habendorum comitiorum variæ; ad creandos magiſtratus aut confirmandos; ad leges ferendas, judicia exercenda, ſacerdotes inaugurandos, deteſtationis ſacrorum, adrogationum, & teſtamentorum faciendorum cauſa: nec tamen unæ omnium, nec eædem omnium omnibus temporibus. Singula exequi ad inſtitutum non opus eſt: adeundi Nicol. Gruchius & Carol. Sigonius, qui de comitiis Rom. ſcripſerunt ex profeſſo. Cum igitur præter ea, quæ diximus, nulla alia fuerint comitia, neceſſe eſt, calata, quorum hic mentio fit, ſpeciem unam ex his fuiſſe. Non fuere autem centuriata: alioqui ſequeretur, nec in urbe teſtari Quirites potuiſſe, nec omnino primis temporibus teſtari ante tempora Servii regis, à quo primum centuriata comitia inſtituta ſunt. Multo minus putandum eſt, hæc comitia tributa fuiſſe: quippe quorum uſus nullus fuit ante judicium Coriolani. Relinquitur ergo, ut curiata fuerint, quæ ſola primis temporibus, cum in concione teſtamenta fiebant, in urbe haberentur. Idque etiam Gellius non obſcure indicat loco ſuperius citato, cum ait, iiſdem comitiis calatis ſacrorum deteſtationes & teſtamenta fieri ſolita. At ante legem Papyriam, quæ vetuit, ædes, terram, aram conſecrare injuſſu plebis, teſte Cicerone *pro 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 *calendæ, curia calabra, claſſis*, &c. Macrob. 1. *Saturn.* 15. exiſtimare licet, initio comitia omnia calata fuiſſe: ſed poſtea cum id verbum in uſu eſſe deſiit, nomen calatorum comitiorum in his tantum, quæ pro collegio pontificum haberentur, retentum eſſe; idque religionis & antiquitatis cauſa. Gellius ſanè *d. lib. 15. cap. 27.* refert in libro Lælii Felicis ad Q. Mucium primo ſcriptum eſſe, Labeonem ſcribere, calata comitia eſſe, quæ pro collegio pontificum haberentur, aut regis ſacrorum, aut flaminum inaugurandorum cauſa. Et paulo poſt, iiſdem comitiis & teſtamenta condita. Ac credibile eſt, ideo pontifi-

tifices teſtamentorum factionibus præfuiſſe, quia ſacra, quæ ad eos pertinebant, una cum hæreditatibus transferrentur. Vicem horum teſtamentorum exhibere ſcribit D. Viglius, quæ precibus Principi oblatis inferuntur, juxta *l. omnium.* 19. *C. h. t.* Nam Principem poſt legem regiam quodammodo univerſum populum repræſentare. Sed & teſtamentum, quod in acta magiſtratus municipumve refertur, ejus, quod calatis comitiis fiebat, quadantenus locum ſubit, quia & ipſum publica fide fit, & quaſi totius civitatis, *d. l. omnium.* 19. VINN. Quæ hic Vinnius perſpicue refert, ea maximam partem recte ſe habent, & plenius exponuntur à Gruchio & Sigonio. In eo tamen falli videtur (1) quod comitia calata teſtamentorum cauſſa convocata putat. Convocabantur enim legum ferendarum magiſtratuumque creandorum cauſſa, immo & ob alia negotia publica, bellum, pacem, judicia, &c. Teſtamenta autem nihil aliud tum erant quam leges, rogatæ à magiſtratu, & curiarum ſuffragiis confirmatæ. Unde vocabulum *legare*, quaſi legem ferre νομοθετεῖν *Nov.* XXII. *cap.* 2. legis modo relinquere. Ulp. *Fragm. tit.* XXIV. §. 1. Deinde nec id (2) admittendum videtur, quod teſtamenta principi oblata, vel in acta magiſtratus municipumve relata in teſtamentorum, quæ calatis comitiis facta ſint, locum ſucceſſiſſe exiſtimat: quum complura ante ſæcula obſoleviſſent comitia calata, teſtamentaque in iis fieri ſolita, quum hæc teſtamenta principi vel magiſtratibus oblata invenirentur. HEIN.

2 *Quod procinctum dicebatur*] Alterum teſtamenti genus antiquitus uſurpatum, cum ad pugnam ituri eſſent, incerti an eſſent rediturí, procinctum appellatum eſſe ait; pro quo malim *in procinctu*: nam teſtamentum ineptè procinctum dixeris; licet Theophilus quoque *procinctum* legat, ut veriſimile ſit ita Tribonianum ſcripſiſſe. At enim veteres ita locuti non ſunt, ut hoc epitheton ipſi teſtamento apponerent: ſed procinctum militem, procinctum exercitum, procinctam claſſem dicebant, id eſt, multitudinem hominum ad prælium inſtructam & paratam; eo quod togis incincti olim pugnabant, quo expeditiores eſſent, teſte Feſto, hinc *procinctus*, pro *exercitus*. Ammian. *lib.* 18. *procinctus adventans.* Teſtamenta autem, quæ pugnaturi inſtructa acie nuncupabant, *endo procinctu* vel *in procinctu* appellabant. Gloſſ. Lat. Græc. *endo procinctu*, ἐζωσμένοι ἐν πολέμῳ. Lucilius Balbus apud Cic. 2. *de nat. Deor. cap.* 3. *Itaque maxima reipubl. partes, in his bella, quibus reipub. ſalus continetur, nullis auſpiciis adminiſtrantur, nulla perennia ſervantur, nulla ex acuminibus, nulli viri vocantur, ex quo in procinctu teſtamenta perierunt*, & *lib.* 1. *de Orat. cap.* 53. apud eundem Antonius, *Qui duos filios ſuos parvos tutela populi Romani commendaſſet, ac ſe, tanquam in procinctu teſtamentum faceret ſine libra atque tabulis, populum Rom. tutorem inſtituere dixiſſet illorum orbitati.* Ita quoque Feſtus, Gellius, Ulpianus *dd. loc.* Plutarchus *in Coriolan. p.* 198. ita hanc rem explicat; Erat eo tempore, inquit, mos Romanis prælium inituris ſcutaque ſumpturis ἐξεζώννυσθαι τὸ ἔνδυτον, *præcingere togam*, ſimulque ἀληθεῖς ἀγορεύειν, *teſtamenta ſine ſcripto* facere, & tribus aut quatuor audientibus hæredem nuncupare. VINN. Immo in textu Plutarchi eſt τριῶν ἢ τετράων, qui conficiunt ſeptem. Forte ἢ pro ἤ ponitur, particula copulativa pro disjunctiva, quod ſæpe & alibi fit. Vid. Jo. Strauch. *Lexic. partic. in voce* Et. HEIN.

Quod dicebatur per æs & libram] Ἀπαλστιον: ut ſcribit Theophilus, hoc eſt, *inauſpicatum* veteribus viſum fuit, 3 ſano & valente corpore teſtamentum facere velle, extra quam ſi præſens periculum foret, veluti ſi in hoſtem pugnandum eſſet; aut comitia teſtamentis faciendis ex profeſſo haberentur: quod bis tantum in anno, ſi eidem Theophilo credimus, fiebat. Sed cum hinc eveniret, ut ne ægrotantibus quidem ſemper libera eſſet teſtamenti factio; nec fœminæ, 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, & fœminis etiam ſuprema judicia ordinare liceret. Hic modus teſtandi per æs & libram dictus, quia per mancipationem, in qua æs & libra adhibebatur, fiebat: unde hæres per æs & libram apud Ciceronem 2. *de legib.* Et ſciendum eſt, Romanos primis temporibus ære gravi atque argento rudi, non ſignato, uſos fuiſſe pro pecunia, atque hæc appendere, non numerare ſolitos: ſignata pecunia demum poſt Pyrrhum Regem devictum uti cœpiſſe, eamque numerare, auctore Plinio *lib.* 33. *cap.* 3. Verba tamen vetera etiam poſtea retenta ſunt, ut, pendo, appendo, expendo, nominaque ab his derivata; & imago quædam vetuſti moris in venditione atque alienatione rerum mancipi, quæ uno verbo mancipatio dicitur, (Cicero *in Topic. cap.* 10. traditionem nexu vocat, propterea quod hæc mancipationem ſequebatur) nimirum ut is, in quem hæ res transferebantur, eas emeret domino ære & libra, appenſo ei νόμῳ χάριν, dicis cauſa, nummo uno. Atque hoc modo pleniſſimo & optimo jure dominium in accipientem transferebatur, pleno ſcilicet jure Quiritium; cum alioqui bonitarium duntaxat tranſiret. Quo accommodandum illud Horatii *Epiſt. lib.* 11. *ep.* 2. *v.* 158.

Si proprium eſt, quod quis libra mercatus & ære eſt.

Aderant præter libripendem quinque teſtes, cives Romani, puberes, certiſque verbis hic actus perficiebatur, vid. Ulp. *tit.* 1. §. 11. *& tit.* 19. §. 2. *&* Boët. *in Top.* Cic. *lib.* 3. apud quem etiam extat mancipationis formula. *Is*, inquit, *qui mancipio accipit, æs tenens ita dicit; Hunc ego hominem ex jure Quiritium meum eſſe ajo, iſque mihi emptus eſt hoc ære æneaque libra. Deinde ære percutit libram, indeque æs ei dat, à quo mancipio accipit, quaſi pretii loco*, ita rectè eum locum emendat vir omni prædicatione dignus, ſed omni major, Cl. Salmaſ. *lib. de uſur. c.* 8. Traductum hoc poſtea ad tranſlationes univerſitatis bonorum, ut futurus ſucceſſor familiam, id eſt, univerſam ſubſtantiam teſtatoris εἰκονικῶς emeret, quo poſt mortem ejus hoc tanquam juſto titulo bona poſſidere intelligeretur. Eadem quoque ſolemnitas adhibita fuit in adoptionibus & emancipationibus liberorum, ut alibi vidimus. VINN. Immo vera ratio paullo altius repetenda, cur Romani teſtamenta condenda putarint per æs & libram. Leges exſtabant de ſucceſſione ab inteſtato. Leges privata cujuſque voluntate mutari non poterant, *l.* 38 *ff. de pact.* ſed alia lege opus erat, qua prior abrogaretur. Hinc teſtamenta olim fiebant in comitiis calatis, per mo-

dum legis. Posteaquam autem leges XII. tabularum cuivis concessissent libertatem testandi, lege notissima: Paterfam. uti legassit super pecuniæ tutelæve suæ rei, ita jus esto: opus erat fictione quadam, ne privati hominis voluntate leges viderentur mutari. Itaque fingebant, testatorem hereditatem, tanquam rem mancipi vendere, addita secreta lege: Hæc uti in his tabulis scripta sunt, ita do, ita lego, ita testor. Facem hic præfert. Vir Illustr. Corn. van Bynkersh. *Obs. Lib.* II. *cap.* 2. HEIN.

Quod per emancipationem] Ita quoque Theophilus, Aul. Gellius *lib.* 15. *c.* 27. *per familiæ emancipationem*, nec video, cur potius legendum *mancipationem*: quod vult D. Bachovius. Etenim veteres non minus verbo, *emancipare*, quam *mancipare* utuntur, pro mancipio dare, tradere, vendere, alienare. Cicero *de Senect. c.* 11. *Ita senectus honesta est, si nemini emancipata est.* Plaut. *in Bach. Act.* 1. *sc.* 1. *v.* 60. *Nunc mulier tibi me emancupo, tuus sum.* Horat. *epod.* 9. *v.* 12.

Romanus (eheu posteri negabitis)
Emancipatus fœmina
Fert vallum & arma miles.

Id est, δεδουλωμένῳ τῇ γυναικί. Tranquillus *in Othone c.* 4. *Cuidam cum vicino de parte finium litiganti adhibitus arbiter totum agrum redemit, emancipavitque.* Plinius *lib.* 7. *epist.* 18. *Agrum ex meis longè pluris exactori publico emancipavi.* Cicero 2. *Philip. c.* 21. *Tum iste venditum atque emancipatum tribunatum consiliis vestris opposuit:* quo tamen loco non ignoro etiam *mancipatum* legi.

Imaginariam quandam venditionem] Duabus de causis venditionem hanc imaginariam fuisse scribit Hotomannus: primum quia revera venditio non erat, sed liberalis bonorum omnium translatio, cum dicis tantum causa nummus unus appenderetur testatori: deinde quia familiæ emptor, in quem tanquam in hæredem ea bona per mancipationem transferebantur, hæres non erat, sed alius ab hærede. At oportebat distinguere tempora: nam quo tempore hæc testandi ratio 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, cum, ut credibile est, quod veterum simplicitas & probitas antea non consideraverat, experimentis compertum esset, eam rem testatori periculosam esse, atque insuper etiam causam odii in testatorem, invidiæ in hæredem, legitimis successoribus præbere: receptum est, ut palam quidem solemnitatis adimplendæ causa familiæ emptor adhiberetur, sed qui, ut manceps fiduciarius, hæredi seorsum in tabulis clausis scripto, mortuo testatore, familiam remanciparet. Cujus rei causam cum Plutarchus non intelligeret, in libro, cui titulus est, *De sera Numinis vindicta*; de Romanis loquens, sic scribit: ὅταν ἀληθίνας γοάφωσιν, ἑτέρους μὲν ἀπολείπουσι κληρονόμους, ἑτέροις δὲ πωλοῦσι τὰς οὐσίας ὁ δοκεῖ ἄλογον. Transferantur huc verba Ulpiani ex *tit.* 20. §. 8. *In testamento*, inquit, *quod fit per æs & libram, duæ res aguntur, familiæ mancipatio & nuncupatio testamenti. Nuncupatur testamentum in hunc modum; Tabulas testamenti testator tenens, ita dicit; Hæc uti his tabulis 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 æs & libram, priora illa duo minus frequentari cœperunt, paulatimque abiere in desuetudinem. Et quidem jam ætate Ciceronis perierant testamenta in procinctu, sicut ipse testatur *lib.* 2. *de nat. Deor. cap.* 3. 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, *Iisdem comitiis, quæ calata appellari diximus, & sacrorum detestatio & testamenta fieri solebant.* Utitur Labeo verbo temporis præteriti: ut intelligamus, olim ista fieri solita, suo autem tempore duo ista genera calatorum comitiorum in usu amplius non fuisse: & perperam Bachovius ex eo, quod Labeo eodem loco scribit, tria genera testamentorum fuisse, in procinctu, calatis comitiis, per æs & libram, colligit, ætate Labeonis atque adeo Gellii testamenta calatis comitiis adhuc in usu fuisse: nam eadem ratione colligas, eodem tempore viguisse adhuc testamenta in procinctu: quod falsum esse constat ex d. loco Ciceronis. Illud utique certum est, tempore mediæ jurisprudentiæ comitiis testari desitum fuisse, testis Ulpian. *in fragm. d. tit.* 20. §. 1. VINN. Immo latis tabulis XII. desiisse testamenta in comitiis calatis fieri, verosimillimum est. Quis enim voluisset voluntatem suam submittere populi suffragiis, quum libere suoque arbitrio testari posset? Et quis maluisset publice & palam heredem nuncupare, quam jure uti legibus XII. tab. concesso? HEIN.

Quod vero per æs & libram, &c. Priora illa duo testamentorum genera jam diu exoleverant, cum per æs & 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 à prætore introductam, & juris mixti eo tempore testamenta quoque fieri solita, multis auctoritatibus doceri potest, *l. ad testium.* 22. §. *si quis.* 4. *l. pen. hoc tit. cum similib.* & apud Ciceronem quoque non uno in loco mentio fit testamentorum obsignatorum. Ait *Partim & hoc in usu esse desiit.* An hoc ideo dicit, quia familiæ emptor postea alius esse cœpit ab hærede? Sed hoc factum jam olim, & stante adhuc repub. Arbitror, Justinianum hoc significare voluisse, cum in testamento, quod per æs & libram fiebat, duæ res antea agerentur, familiæ mancipatio, & nuncupatio testamenti, solemnitatem familiæ mancipandæ paulatim exoleviſse: solum alterum, nuncupationem scilicet testamenti, sive solemnem voluntatis contestationem & quodammodo numerum testium usque ad sua tempora mansisse; sicut apparet ex mixta testandi forma, qua posteritas uti cœpit, §. 3. *inf. eod.* quo loco hoc innuit ipse Justinianus. Illa mera somnia sunt, quæ à quibusdam afferuntur, ideo testamenta per æs & libram desiisse fieri, quia emptio ista bonorum testatoris visa sit esse contra bonos mores, & pactum de futura successione, quod votum captandæ mortis inducat: neque enim vera emptio erat, aut hic ejus effectus, ut testamentum mutare non liceret; nec idem jam olim hæres, qui familiæ emptor: &

Theo-

Theophilus, quem ajunt eandem hujus deſuetudinis rationem reddere, tantum indicat, cur alium emptorem familiæ, alium hæredem eſſe placuerit: quanquam & ipſe fallitur, dum id Juſtinianum hoc loco ſentire exiſtimat.

TEXTUS.

De antiqua teſtandi ratione Prætoria.

2. *Sed prædicta quidem nomina teſtamentorum ad jus civile referebantur. Poſtea vero ex edicto prætoris forma alia faciendorum teſtamentorum introducta eſt. Jure etenim honorario nulla mancipatio deſiderabatur, ſed ſeptem teſtium ſigna ſufficiebant: cum jure civili ſigna teſtium non eſſent neceſſaria.*

COMMENTARIUS.

1. *Nimiæ curioſitatis eſſe, velle indagare, cur in omnibus emancipationibus placuerit minimum quinque teſtes adeſſe, confutatis plerorumque rationibus.*

AD 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 XII. 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 XII. tabularum deſcendunt. Planè imaginariæ mancipationes inventum ſunt Juriſconſultorum; nec dubito, quin etiam teſtamentum per æs & libram ſolemnitate mancipationis rerum ſingularum inter vivos producta ad alienationem bonorum omnium per ultimam voluntatem.

Jure honorario nulla mancipatio deſiderabatur, ſed ſeptem teſtium ſigna] Teſtandi ratio jure prætorio introducta, ſimplicior eſt atque expeditior, quam illa juris civilis per nexum & imaginariam mancipationem: quippe cum prætor nihil aliud deſideraret ad vim teſtamenti, quam ut id ſeptem teſtibus propoſitum atque ab iis obſignatum eſſet. Licet enim tale teſtamentum jure civili non ſubſiſteret propter defectum mancipationis: tamen prætor ſecundum illud bonorum poſſeſſionem ſcriptis in eo 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 impleretur.* Nimiæ autem curioſitatis I eſt, indagare velle, cur placuerit, in omnibus mancipationibus minimum quinque teſtes præſentes 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. Halicarnaſſenſis 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 cenſebatur; nec quod plures claſſes, ſed quod plures centuriæ juſſiſſent, id ratum habebatur: unde ſi vel primæ claſſis centuriæ, (quæ reliquam multitudinem tribus centuriis ſuperabat,) conveniſſent, ſecundæ aut inferiorum claſſium non vocabantur. Quapropter ſi Bachovii rationem ſequamur, potuit vel unus teſtis ſufficere, ut actus coram majore parte centuriarum celebratus videretur, civis maximi cenſus, primam claſſem, hoc eſt, nonaginta & octo centurias repræſentans, Vid. Dionyſ. Halicarn. *lib. 4.* Nec Feſto claſſici teſtes, quos dictos ait, qui teſtamentis ſignandis adhibebantur, ſunt teſtes ex ſingulis claſſibus collecti, ſed cives Romani; eo quod cives omnes in claſſe aliqua cenſebantur, & qui claſſem non habebant, nec cives Romani erant: quomodo & Joſ. Scaliger hoc accepit. Errat enim Calepinus, qui putat, per claſſicos teſtes Feſtum intellexiſſe homines primæ claſſis, aut primæ dignitatis: nam ſatis fuiſſe conſtat, ſi viri honeſti eſſent & integræ famæ: quanquam antiqui etiam ita locuti ſunt, ut claſſicos dicerent, non omnes, qui in claſſibus erant, ſed primæ tantum claſſis homines: unde per tranſlationem auctores claſſici appellati, primæ notæ, aſſidui, non proletarii ſcriptores, vid. Gell. *lib. 7. c. 13. & lib. 19. c. 8.* Sunt, qui ideo quinque teſtes adhibitos ſcribunt, quia totidem tribubus populus conſtabat, Timæ. Fab. *diſp. anniverſ.* 18. Hopper. *hic in not.* qui magna in antiquitatis ignoratione verſantur: nuſquam enim invenias, populum unquam in quinque tribus diviſum fuiſſe: quod quidem Faber etiam fatetur; ſed exiſtimat, à Romulo tres tribus factas, eaſque duplicatas à Tarquinio Priſco: itaque vice populi ſex teſtes adhibitos, quorum tamen unus nomen ac munus libripendis aſſumeret. At enim ſi Livio credimus, nullæ tribus à Romulo factæ, quæ quidem univerſam multitudinem continerent: ſed tres modo equitum centuriæ, ex omni multitudine 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, fient tribus triginta. Subjicit tamen, Venonium memoriæ prodidiſſe, triginta & unam tribus ſub rege Servio fuiſſe. Libro autem ſeptimo apud eundem de judicio Coriolani ſic ſcriptum reperimus: *Cum una & viginti tum tribus Romæ eſſent, quæ miſſæ ſunt in ſuffragium, novem habuiſſe Martium: à quibus abſolutus eſt.* Proinde longe majorem numerum teſtium adhiberi oportet, ſi per eos tribuum numerum repræſentari volumus, & poſt expletum triginta quinque tribuum numerum teſtes quinque & triginta. VINN. Non ſane abſurdum eſt, quod de claſſibus ſuſpicatur Bachovius. In mancipatione agebatur de dominio juris Quiritium transferendo, & hinc nihil videbatur æquius, quam ut Quiritium arbitrio res gereretur. Quirites tempore XII. tab. erant deſcripti in ſex claſſes. Sed ſexta claſſis ex proletariis & capite cenſis conſtabat. Quum vero *proletarii* teſtes nullius auctoritatis haberentur, iiſque opponerentur teſtes *claſſici*: probabile eſt, ideo ſufficere creditum eſſe teſtes quinque, tanquam, qui totidem Quiritium claſſes repræſentarent. Id addo, mancipationis ritum eſſe XII. tabulis antiquiorem, cum in iis mentio illius fiat tanquam jam noti & recepti. Putarim à Servio inventum, qui & diviſionis populi in claſſes auctor eſt. Eum enim leges de contractibus tuliſſe, docet Dionyſ. Hal. *lib.* v. *p.* 278. unde & præcipuus ſanctor legum dicitur Tacito *lib.* III. *Annal. cap.* 26. HEIN.

Cum jure civili ſigna teſtium non eſſent neceſſaria] In teſtamento, quod fiebat per æs & libram. In eo enim tantum res neceſſariæ erant, familiæ mancipatio, & nuncupatio teſtamenti ſive voluntatis teſtibus exhibitæ ſolemnis 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 fortè ad legata referas, quæ ad familiæ mancipationem non pertinebant. Auctor enim Theophilus eſt, teſtatorem poſt mancipationem mox ordinaſſe, quid poſt mortem fieri vellet, & familiæ emptori ſive hæredi dicere ſolitum, *Huic volo dari fundum; illi domum, alii centum nomiſmata.*

TEXTUS.

De conjunctione juris Civilis & Prætorii.

3. *Sed cum paulatim, tam ex uſu hominum, quam ex conſtitutionum emendationibus cœpit in unam conſonantiam jus civile & prætorium jungi, conſtitutum eſt, ut uno eodemque tempore, quod jus civile quodammodo exigebat, ſeptem teſtibus adhibitis, & ſubſcriptione teſtium, quod ex conſtitutionibus inventum eſt, & ex edicto Prætoris, ſignacula teſtamentis imponerentur: ita ut hoc jus triperitum eſſe videatur: & teſtes quidem, eorumque præſentia, uno contextu, teſtamenti celebrandi gratia, à jure civili deſcendant: ſubſcriptiones autem teſtatoris & teſtium ex ſacrarum conſtitutionum obſervatione adhibeantur: ſignacula autem & teſtium numerus ex edicto Prætoris.*

NOTÆ.

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. ἡ δὲ συνήθεια ἐπὶ πάσης ἀληθείας πέντε μάρτυρας ἐδείξατο.

Quodammodo] Nam jus civile quinque tantum teſtes exigebat, reliqui duo in vicem ponderatoris & familiæ emptoris à prætore ſubſtituti. VINN. Immo in vicem ponderatoris vel libripendis & anteſtati. Vid. Caj. *Inſt. Lib.* II. *tit.* 6. §. 3. HEIN.

Subſcriptione teſtatoris, &c. Ita conſtitutum à Theodoſ. *l.* 21. *C. eod.* additumque, ſi teſtator litteras ignoret, vel ſubſcribere nequeat, octavum ut ſubſcriptorem adhibeat. Adeo autem & ſubſcriptio & ſimul obſignatio neceſſaria, ut alterutro omiſſo teſtamentum vitietur, *l.* 22. §. 4. *D. eod.*

COMMENTARIUS.

1. *Recepto teſtamento mixto, quale hic deſcribitur, non ſtatim antiquata teſtamenta per æs & libram, neque vim teſtamenti prætorii enervatam.*
2. *Numerum ſeptem teſtium requiri ad ſolemnitatem ordinationis, non cum quod obſcurius dictum eſt, poſtea teſtator explanat.*
3. *Subſcriptiones teſtium jam tempore mediæ juriſprudentiæ in uſu fuiſſe.*
4. *Lege Cornelia teſtamentaria edictum Prætoris de obſignandis tabulis confirmatum.*
5. *In teſtamento ſcripto non exigi, ut teſtis intelligat ſermonem teſtatoris.*
6. *Teſtes rogatos adeſſe oportere: nec non alia quædam ſcripto teſtamento cum nuncupativo communia.*
7. *Quid ſit, uno contextu actus teſtari: & , num contractus in teſtamento aut inter teſtandum celebrari queant.*
8. *An non obſtante ſolemnitatis alicujus omiſſione voluntas teſtatoris obliget in foro conſcientiæ.*

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 no-

vo-

vo constitutionum principalium, 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.* 6. *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, *ferè.* 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 præsentiam; numerum
2 testium juri prætorio. Illud notandum est, numerum istum septem testium requiri ad solemnitatem ordinationis testamenti, sive cum de substantialibus, ut loquuntur, testamenti quæstio est: non autem ubi quod obscurius in testamento dictum scriptumve, post solemnia testator explanat: veluti si cum Titio centum legasset, & multos Titios amicos haberet, postea declaraverit, de quo senserit, *d. l. hæredes palam.* 21. §. 1. *hoc tit.* Leo quinque testes sufficere voluit, *Nov. Leon.* 41. quod receptum in Oriente, *Græc. lib.* 45. *Basil. tit.* 1.

Subscriptione testium] Et testatoris, ut mox. Ita enim constitutum à Theodosio *l. hac consultissima.* 21. *C. eod.* additumque, si testator litteras ignoret, vel subscribere nequeat, octavum, ut subscriptorem adhibeat. Cæterum ex constitutione Justiniani, si testator propria manu totum testamentum conscripserit, idque se feciſſe in tabulis specialiter expresserit, nihil opus est vel ipsum vel alium ejus nomine subscribere,
3 *l. cum antiquitas.* 28. §. 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] Obsignationem testium esse ex edicto Prætoris indicant, *l. si testamentum.* 23. *eod.* §. *non tamen.* 6. *inf. quib. mod. test. infirm.* Ulpian. *tit.*
4 23. §. *si septem.* Quamobrem quod M. Tullius 3. *Verr.* meminit tabularum testamenti obsignatarum è lege, legem intelligens Corneliam testamentariam, recte D. Wesembecius sic accepit, Syllam, quod jam ante ex edicto erat, lege sua comprehendisse, non ut edictum tolleret, atque ex lege à se lata in posterum signa adhiberi vellet, sed potius ut auctoritatem edicti confirmaret. Obsignatio autem argumento certissimo est, scripturam jure prætorio necessariam fuisse, ut obsignationis illius subjectum; cum jure civili, quod nec subscriptionem nec obsignationem desiderabat, scriptura non omnino necessaria fuerit: quamvis credibile sit, frequentius ob rei memoriam scripturam interveniſſe: quod & tutius esse cœpit, postquam hæres emptor familiæ esse desiit. Adeo autem & subscriptio & simul obsignatio necessaria est, ut deficiente alterutra testamentum injustum sit, *l. ad testium.* 22. §. *si quis.* 4. *hoc tit.* teneaturque falsi crimine tabellio, qui non utramque adhibendam curavit, *l. jubemus.* 29. *in fin. C. eod.*

Et testes quidem & eorum præsentia] Quod testium præsentiam requirit, non videtur esse proprium testium testamentariorum, sed commune omnium, qui ad actum aliquem celebrandum adhibentur. Non est 5
autem satis corpore testes præsentes esse, nisi & animo sint, intelligantque voluntatem testatoris. Neque tamen sermonis intelligentiam requirimus, sed placet sufficere, si vel sensu quis percipiat, cui rei adhibitus sit. Enimvero durare testes debent, donec suprema contestatio peragatur; invitos tamen retinere non licet: & si retenti sint, testamentum non subsistit. *l. qui testamento.* 20. §. *antepen. & seqq. eod.* Adhæc 6
rogati adesse debent, aut saltem si alterius rei causa collecti sint, ante testimonium certiorari, se ad testamentum adhiberi, *l. hæredes.* 21. §. *pen. eod. l.* 21. *C. eod.* neque hæc solemnitas, cum sit extrinseca, præsumitur interveniſſe, etsi in testamento scriptum sit, *præsentibus testibus infra scriptis*; sed juxta communem sententiam probari debet, nisi additum sit, *& cætera*, aut notarius nominatim rogationis fecerit mentionem. Viv. *comm. op. verb. testes tam in testamento.* Farinac. *lib.* 2. *de testib. tit.* 6. Vasq. *lib.* 2. *de succ. creat.* §. 13. *req.* 8. *n.* 53. Graff. §. *testamentum. qu.* 58. Mantic. 2. *de conj. ult. vol. tit.* 11. Hoc amplius & in conspectu testatoris, testimonii officio fungi necesse est, *l.* 9. *C. eod.* Quapropter non est satis, ut quidam tradiderunt, testes oculatos esse, si testatorem ipsi non videant, fortè velo aut cortina interjecta conspectum adimente, licet vocem ejus audiant: sed necesse est, ut faciem ejus videant, ne qua fraus fiat, alio fortè subornato, qui vocem testatoris imitando simulet; ut ille, de quo Cynus testatur in *d. l.* 9. qui obrepserat mulieri simulando vocem mariti. Estque hæc receptior interpretum sententia, teste Sichardo in *d. l.* 9. *n.* 2. ubi tradit Glossam in *l.* 2. §. *idem Labeo.* 3. *de aq. pluv. arc.* contra sentientem communiter reprobari, add. Clar. §. *testamentum. q.* 59. Chrisslin. *vol.* 4. *decis.* 7. *n.* 5, Graff. *d.* §. *testamentum. q.* 59. *n.* 4.

Uno contextu] Μιᾷ ὑφῇ, ἀλλελείπτως, uno eodem- 7
que die ac tempore, *l. hac consultissima.* 21. *C. hoc tit.* nulloque actu ab instituto negotio alieno intervenient, *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 & testes adhibere & testamentum scribere vel dictare ac finire: sed ad nuncupationem testamenti sive ipsam testationem & declarationem voluntatis, cum scilicet testamentum subscribendum & obsignandum testibus in eam rem adhibitis offertur: nam quin alio tempore testamentum conscribere, & scriptionem sæpius interrumpere, alio vero testes ad solennia adhibere possit, non ambigitur. *d. l.* 21. *C. hoc tit.* Cum igitur uno actus contextu testari oporteat, negotioque alieno aut ad testamen-

tum non pertinente interpoſito actus ille interrumpatur, vitieturque teſtamentum: hinc facile colligere eſt, quid judicandum ſit de quæſtione, 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 interrumpi; veluti ſi teſtator, cum jam cœpiſſet ordinare teſtamentum & necdum abſolviſſet, fundum aut rem aliam Titio vendere aut locare inſtituat. Quod ſi ita quæſtio formetur, ut quæratur, an poſſit contractus fieri in ipſo teſtamento; ne hoc quidem admittendum videtur. Quippe cum contractus, qua talis, non intelligatur, niſi celebratus ſit inter plures: at quæ teſtamento caventur, ab uno caventur teſtatore, atque ex unius illius voluntate ſtant & cadunt. Non obſtat igitur, quod teſtamento libertum aſſignare licet, *l.* 1. §. 3. *de aſſign. libert.* §. *ult. inſ. 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 relinquitur. Sic pignoris, *l. non eſt mirum.* 26. *de pign. act.* duorum reorum, *l.* 9. *de duob. reis*, uſusfructus, §. 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.

8 Graviſſima hic moveri ſolet quæſtio, an, ſi legitimus numerus teſtium adhibitus non fuerit, aliudve quid meræ ſolennitatis in teſtamento omiſſum, veluti ſi teſtes rogati non ſint, aut tantum ſubſignaverint ſive ſubſcripſerint, non etiam obſignaverint, tale teſtamentum ſaltem in foro conſcientiæ hæredem ab inteſtato, cui de voluntate teſtatoris conſtat, non obliget ad reſtituendam hæreditatem hæredi ſcripto, & ad legata præſtanda? Obligare negat Domin. Soto *lib.* 4. *de juſt. & ju. quæſt.* 5. Clar. 3. *ſent. quæſt.* 90. Covar. *in c. cum eſſes. x. de teſtam.* Ajunt Ludov. Molin. *de juſt. & jur. tract.* 2. *diſp.* 81. Mantic. *lib.* 2. *de conj. ult. vol. tit.* 14. Vaſq. *de ſucceſſ. creat.* §. 1. *n.* 23. *& ſeqq. & de ſucceſſ. progreſſ.* §. 3. *n.* 3. Diod. Tulden. *C. de teſtam. n.* 8. Chriſtin. *vol.* 4. *deciſ.* 34. quibus aſſentior. Nam cum in foro conſcientiæ ſola veritas ſpectetur ſecundum ſimplicitatem juris naturalis, *c.* 1. *diſt.* 1. ſufficit ad conſcientiam devinciendam, ut ſubſit aliqua obligatio. Qualis autem ea ſit, civilis, ex qua etiam agi poſſit, an naturalis, quæ ad petendum in foro externo inefficax, nihil intereſt. At in quæſtione propoſita, ſi hæredibus certo conſtet de voluntate defuncti, nullamque fraudem interveniſſe, ad quam avertendam ſolennitas omnis juris civilis comparata eſt, non poteſt non ſubeſſe naturalis obligatio, *fac. l.* 2. *C. de fideic. l. cum amplius.* 84. §. 1. *de R. J. l.* 5. §. *ſi quis.* 15. *de don. int. vir. & uxor.* §. *ult. inſ. de fideicom. har. l. ult. C. eod.* Quod etiam bene intellexit Plinius, qui ob id ſæpiſſime ſcripſit, voluntatem defunctorum, etiamſi jure deficiatur, bonis hæredibus pro jure eſſe, *lib.* 2. *epiſt.* 16. *lib.* 4. *epiſt.* 10. *lib.* 5. *epiſt.* 7. eoque pertinet & illud Senecæ; *Anguſta innocentia eſt, ſecundum leges* (intellige *civiles*) *bonum eſſe.* Nimirum lex conſcientiæ, quæ eadem & naturæ, legibus civilibus non mutatur, ſed una & apud omnes eadem eſt & ſemper fuit, utpote cordibus omnium hominum divinitus inſcripta. Hæc lex cum in corde loquatur, & dictet, voluntatem defuncti, quamvis irritam, ſi juris ſolennitatem reſpicias, ſervari oportere, utique qui eam non ſervat, contra conſcientiam facit. Non obſtat quod lex civilis, quæ ſolennitates introduxit, juſta eſt, & ad communem reipub. utilitatem condita, ne quid ſcilicet falſitatis in ordinandis teſtamentis committatur: nam in quæſtione noſtra præſupponimus, teſtamentum eſſe verum & ſincerum, deque eo hæredi conſtare: quod ſolum in foro conſcientiæ conſideratur: Et ex converſo igitur ſalva pietate retineri quoque poterit, ſaltem quamdiu ei non contradicitur, quod relictum eſt teſtamento propter deliquium ſolennitatis alicujus jure civili invalido. Mant. *& alii ubi ſup.* Grot. *lib.* 3. *de jur. bell. & pac. c.* 7. *n.* 6.

TEXTUS.

Solennitas addita à Juſtiniano.

4. *Sed his omnibus à noſtra conſtitutione, propter teſtamentorum ſinceritatem, ut nulla fraus adhibeatur, hoc additum eſt, ut per manus teſtatoris, vel teſtium, nomen hæredis exprimatur, & omnia ſecundum illius conſtitutionis tenorem procedant.*

NOTÆ.

4. *Nomen hæredis exprimatur*] *l.* 29. *C. eod.* quod tamen abrogatum *Nov.* 119. *c.* 9. ut jam ſumma ſolennitatis iterum ad ea redeat, quæ comprehenſa §. *præced.* In quibuſdam paganorum teſtamentis etiam de illa ipſa ſolennitate aliquid remiſſum, *l.* 8. *l.* 21. §. *pen. l. ult. C. eod.* & tota fere in teſtamentis parentum inter liberos, *d. l.* 21. §. 1. *& auth. quod ſine. C. eod. Nov.* 107.

COMMENTARIUS.

1. *Quod hoc* §. *conſtituitur, pugnare cum principali fine teſtamenti ſcripti: tollere etiam id, quod hoc teſtamentum maximè differt à nuncupativo.*
2. *Quibus in teſtamentis paganorum, & quatenus, ſolennitates remiſſæ.*
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.* Jubet autem Juſtinianus, ut præter cæteras ſolennitates, quas ſupra commemoravimus, etiam hæc adhibeatur, ut teſtator nomen hæredis vel in ſua ſubſcriptione aliave 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 1

ſa nomen hæredis celare poſſet, & tabulas chartaſve, in quibus ſcriptus eſſet, clauſas vel involutas teſtibus ſignandas & ſubſcribendas proponere: unde huic teſtamento nomen myſtici. Tollitque adeo id, quo ſcriptum teſtamentum maxime differt à nuncupativo, cujus proprium eſt, ut præſentibus teſtibus nomen hæredis nuncupetur, §. *ult. inſ. 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 requiſitæ iterum ad ea redeat, quæ comprehenſa ſunt §. *præc.* & apertius paulò conſtitu-
2 tione Theodoſii, *l. hac conſultiſſima.* 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 conſtet, ut de cæteris rebus, id eſt, ſaltem duobus teſtibus; ſcripto autem declarata, ſi & tempus teſtamenti facti, & nomina liberorum, & uncias & res, quas inter liberos diſtributas velit, expreſſerit; idque clare & plenis literis, non notis aut ſignis: deberque parens aut ipſe hæc ſcribere, aut ſaltem manu ſua ſubſcribere. *Nov.* 107. *unde auth. quod ſine. C. eod. & ib. DD.* Clar. §. *teſtamentum. quæſt.* 8. Mynſ. 5. *obſ.* 28. Gail. 2. *obſ.* 112. Chriſtin. *vol.* 4. *deciſ.* 7. *&* 8. Grot. 2. *manuduct.* 16. Dekher. *diſſert.* 2. *lib.* 2. D. Jac. Coren. *rer. jud. obſ.* 39. pleniſſime Gudelin. *lib.* 2. *de jur. noviſſ. cap.* 5. add. *noſtra lib.* 2. *ſel. quæſt. cap.* 17. *& ſeq.* 2. In teſtamentis ruſticanorum, quibus permiſſum quinque teſtes adhibere, ſi plures non reperiantur: remiſſæ item ſubſcriptiones ſi literati deſint, *l. ult. C. eod.* 3. In teſtamento quoque tempore peſtis facto de ſolenni numero teſtium quid remittendum cenſent Interpretes, vid. Mynſ. 1. *obſ.* 96. Gail. 2. *obſ.* 118. Peck. 3. *de teſtam conjug.* 18. Præſ. Everhard. *Conſ.* 61. quod quidem rationem habet, utique ſi peſtis ſit vehemens, & teſtator ipſe eo morbo laboret. Clar. §. *teſtamentum. quæſt.* 56. *num.* 3. Chriſtin. *vol.* 4. *deciſ.* 6. *num.* 5. At jure noſtro hoc tantum remiſſum hoc caſu videtur, ut non neceſſe ſit teſtes ſeptem ſimul jungi, junctoſque eodem tempore ſubſcribere & ſignare; *l.* 8. *C. hoc tit.* 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. §. *pen. & ib. DD.*
3 *C. hoc tit.* In univerſum autem Jure Canonico, ut ratum ſit quodlibet teſtamentum, ſufficit duos teſtes cum parocho adhibuiſſe, *cap. cum eſſes.* 10. *x. eod.* Neque enim poteſt hic canon reſtringi ad teſtamenta ad pias cauſas, quod quidam faciunt propter *d. cap. relatum. eod.* Nam in *d. cap. cum eſſes.* Alexander tertius id in omni teſtamento generaliter conſtituit, nominatim improbata conſtitutione juris civilis de ſeptem teſtibus adhibendis, ut nimis longe recedente ab eo, quod ſcriptum eſt; *In ore duorum vel trium teſtium ſtet omne verbum.* Et licet nonnulli exiſtiment, cauſam nullam fuiſſe, cur Pontifex id, quod bene, ut ajunt, ad fraudes hominum avertendas, *l. ult. C. de fideic.* jure civili conſtitutum fuit, mutaret: tamen conſtitutionem Pontificiam uſus fere probavit: qui & alias ægre patitur nimis ſe longe abduci à ſimplicitate juris naturæ.

TEXTUS.

De annulis quibus teſtamenta ſignantur.

§. 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.

COMMENTARIUS.

1. *Etſi tutius eſt alieno annulo ſignantem in ſubſcriptione id profiteri, tamen & eo omiſſo teſtamentum ſubſiſtere.*
2. *Quod hic de uſu annuli alieni traditur, non pertinere ad perſonas publicas, quæ ex officio ſigilla inſtrumentis apponunt.*
3. *Utrum annulo 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 nullius ſit eorum, ſed vel teſtatoris vel alterius cujuſcunque, *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. Fabro & Viglio, quos etiam nunc plerique ſequuntur, aſſentior, confitentibus 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 *dd. ll.* traditam. Pœnam vero non mereri, quod fit lege permittente, *l. Gracchus.* 4. *C. de adulter.* Sed & jus prætorium, quod præter ſigna teſtium nihil requirit, hac in parte non diſcrepare à jure civili. Igitur etſi facilius agnoſcitur ſignum impreſſum annulo alieno, cum id in ſubſcriptione annotatum eſt, eum tamen & ſine eo recognoſci poſſit, & vel ex eo etiam facile, quod quiſque teſtis ex conſtitutionibus ſubſcribere debet, quis & cujus teſtamentum ſignaverit; *l. pen. hoc tit.* non putaverim, vitiari teſtamentum ſignatum annulo alieno ob id, quod ſignator non adjecerit, annulo alieno

ſo-

se signasse. 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
2 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 obsignationem lex requirit, ut cum opus est, signum recognoscentes, se id apposuisse testificentur. Nam ita institutum fuit, ut cum ad aperiendas tabulas testamenti ventum esset, priusquam resignarentur, prætor signatores convenire cogeret, & sigilla sua recognoscere, *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 nullius è testibus sit. Ex eo autem quod annuli plerumque mentio fit, non satis recte colligitur, alio instrumento signatorio testamenta signari non potuisse: dici enim potest, idcirco id fieri, quia frequentius annulis veteres signabant. Et tamen de eo dubitatum fuisse, obtinuisse-
3 que, 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 charactere 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 charactere utitur, licet diversis instrumentis, quibus insculptus est, non varie signat, sed uniformiter. Et quæso, si idem character est, quid interest, utrum instrumentum rotundum, an triangulum aut quadratum sit? aut quomodo id dignosci poterit? ac proinde etiam absurdum non est, si annulo signasse dicatur qui signavit instrumento, quod characterem annuli insculptum habet. Quamobrem prope est, ut assentiar Baroni, Hotom. Wesemb. ad *hunc* §. & Donello 6. *comm.* 8. Qui locum Ulpiani in *dict. l. 22. §. 5.* legendum putant interposita negatione, *& magis est, ut non tantum annulo.* Quod & temperamentum subjectum, *dum tamen habeat χαρακτῆρα*, 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.* ἐνὶ δακτυλίῳ ἤτοι βαλλωτηρίῳ. Atque ita & doctiss. Salmas. *lib. de mod. usur. cap. 10. pagin. 456.* Alii malunt, retenta lectione cum D. Connano 9. *comm. 2.* Ulpianum intelligere de testibus, qui plura signa habent, unum in annulo, alterum & diversum in re alia impressum: ut hi potius annulo signare debeant, quam alio ullo instrumento: quia id signum, quod in annulo est, magis cujusque proprium esse putatur, magisque notum & certum est. Hodie hæc quæstio supervacua est, cum testes subscripsisse sufficiat, signa eorum non requirantur, sed solius sigillum Notarii. Jac. Verwey *art. testand. c. 9.* De more & modo signandi apud veteres usitato adi D. Salmas. *lib. de mod. usur. c. 11.* VINN. Cave aliquid mutandum, vel particulam salutarem *non* intrudendam existimes in *l. 22. §. 5. ff. qui test. fac. poss.* Nec enim codices addicunt, nec verba: *dum tamen habeat.* Χαρακτῆρα id flagitant: dantur enim & annuli, qui non habent χαρακτῆρα. Quod autem annulos abscisse exigerent veteres, ejus rei rationem eadem lex videtur reddere. *Varie enim homines signant*, inquit Ulpianus. Alio typo utebantur domi in signandis cellis pecuniariis, lagenis, cujus usus etiam patebat matribusfamilias: alio utebatur paterfamilias in obsignandis litteris & instrumentis, eumque fere annulo insculptum circumferebat. Loca veterum non adscribo. Adi Lips. ad Tacit. *Ann. 11, 2.* & adde Suet. *Aug. cap. 50.* Non itaque annulus in *l. 22.* opponi videtur typario alterius formæ, sed alterius usus, veluti, quo domi ad signandas cellas utebantur. HEIN.

TEXTUS.

Qui testes esse possunt.

6. Testes autem adhiberi possunt ii, cum quibus testamenti factio est. Sed neque mulier, neque impubes, neque servus, neque furiosus, neque mutus, neque surdus, neque is, cui bonis interdictum est, neque ii, quos leges jubent improbos intestabilesque esse, possunt in numerum testium adhiberi.

NOTÆ.

6. Neque mulier] Hoc ex eo, quod in omni mancipatione teſtes tantum maſculi admiſſi. Nam his verbis, *cives Rom. puberes*, mares ſignificantur, Add. Schol. Harm. *lib.* 1. *tit.* 6. §. 52.

Neque impubes] Livius apud Priſcian. *lib.* 8. *Impubes libripens eſſe non poteſt, neque amteſtari*, id eſt, *neque teſtis fieri*, paſſive. Active autem *amteſtari*, eſt teſtem facere, μαρτύρεσθαι. v. Salmaſ. *ad jus Attic. pag.* 811.

Neque prodigus] Is cui bonis interdictum eſt, *l.* 11. *pr. D. eod.* Bene Græci; ὁ κωλυόμενος διατίθεσθαι ὅτε μαρτυρεῖ ἐν διαθήκῃ. 35. Baſil. *tit.* 1.

COMMENTARIUS.

1. *Communem teſtium habilitatis notam eſſe, ſi ſit cum iis teſtamenti factio: & quid hoc ſit?*
2. *Cur à teſtimoniis teſtamentariis arceantur mulieres?*
3. *Cur non admittatur ſurdus, cum adhiberi poſſit, qui ſermonem teſtatoris non intelligat?*
4. *Utrum cæcus adhiberi poſſit?*
5. *Qui dicantur inteſtabiles: & an hi quoque teſtamenti factionem paſſivam habeant?*

NOn ſatis eſt, ſeptem teſtes ad teſtamentum adhibitos eſſe, etiam conditionem cujuſque inſpici & non niſi idoneos admitti placuit. Et recte: quippe cum fides teſtationis non tam firmetur numero teſtium, quam auctoritate, per *l.* 3. §. 2. *&* 3. *de teſtib.* Eſtque ferè tota hæc tractatio de habilitate teſtium nuncupativo teſtamento cum ſcripto & myſtico communis.

1 *Cum quibus teſtamenti factio eſt*] Hæc communis notâ 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. is cui lege.* 18. *l. ſi filiusfam.* 19. *hoc tit. l.* 1. §. *exigit.* 8. *de bon. poſſ. ſec. tab. l.* 3. *C. de apoſtat.* Atqui ipſi teſtamentum facere non poſſunt, ſed tantum ex teſtamento capere, cum iis rectius dicitur eſſe vel haberi teſtamenti factio, ut in §. 2. *inf. de hær. inſt.* §. *legari.* 25. *inf. de legat. l. non minus.* 31. *l. ſi alienum.* 49. §. 1. *de hær. inſt. l.* 7. *pro legat.* quam eos habere teſtamenti factionem. Quanquam hæc verborum proprietas perpetuo non obſervatur, ut videre eſt in *l. filiusfam.* 16. *hoc tit. l. ult. pro hared.* §. *in extraneis.* 4. *inf. de hared. qual.* quibus in locis teſtamenti factionem habere dicuntur etiam illi, qui tantum capere ex teſtamento poſſunt. Unde factum, ut docendi gratia interpretes teſtamenti factionem diſtinxerint in activam & paſſivam. VINN. Sed ſi exempla convenire debent regulæ: dicendum eſt, cum iis fuiſſe teſtamenti factionem, qui olim in comitiis adeſſe, & ſuffragium ferre de aliorum teſtamentis poterant. Cum iis enim etiam poſtea erat teſtamenti factio per æs & libram, non cum aliis. Ex hoc fundamento facile reddes rationem cur teſtes eſſe non potuerint mulieres, impuberes, ſervi, furioſi, quum tamen heredes inſtitui poſſint. HEIN.

Sed neque mulier, neque impubes &c.] Enumeratio perſonarum, quæ varias ob cauſas in teſtamento teſtes eſſe prohibentur, & quidem ſimpliciter in teſtamento cujuſvis. Cur mulier hic teſtis non admittatur, cum 2
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 judici non liceat poſtea inquirere: talis autem non eſt mulier. 2. Quia ſexus muliebris non ſatis ſagax creditur ad odorandas fraudes, quæ in ſubornandis teſtamentis ſtrui ſolent. 3. Quia hic numerus teſtium non tantum requiritur, ad probationem actus; ſed etiam ad conſtitutionem: leges autem veteres, teſte Scholiaſte ad Harmenopulum *lib.* 1. *tit.* 6. §. 52. ἐν ταῖς συγατικαῖς μαρτυρίαις μὴ μαρτυρεῖν τὰς γυναῖκας ἀποφαίνονται. Συγατικὰς μαρτυρίας, hoc eſt, *teſtimonia conſtitutiva*, quæ faciunt, ut negotium conſiſtat, (Mercerus vertit *commendatoria*) opponit ἀποδεικτικαῖς; id eſt, *demonſtrativis*, ſive quæ adhibentur duntaxat probationis cauſa. 4. Quia teſtatio ſupremæ voluntatis non eſt actus repentinus aut fortuitus, ut nihil neceſſe ſit, ubi viri honeſti haberi poſſunt, accire fœminas, per *Nov. de teſtib.* 90. *cap.* 1. Quibus rationibus item moveor, ut credam, ne in codicillis quidem mulierem teſtem eſſe potuiſſe, contra quam ſentiunt Vigl. & comm. DD. Mitto quod ſolennis illa teſtandi ratio per familiæ mancipationem; unde qualitas teſtium, maſculos tantum teſtes admiſiſſe videtur, uti reliquæ quoque mancipationes & contractus, qui fiebant per æs & libram: & quod Romani turpe & verecundiæ 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. *cenſ. Belg.* Impubes teſtis non admittitur, propter imperfectum animi judicium: quam ob cauſam nec aliis in negotiis teſtimonium ejus recipitur, *l.* 3. §. *lege.* 5. *l. inviti.* 19. §. 1. *de teſtibus.* In cauſa autem teſtamenti hoc ſpeciale eſſe exiſtimatur, quod nec pubes factus teſtimonium pro teſtamento dicere poſſit, ad quod impubes adhibitus fuit, cum in aliis cauſis teſtimonii dictionem habeat poſt pubertatem de his, quæ impubes vidit; utique ſi teſtetur de iis, quæ verſimiliter ab impuberibus capi poſſunt, & quæ vidit, cum jam eſſet pubertati proximus. Joan. Fab. Vigl. *hic.* Oldend. *part.* 4. *de teſtib. num.* 12. ex ſententia communi. Servum excludit conditio perſonæ, quia nullam juris civilis communionem habet, *d. l. qui teſtamento.* 20. §. *ſervus.* 7. quæ ratio etiam peregrinos removet, *l. ſunt quidam.* 17. §. 1. *de pœn.* & nominatim lex deſiderat cives Romanos. Furioſus nihil intelligit; cæterum ſi remiſſionem habet, poterit eo tempore adhiberi, *d. l. qui teſtamento.* 20. §. *ne furioſus.* 4. Mutus pro teſtimo- 3
nio, 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 interrogandi, per *l.* 1. *teſtamenta quem. aper.* nec teſtimoniis, ſed teſtibus credendum, *l.* 3. §. 2. *de teſtib.* Hinc etiam intelligitur, cur potius, quam ſurdus, admittatur qui ſermonem teſtatoris non intelligit: nimirum quia hic alia lingua moneri poteſt, cui rei adhibeatur, & ipſe teſtimonium dicere: ſingula enim percipere nihil neceſſe eſt, *dict. l. qui teſtamento.* 20. §. *pen.* utique cum teſtamentum per ſcripturam fit. Nam in nuncupativo hoc locum habere non puto, in quo totum negotium palam explicatur, auribuſque & ſermoni teſtium permittitur. De cæco nihil traditum.

4 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. *verſ. caſum. de poſtul.* Prodigis notam inurit adminiſtrationis bonorum interdictio, fidemque 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 tut. dat. l. furioſi.* 40. *de reg. jur.* Congruit *l. is cui lege.* 18. *in pr. hoc tit.*

5 *Improbos inteſtabileſque*] Inteſtabilis dicitur, cui nec teſtamentum condere licet, nec teſtimonium alteri dicere; & cui viciſſim nemo teſtimonium dicere tenetur, uti quiſque tenetur civi honeſto, ſi denuntiatum ſit, *l. is cui.* 18. §. 1. *l. cum lege.* 26. *hoc tit.* Ex Senatusconſulto inteſtabilis, qui ob carmen famoſum damnatus eſt, *d. l.* 18. §. 1. *l.* 5. §. *ſi quis.* 9. *de injur.* Ex conſtitutionibus, apoſtatæ & hæretici, *l.* 3. *C. de apoſtat. l.* 4. *C. de hæret. & Manich. l. hæreticus.* 44. *C. Theod. de his qui ſup. reb.* Ex duodecim tabulis, anteſtatus & libripens, ſi poſtea teſtimonium perhibere detrectaſſent. Verba legis refert Gellius *lib.* 15. *cap.* 13. *Quoi ſe fierit anteſtarier, libripenſve fuerit, nei teſtimonium fariatur, improbus inteſtabiliſque eſto.* Ita locum iſtum obſcurum, & depravatum antea, reſtituit Marcilius *cap.* 5. *leg. duod. tab.* quod male proceſſerat Cujacio. De eo quæſitum, an is, qui inteſtabilis dicitur, nec hæres inſtitui potuerit, aut alias ex teſtamento alieno capere: nam cæteros omnes, quos hic commemorat Juſtinianus, conſtat, teſtamenti factionem paſſivam habere. Et quidem hæreticis nominatim hæc tria denegantur, teſtimonii dictio, teſtamenti factio, ſucceſſio tam ex teſtamento, quam ab inteſtato, *dict. 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 jubetur, hoc etiam eo pertinere, ut ne ipſi dicatur teſtimonium, *d. l. cum lege.* 26. *hoc tit.* ſequi omnino videtur, ut nec hæres inſtitui poſſit: neque enim arbitror defendi poſſe, teſtatori duntaxat, non etiam hæredi, de cujus ſolius commodo agitur, teſtimonium perhiberi. Facit huc *l. imperialis.* 23. §. 3. *C. de nupt.* qua permittitur mulieribus ſcenicis poſt impetrationem Principalis reſcripti & condere teſtamentum & aliis ſuccedere. Inde enim duo colligimus, & ſcenicas fœminas inteſtabiles habitas fuiſſe, & qui inteſtabiles eſſent, hæredes non potuiſſe inſtitui. Itaque non ſatis accurati ſunt compilatores, qui inteſtabiles cum ſuperioribus, quos omnes hæredes inſtitui poſſe conſtat, una exceptione à regula eximunt, quaſi & ipſi alioqui ad regulam pertinere videantur.

TEXTUS.

De ſervo qui liber exiſtimabatur.

7. Sed quum aliquis ex teſtibus teſtamenti quidem faciendi tempore liber exiſtimabatur, poſtea autem ſervus apparuit, tam divus Adrianus Catoni, quam poſtea divi Severus & Antoninus reſcripſerunt, ſubvenire ſe ex ſua liberalitate teſtamento, ut ſic habeatur firmum, ac ſi, ut oportebat, factum eſſet: quum eo tempore, quo teſtamentum ſignaretur, omnium conſenſu hic teſtis liberi loco fuerit, nec quiſquam eſſet, qui ſtatus ei quæſtionem moveret.

NOTÆ.

7. *Teſtamenti faciendi tempore*] Hoc tempore inſpicitur teſtium conditio, non tempore mortis teſtatoris, *l.* 22. §. *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 muneribus fungebatur, ut publice liber à pleriſque haberetur, arg. *l.* 3. *pr. de ſen. Mac.* facit *l.* 1. *C. h. 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 corruere, ſi quis è teſtibus ante apertas tabulas moriatur aut inhabilis fiat.*
4. *Quid verba hæc,* omnium conſenſu, *hic ſignificent?*

NOn 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 inſpici placuit, cum teſtamentum ſignarent, non tempore mortis: nam ſi tempore teſtamenti facti tales omnes fuerint, ut adhiberi poſſint, nihil nocet, ſi quid poſtea eis contigerit, puta ſi quis poſtea ſervus factus ſit aut inteſtabilis, furere cœperit aut prodigus eſſe. *l. ad teſtium.* 22. §. 1. *& ib.* Cujac. *hoc tit.* Quid ergo ſi quis adhibitus ſit, qui quidem adhiberi prohibetur, ſed qui communi opinione pro tali teſtamenti tempore habebatur, qui adhiberi poteſt, 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 mu-

mutare poteſt. Cæterum quod per ſe momentum nullum habet, Imperatores ex humanitate ſuſtinere 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 Severus & Antoninus*] 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 quæſtio ei moveatur. Unde effici videtur, non idem eſſe, ſi jam eo tempore ſervum eſſe appareat. Sed dicendum eſt, aut verba Adriani non ita accepta eſſe, quaſi caſus iſte ſemper in hiſce quæſtionibus requiratur, ſed expreſſa, quia id in ea controverſia 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.* 2 Hoc autem non tantum pertinet ad habilitatem veram, ſed etiam ad putativam: quippe quæ eandem vim ex Principum liberalitate habeat. Atque ut nihil præter hunc locum haberemus, is ſolus apertiſſime oſtendit, ſatis eſſe liberum quem exiſtimari tempore faciendi teſtamenti: nec ex eo, quod poſtea eſſe apparuit, teſtamentum vitiari. 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 neceſſariò ſequitur, teſtamentum corruere, ſi quis è teſtibus, qui, cum conderetur teſtamentum, pro libero adhibitus fuit, nunc, cum aperiendum eſt, ſervus appareat? *arg. l.* 11. *C. de teſtib.* quo loco ſcriptum eſt ſervos teſtimonii dictionem in judicio non habere. Non magis, inquam, quam ſi quis è teſtibus ante apertas tabulas vita functus ſit, aut furioſus, cœcus, mutus, ſurdus, 3 &c. factus. Nam ut recte D. Viglius, ſigillorum iſta inſpectio requiſita fuit, non ut formalis aliqua teſtamenti ſolennitas, ſed ad certiorem probationem voluntatis, & tunc, cum teſtes adhuc viverent, aut tales eſſent, qui teſtimonium perhibere ſignis inſpectis & recognitis poſſent; teſtibus autem mortuis, aut inhabilibus ante id tempus factis, non idcirco ſtatim voluntas defuncti concidit, cum adhuc aliis argumentis & conjecturis ſigillorum fides confirmari poſſit, maxime accedente adminiculo ſubſcriptionis teſtatoris & teſtium: nam manus cujuſque & ſubſcriptio pluribus nota eſſe ſolet; poteſtque etiam in dubio probari per literarum comparationem. Fuſius hac de re diſputat D. Viglius contra veteres juris interpretes, qui putavere, vel uno teſte ante aperturam tabularum mortuo vel inhabili facto teſtamentum protinus irritum fieri: oſtenditque, ex ea perſuaſione factum, ut vetus teſtandi forma pene abolita ſit, cœperintque curare homines, ut de teſtamentis inſtrumenta publica per Notarios fierent; quod olim fuit incognitum. At uſitatum erat teſtamenta publicari, hoc eſt, actis inſinuari vel referre in acta publica; quod hæredes ſcripti fieri procurabant, ne, ſi caſu materia, in qua primum teſtamentum ſcriptum eſſet, intercidiſſet, proximi ab inteſtato negotium iis faceſſerent. Nam publicatum teſtamentum priori ſcriptura caſu amiſſa plenam fidem ſine alio adminiculo faciebat, vid. *l.* 2. *& l. teſtamenta.* 18. *C. hoc tit. & ibi* D. Donell. Quod autem de ſervo reſcriptum eſt, id non dubito, quin recte producatur ad defectus aliarum quoque qualitatum, quæ in teſtibus teſtamentariis requiruntur, ſi eadem ratio eſt; puta ſi impubes adhibitus ſit, qui pubes putabatur; mulier virili habitu virum ſimulans, prodigus, 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 ei quæſtionem moveret*, quæ itidem expreſſa ſunt reſcripto Adriani. Omnium igitur conſenſu ſic potius accipiemus, con- 4 ſenſu 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 tit.* quod & Bachovius videtur admittere, dum ne pauciores, quam duo, habiles ſint & idonei. Latius hic exſpaciantur DD. dum quærunt, an geſta ab his, qui ſe pro ſcribis aut notariis gerunt, cum non ſint, ſed communi errore tales habeantur, & inſtrumenta ab his facta, valeant? Et ſic vulgo diſtinguitur, ut referat, utrum alicui publica auctoritate hujuſmodi perſona per errorem impoſita ſit, an quis ipſe ſibi privatim eam aſſumpſerit: illo caſu valere quod geſtum eſt, per *l.* 3. *de off. prat.* hoc caſu acta non valere, & ſpeciale eſſe, quod in caſu hujus §. teſtamento ſuccurritur, vid. Sichard. *ad d. l.* 1. *C. hoc tit. ſub fin.* 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.*

NOTÆ.

8. *Pater, nec non is, &c.*] Ex *l. pater.* 17. *D. de teſtib.* ratio eſt in textu: add. *l.* 22. *pr. h. t.* Ulp. *tit.* 20. §. 5.

COMMENTARIUS.

HIc locus ſumptus eſt ex *l. pater.* 17. *de teſtib.* add. *l. ad teſtium.* 22. *pr. hoc tit.* Ulp. *tit.* 20. §. 5. Dubitandi cauſa, ut mox indicatur, eſſe poteſt, quod plurium ex una domo teſtimonium ſuſpectum videatur, propterea quod hi facilè colludere atque in unam eandemque meditatam ſententiam conſpirare poſſunt, *& fac. l.* 3. §. 1. *de teſtib.* Sed ſubjungitur ſolutio, nimirum tale nihil hic metuendum, ubi plures ex una domo teſtes adhibentur negotio alieno, unde nihil ipſi commodi ſperent: ſuſpicionibus enim non uſque adeo indulgendum eſſe, ut quiſquam gratuito malus eſſe præſumi debeat. Quapropter quod dicitur in *l.* 6. *de teſtib.* teſtes idoneos non eſſe, quibus imperari poteſt, ut teſtes ſint, recte Gloſſa ſic interpretatur, ut teſtes ſint in cauſa imperantis, eoſque pro ſe producentis. Ne quis putet jus poteſtatis & filio imperandi obſtare, quominus pater ſimul & filius in alieno negotio teſtes eſſe poſſint. Neque ambigendum eſt, quin filiusfam. etiam patre invito teſtimonii dictionem habeat, cum publica auctoritate teſtimonium denuntietur, cujuſmodi in cauſis jura patris interquieſcunt. *arg. l.* 9. *de his qui ſui vel al. jur.* Illud etiam hic notandum, patrem & filium, item duos fratres, qui in ejuſdem patris poteſtate ſunt, in alienis negotiis (non enim in teſtamento duntaxat hoc obtinet *d. l.* 17. *de teſtib.*) diverſarum perſonarum numero haberi.

TEXTUS.

De his qui ſunt in familia teſtatoris.

9. *In teſtibus autem non debet eſſe is, qui in poteſtate teſtatoris eſt. Sed ſi filiusfamilias de caſtrenſi peculio poſt miſſionem faciat teſtamentum, nec pater ejus recte adhibetur teſtis, nec is, qui in poteſtate ejuſdem patris eſt. Reprobatum eſt enim in ea re domeſticum teſtimonium.*

NOTÆ.

9. *Poſt miſſionem, &c. nec pater ejus, &c.*] Aliud tamen placuiſſe videtur Ulpiano & Marcello, *l.* 20. §. 2. *h. t.* ut bene animadvertit Hotom.

In poteſtate ejuſdem patris] Frater ſcilicet teſtatoris συνυπεξούσιος, 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 recte Græci, οἰκιακὴ μαρτυρία, οὐκ ἐκ τῆ συγγενείας, ἀλλ' ἐκ τῆ ἑνώσεως τῆ ὑποξουσιότητος λαμβάνεται. *Non ex cognatione, ſed ex coadunatione, quæ per patriam poteſtatem contingit.* Eadem ſcil. ratione, qua ſui hæredes domeſtici. §. 2. *inf. de har. qual.* In judiciis autem teſtes omnes domeſtici intelliguntur, qui de domo accuſati producuntur, *l.* 3. *C. de teſtib. l.* 24. *D. eod.*

COMMENTARIUS.

1. *Quomodo quæſtio formanda in filio teſte in teſtamento patris?*
2. *Quid obſtet, quominus qui in poteſtate teſtatoris eſt, teſtis in ejus teſtamento eſſe poſſit? Et quid de filio emancipato? &c.*
3. *Cur in teſtamento filiifam. poſt miſſionem de caſtrenſi peculio teſtantis, pater teſtis non admittatur, qui tamen ad tabulas filii emancipati recte teſtis adhibetur?*
4. *Diſſentire Juſtinianum in propoſita ſpecie ab Ulpiano & Marcello.*
5. *Domeſticum teſtimonium hoc loco æſtimari ex unione perſonarum, quæ per poteſtatem contingit: etſi in aliis cauſis domeſtica teſtimonia interpretamur teſtimonia perſonarum domeſticarum.*

HActenus de perſonis, quarum ea eſt inhabilitas, ut nullius in teſtamento teſtes adhiberi poſſint: ſunt etiam quædam, quæ cum per ſe habiles ſint, & recte adhibeantur, non tamen recte adhibentur in teſtamentis omnium, idque ob cauſam aliquam privatam, quæ eas κατά τι 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 tit.* Sed enim cum conſtet, filium, qui in poteſtate ſit, aut heredem inſtituendum eſſe, aut nominatim exheredandum, ſilentio eo præterito teſtamentum ipſo jure non conſiſtere, abſurda poteſt videri hæc diſputatio. Nam fingamus, eſſe inſtitutum, jam alia & propria ratione teſtis eſſe non 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 & ingratitudinis ſuæ; quid ſi teſtamentum, quo exheredatus eſt, clauſum proponatur, in quo quid ſcriptum ſit, à teſtibus omnibus ignoretur? ita enim in propoſito quæſtio formanda eſt, ut jam illud objici non poſſit. Quid eſt igitur, quod hic obſtet, quo minus filius teſtis ſit? Nihil aliud, quam

jus.

jus poteſtatis, quod fictionem quandam unitatis perſonarum inducit inter eum, qui habet in poteſtate, & qui in poteſtate habetur, §. *ſi quis. 4. inf. de inut. ſtip. l. ult. C. de impub. & al. ſubſt.* Quo fit, ut ſi alteri alter teſtimonium dicat, ſibi quodammodo dicere videatur, quod ſubtilitas juris non patitur, ut poſt Viglium hic notant plerique recentiores, & eſt textus eo pertinens in §. *ſeq. in fin.* Addunt nonnulli, 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 quæri de adhibendo eo, cui imperari poteſt. Ait, *qui in poteſtate.* Igitur à contrario, qui in poteſtate teſtatoris non eſt, puta filius emancipatus, rectè 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 rectè adhibetur] Filiusfam. teſtamentum facere non poteſt, præterquam ſi teſtetur de caſtrenſi peculio. *inf. tit.* 12. ac proinde eo ſolo caſu quæſtio hæc locum habere poteſt, an pater ad teſtamentum ejus teſtis adhi-
3 beri poſſit? Sic autem hoc loco diſtinguitur, ut ſi filiusfam. militans adhuc teſtamentum faciat de rebus caſtrenſibus, pater rectè teſtis adhibeatur, ſi poſt miſſionem non æquè. 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 rectè adhibeatur, propter liberrimam, quæ militibus data eſt, in caſtris teſtandi facultatem: hoc autem caſu non magis, quam ſi teſtetur poſt miſſionem, *arg. pr. & §. 3. tit. ſeq.* & verba illa, *poſt miſſionem*, non ideo hic adjecta eſſe, quia ante miſſionem filius teſtamentum faciens ſemper patrem adhibere poſſit; ſed quia poſt miſſionem nunquam. Sed hic nobis occurritur exemplo emancipati, ad cujus tabulas patrem poſſe teſtem adhiberi diximus, non alia ratione, quam quia emancipatus non eſt in poteſtate. At in eo, de quo quærimus, nec filiusfam. in poteſtate eſt; quippe qui in caſtrenſi peculio vice patrisfam. fungitur, *l. 2. de ſen. Mac.* Huic objectioni ita 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 ὑποξέσιος & 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. pot. ſolv.* & conſequenter non efficere, ut una perſona cum patre cenſeri deſinat: tantum liberam filiofam. de iis rebus diſponendi facultatem tribuere, & hæredem etiam in iis inſtituendi, in quo patrifam. 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 4
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 quæri 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 tradit 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 quæſtionem, quæ ad militaria teſtamenta pertineret; quod nulla alia in parte ejuſdem tit. aut factum eſt, aut factum oportuit. 2. Quia Ulpianus hanc quæſtionem proponit oppoſitivè ad præcedentem, quæ oppoſitio in diſſimili genere teſtamenti planè inepta foret. Negaverat, *in §. 1. ejuſdem. l.* 20. filium, qui in poteſtate eſt, teſtem eſſe poſſe in teſtamento patris. Hoc dictum omnes intelligunt de teſtamento ſolemni, nec ad teſtamentum militare pertinere. Mox per contrarium quærit, an pater ejus, qui de peculio caſtrenſi teſtari poteſt, adhiberi ab eo ad teſtamentum teſtis poſſit; & ait, poſſe, ex ſententia Marcelli. At hæc quæſtio minimè præcedenti contraria eſt, niſi de eodem genere teſtamenti, ad quod præcedens pertinet, accipiatur. 3. Notanda ſunt verba Juriſconſulti. Non quærit de teſtamento filiifam. militis aut in caſtris agentis, ſed quæſtionem generaliter atque indiſtinctè proponit de omni filiofam. qui de caſtrenſi peculio teſtari poteſt, at poteſt non ſolum miles in caſtris agens jure militari, ſed idem etiam extra caſtra jure communi: poteſt eodem jure & veteranus ſeu militia miſſus. 4. De teſtamento jure militiæ facto 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, & reciprocationem teſtimoniorum patris & filii admittant; imo ne teſtem quidem deſiderent, ubi de militis voluntate conſtet: de quo amplius §. 1. *ſeq. tit.* Et fortaſſe motus fuit Marcellus ea, quam dixi, ratione; quia placuit, filiumfam. in peculio caſtrenſi pro patrefam. haberi, quaſi ob id etiam diverſam à patre perſonam in cauſa iſtius peculii ſuſtinere debeat: id enim receptum eſt, cum de acquirendo ex cauſa hujus peculii agitur, in quo ferè ſolo alioqui fictio illa, quod pater & filius pro una perſona habeantur, locum habet.

Ea in re domeſticum teſtimonium] Myſticus horum verborum ſenſus eſt, ne quis ex his colligat, in aliis cauſis domeſtica teſtimonia non reprobari. Quin-

in causis judicialibus multo magis reprobantur, & tanto, quanto major est reprobationis causa. Sed nimirum hæc Justiniani sententia est; Licet in testamentis de lucro aut commodo ejus, qui testes adhibet, non agatur, ut fit in causis forensibus, ac proinde 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 perspicuè indicat, quem idcirco etiam his verbis extendit Theophilus; τὴν δὲ οἰκιακὴν, inquit, μαρτυρίαν οὐκ ἐκ τῆς συγγενείας, ἀλλ' ἐκ τῆς ἑνώσεως τῆς ἐν ὑποξουσιότητι λαμβάνομεν. eademque ferè ratione Justinianus *inf. de har. 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 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.* 1. *de pœn. l. antepenult.* §. *pen. C. de his qui ad eccles. conf.* Discriminis ratio jam ante à me indicata hæc est, quod in cæteris causis agitur de commodo pecuniario ejus, cui testimonium dicitur, ut merito in his testes omnes rejiciantur, quos vel affectione, vel reverentia, aut obsequio veritatem celaturos suspicio est: in testamento autem non de commodo testatoris, sed hæredis agitur, ut non tam illi, quam huic testimonium testes perhibeant.

TEXTUS.

De hærede, & his, qui sunt in ejus familia.

10. *Sed neque hæres scriptus; neque is, qui in ejus potestate est; neque pater ejus, qui eum habet in potestate; neque fratres, qui in ejusdem patris potestate sunt, testes adhiberi possunt: quia hoc totum negotium, quod agitur testamenti ordinandi gratia, creditur hodie inter testatorem & hæredem agi. Licet autem totum jus tale conturbatum fuerat, & veteres quidem familiæ emptorem & eos, qui per potestatem ei conjuncti fuerant, à testamentariis testimoniis repellebant: hæredi autem & iis, qui per potestatem ei conjuncti fuerant, concedebant testimonia in testamentis 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 familiæ emptoris, merito nec hæredi, qui imaginem vetustissimi familiæ emptoris obtinet; neque aliis personis, quæ ei (ut dictum est) conjunctæ sunt, licentiam concedimus sibi quodammodo testimonia præstare: ideoque nec ejusmodi veteres constitutiones nostro Codici inseri permisimus.*

NOTÆ.

10. *Creditur hodie*] Sublata videlicet familiæ mancipatione. Expende, quod ait *totum*, ut hac ratione testimonium recipiatur legatarii & fideicommissarii. Cujac.

Hæredi autem] Non tantum clam scripto; sed palam etiam nuncupato.

Pristini familiæ emptoris] Cujus testimonium ideo receptum non fuisse certum est, quia negotium testamenti palam & apertè cum eo ipso, ut vero hærede, agebatur.

COMMENTARIUS.

1. *Cur veteres fiduciarium familiæ emptorem à testimonio removerint, hæredem admiserint?*
2. *An ad testamentum rectè adhibeatur pater hæredis, cujus in potestate non est, filive hæredis emancipati? &c.*

CAusa privata altera, quæ testem inhabilem facit, est negotium testamenti, quod cum teste agitur. Negotium testamenti dicitur id, cujus præcipuè causa testamentum ordinatur, nimirum institutio hæredis sive universi juris successoris. Nemo igitur testis adhiberi potest in eo testamento, in quo hæres scriptus est: quod ideo placuit, quia in testamento negotium hæredis recta & principaliter agitur, utque is solus sit juris successor. Hærede autem summoto consequens fuit, ut una removeretur, qui in potestate ejus est, &

& pater quoque, qui eum habet in poteſtate, & denique frater, qui cum eo in ejuſdem patris poteſtate eſt, propter vinculum illud unitatis, de quo dictum §. *præc.*

Veteres familiæ 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 explicatione §. 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 cauſa 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 ſummoveri, & 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. cap.* 18. *Cyri teſtamentum palam obſignavi cum Clodio: & illum hæredem & me ſcripſerat.* Cæterum ab eo jure poſtea iterum receſſum fuiſſe arguit *l. qui 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. Juſt. Ulpian. VINN. Immo, quum temporibus Ulpiani teſtamenta rarius facta videantur per æs & libram, faciliore teſtandi ratione à Prætore inventa: non opus eſt, ut interpolatam à Triboniano exiſtimemus *d. l.* 20. *pr. ff. qui teſtam. fac. poſſ.* Commode enim accipi poteſt de teſtamentis tunc frequentioribus, puta de prætoriis. HEIN.

Minimè hoc jure abuti eos debere ſuadebant] Etſi teſtimonium hæredis apud veteres licitum eſſe cœpit, cum alius familiam emeret, exiſtimabant tamen, minus verecundè hæredem facturum, ſi ſciens ſe hæredem ſcriptum eſſe, jure ſibi conceſſo uteretur; quamobrem etiam ſuadebant, ut potius ſe excuſaret, atque à teſtimonio, ſi pudori ſuo conſulere vellet, abſtineret. Non enim potuit locus eſſe huic ſuaſioni, ubi, quis hæres inſtitutus eſſet, ignoraretur. Eſt autem illud omnino veriſimile, ſublata ratione teſtandi per æs & libram, (quod factum creditur ſtatim poſt tranſlatum in Thraciam imperium, *arg. l.* 15. *C. hoc tit.*) hæredem amplius teſtem eſſe non potuiſſe in ullo teſtamento: quippe 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, quæ ei, ut dictum eſt, conjunctæ] Scilicet per poteſtatem, quod antea expreſſit: ea enim ſola conjunctio efficit, ut omnes ita conjuncti pro una perſona habeantur, atque ut ſibi quodammodo, quod ait, teſtimonium præſtent. Ex contrario igitur etiam 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 §. *præc.* 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 fit 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 facilè reliquo teſtium numero deletur. Deinde etſi negotium hæredis in teſtamento agitur, is tamen non eſt onerandus, quia ipſe teſtes initio ad hoc non adhibuit, ſed teſtator; neque aliis teſtibus poſtea ad probandam teſtatoris voluntatem uti poteſt, quam iis ipſis, qui adhibiti ſunt, cum teſtamentum ordinaretur. In quam ſententiam etiam D. Viglius inclinat.

TEXTUS.

De legatariis & fideicommiſſariis, & his qui ſunt in eorum familia.

11. *Legatariis autem & fideicommiſſariis, quia non juris ſucceſſores ſunt, & aliis perſonis eis conjunctis teſtimonium non denegamus: 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.

11. *Quia non juris ſucceſſores*] Non juris univerſi, ſed rerum

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 constitutione] Non extat: sed Zenonis hac de re habemus in *l.* 22. *C. h. t.*

COMMENTARIUS.

1. *Divinatorium esse, quod quidam prodiderunt, legatarios testes esse vetitos Senatusconsulto Liboniano, & contrarii juris primum auctorem fuisse Scævolam.*
2. *Ratio Justiniani, cur legatariis & fideicommissariis jus testimonii non denegetur, exposita.*
3. *Afferuntur complures aliæ, & certiores.*
4. *Dispositionem hujus §. non tantum in testamentis scriptis, sed etiam in nuncupativis obtinere, confutata singulari opinione Ant. Fabri.*
5. *Fideicommissarios universales huc non pertinere.*

LEgatum aut fideicommissum testamento alicui relictum eum testem inhabilem in eo testamento non facit: sed placuit legatarios & fideicommissarios testes in testamento adhiberi posse. *l. qui testamento.* 20. *in pr. hoc tit. fac. l si quis.* 14. *de reb. dub. l. dictantibus.* 22. *C. hoc tit.* Quo admisso jam eorum etiam, & quidem multo magis, testimonium recipiendum fuit, qui iis per po- 1
testatem conjuncti sunt. Dionys. Gothofredus in *d. l. dictantibus.* 22. scribit, olim legatarios testes in testamento esse non potuisse ex Senatusconsulto Liboniano: Hotomannus hic, controversum hoc jus fuisse, & primum Scævolam ejus inducendi auctorem: atque existimat uterque, hoc ipsum esse, quod Plinius *lib.* 2. *epist. ult.* ut improbissimum genus falsi notat. Sed quis Gothofredum docuit, tale quid cautum fuisse Senatusconsulto Liboniano? Aut quis Hotomannum, fuisse Scævolam contrarii juris primum auctorem? Non, si Scævola hoc jus comprobavit, ut testantur Arcadius & Honorius, *l.* 3. *C. Theod. de testam.* protinus sequitur, eum esse illius juris primum auctorem. Quis vero credat, si verum est, quod Gothofredus scribit, Scævolam responsurum fuisse contra auctoritatem recentis Senatusconsulti? Plinius vero loco citato non illud improbum falsi genus appellat, si quis testimonium dicat in testamento, ex quo legatum capit, sed si quis ejusmodi technis, quibus usum esse scribit Marcum quendam Regulum, nequissimum omnium bipedum, aliisve malis artibus testatorem aggrediatur, & legatum extorqueat: quem eundem Regulum intelligit Juvenalis *satyr.* 1. *v.* 67.

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 §. *præc.* 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 successor juris non est: ille removetur ab illius negotii, tanquam suæ rei testimonio: hic admittitur in illo negotio testis, tanquam in re aliena. Quod etiam significare videtur Marcianus in *d. l.* 14. *de reb. dub.* cum ait, ipsum testamentum confirmari testibus adhibitis, nempe universum illud negotium, quod inter testatorem & hæredem de juris successione agitur, signatorum testimonio confirmari, non attento legato ex illa juris successione pendente. Sed esto: ne sint legatarii juris successores: legata ad constitutionem testamenti non pertineant; & hactenus dicatur negotium testamenti ad legatarios non pertinere: fatendum tamen utique est, saltem aliquo modo etiam de re legatarii in testamento agi; quippe qui emolumenti ex testamento percipiendi spem habet, cujusque propterea pecuniariter interest, testamentum confirmari, ne relictum concidat. *l. eam quam.* 14. *C. de fideicomm.* Hoc ipsum vero satis causæ est ad arcendos à testimonio legatarios. Nam etsi non principaliter & recta in rem suam testimonia 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.* 10. 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. apell. DD. in d. l. omnibus.* 10. *& 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 apertè tradita inveniatur. Interpretes complures afferunt. Prima est, 3
quod numerus reliquorum testium & cæterarum rerum diligentissima observatio, testimonium legatarii ab omni falsi suspicione tuetur: neque tam ob testimonium legatarii, quam ob reliquorum, ad quos ea res non pertinet, legatum sustineatur. Secunda est, quod in proposito legatariis res sit cum 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

cum ſolo hærede iis negotium eſt, qui non poteſt non improbè fidem derogare teſtimonio eorum, quorum fidem in ſua cauſa ſecutus eſt. Hanc attulit Bachovius, eaque mihi non minimi ponderis eſſe videtur. Et fortaſſis hoc potius eſt, quam quod ante dixi, quod Marcianus ſenſit in *d. l.* 14. *de reb. dub.* cum ex Trebatii & Pomponii ſententia legatum ſignatoribus ſive teſtibus, (nec enim hi diverſi ſunt,) relictum ideo valere ſcribit, quia ipſum teſtamentum teſtibus adhibitis confirmatur. His accedit & tertia, quod veteres ſuprema ordinaturi amicis 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 conducuntur? Jam quid mirum eſt, ſi in oculis poſitus mereatur alquod monumentum religionis, qui meruit advocari?* Porro ita diſputat, ut, ſi his legibus viveremus, ut tenuis honor, quo ſubſcriptores ob amicitiam defuncti adſpergit, legitimum poſſit abolere judicium, 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. 4 §. 1. *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. *err.* 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. Zypæ. *not. jur. Belg. de teſtam.* utut 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 relinqui poſſint, in quibus conſtat, quinque teſtes ſufficere: utut mutua hic futura ſint teſtimonia, quod notat D. Hotom. add. Diod. Tulden. *ad hunc tit. c.* 9. quanquam haud gravate admiſerim, nonnihil hic tribuendum religioni judicantium. Singularis opinio eſt Ant. Fabri. *d. dec. err.* 3. qui putat, *Nov.* 1. *c.* 1. in totum ab hoc jure receſſum eſſe, ut hodie nec in ſcripto teſtamento teſtimonia legatariorum & fideicommiſſariorum admittenda ſint: quoniam 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 χρὴ τοῖς ἔξωθεν συμβαίνουσι θέμασι πρόσεχειν ἡμᾶς. Planè 5 locus hic accipiendus eſt de fideicommiſſariis particularibus: nam univerſalis fideicommiſſarius, id eſt, cui ex fideicommiſſo reſtituitur hæreditas, loco hæredis eſt, & poſt Senatuſconſultum pro ſucceſſore juris habetur. §. 3. & 4. *inſ. de fideic. har. l.* 1. *l.* 3. *de fideicomm. her. pet.* D. Tulden. *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 omiſſa eſt in Codice repetitæ prælectionis edito poſt compoſitionem Inſtitutionum, quem ſolum hodie habemus. Et inepti ſunt, qui hic intelligi putant aut conſtitutionem Zenonis *l. dictantibus.* 22. *C. hoc tit.* aut reſponſum Juriſconſulti *l. qui teſtamento.* 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.* 27. *inſ. de leg.* §. *pen. inſ. de leg. agn. ſucc.* §. 3. *de ſucc. libert.*

TEXTUS.

De Materia, in qua teſtamenta ſcribuntur.

12. *Nihil autem intereſt, teſtamentum in tabulis, an chartis membraniſve, vel in alia materia fiat.*

NOTÆ.

12. *In tabulis*] Ligneis dolatis & cera illitis. Hinc tabulæ teſtamenti, vel etiam tabulæ pro teſtamento, & lignum pro tabulis, *l.* 19. *de bon. poſſ. cont. tab.* 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. Salmaſ. *de mod. uſur. c.* 10. VINN. Addenda omnino Bern. Montfaucon *Paleographia Græca*, & quæ eadem de re diſſeruit Jo. Mabillon in æterno opere *de Re diplom. libro* 1. HEIN.

COMMENTARIUS.

1. *Unde ſit, quod ceram pro tabulis veteres dixerint.*
2. *Teſtamenta non notis, ſed literis ſcribenda eſſe.*

ANtiqui ferè in tabulis ligneis teſtamenta & quaslibet cautiones ſcribere ſolebant. Ex quo eſt, quod prætores in edictis ſuis de teſtamenti tabulis 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.* Tabu- 1
læ autem illæ cera illitæ erant, literaſque ſtylo, primum ferreo, poſtea oſſeo, in iis exarabant: unde factum, ut etiam cera pro tabulis diceretur. Sueton. *in Jul. cap.* 83. *Quintum Padium ex quadrante haredem inſtituit; reliquos in ima cera.* Horat. 2. *ſatyr.* 5. *v.* 53.

Sic tamen, ut limis rapias, quid prima ſecundo
Cera velit verſu.

Juvenalis *ſat.* 15. *Accipe ceram, Scribe puer,* id eſt, accipe tabellas ceratas, aut ceratos pugillares, eoque nihil apud hunc poëtam uſitatius. Cæterum etiam alia materia uſos fuiſſe conſtat, veluti chartis, membranis ſive pergamenis, foliis & libris quarundam arborum, *l. librorum* 52. *de leg.* 3. add. Plin. *lib.* 13. *c.* 11. *&* 12. Alex. ab Alex. 2. *gen. dier.* 31. Hotom. 4. *obſ.* 1. Si quis curioſior, is adeat D. Salmaſ. *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 teſtamentum ſcriptum fuerit. *l.* 1. *de bon. poſſ. ſec. tab.* Atque adeo etſi in charta deletitia & opiſthographo, *l.* 4. *eod.* Hodie Notarii qui ferè in teſtamentis adhiberi ſolent, in conficiendis inſtrumentis pergamenis uti ſolent: quanquam ſi in charta papyracea ſcripſerint, non ideo protinus exiſtimandum ſit inſtrumentum nullum eſſe, aut partium jura lædi, ut hic D. Viglius notat. Illud quoque non refert, quo genere ſermonis, quave lingua quis teſtamentum conſcribat, *l. hac conſultiſſima.* 21. §. *ult. l. quoniam.* 15. *C. de*
2 *teſtam.* Cæterum litteris, iiſque uſitatis & legibilibus ſcribendum eſſe placuit, non ſignis obſcuriſve notis, *l.* 6. §. *ult. de bon. poſſ.* Utique tamen, ſi per notas uſitatas, quibus ſcilicet utimur in deſignanda quantitate, portio hæreditaria aut ſumma legati expreſſa fuerit, inſtitutio aut legatum non vitiabitur, *l.* 9. §. 4. *de hær. inſt.* VINN. Quam tamen periculoſa aliquando ſit notarum interpretatio, exemplo Galbæ diſcimus, de quo Sueton. *cap.* 5. *Obſervavit ante omnes Liviam Auguſtam, cujus teſtamento pæne ditatus eſt. HS. namque quingenties quum præcipuum inter legatarios habuiſſet, quia* NOTATA *non perſcripta erat ſumma, herede Tiberio legatum ad quingenta revocante, ne hæc quidem accepit.* HEIN.

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 judiciorum ſuorum conteſtationem velit: vel propter alias innumerabiles cauſas, quæ humanis neceſſitatibus imminent.*

NOTÆ.

13. *Pluribus codicibus*] Pluribus exemplaribus, *l.* 47. *de legat.* 2. pluribus tabulis, *l.* 1. §. 6. *l. ult. quæ in teſtament. del.* ut tamen omnia ſint inter ſe ἰσότυπα, unius tenoris & formæ, ac ſolemnitatis, *d. l. ult.* & facta quaſi teſtamentum; non unum quaſi teſtamentum, aliud quaſi exemplum ſeu ἀπόγραφον. *d. leg.* 1. §. 7. *de bon. poſſ. ſec. tab.* add. Salmaſ. *ubi ſup.*

COMMENTARIUS.

1. *An ut unius teſtamentum in plures codices referri, ita & plurium teſtamenta in unum codicem conferri poſſint?*

PLuribus codicibus] Id eſt, pluribus exemplaribus, *l. unum.* 24. *hoc tit. l.* 1. §. *ſi quis.* 5. *de bon. poſſ. ſec. tab.* aut pluribus tabulis, *l. ult. quæ in teſt. del.* Ait, *unum teſtamentum.* Nemo enim paganus cum duobus teſtamentis decedere poteſt, ſed 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. quæ 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 iiſdemque teſtibus ſeptem ad eam rem convocatis unoque contextu adhibito, quæſitum eſt. Negant Vigl. & Hotomannus: quibus aſſentior. Etenim ut uniuſcujuſque teſtamenti propria conteſtatio eſt, ita & proprium ac ſeparatum inſtrumentum eſſe oportet: admiſſaque illa diverſorum teſtamentorum conjunctione, corrumpatur neceſſe eſt ſubtiliſſimum teſtamenti negotium, quod totum uno perpetuoque contextu ac tempore perfici atque abſolvi debet, nec alienos aut extraneos aliorum actus intervenire patitur, *l. hæredes.* 21. §. *ult. hoc tit. l. hac conſultiſſima.* 21. *l. cum antiquitas.* 28. *C. eod.* In caſu pupillaris ſubſtitutionis patris quidem & filii teſtamentum conjungi poteſt, uniſque 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. Diſſ. tamen comm. DD. quorum ſententiam ex profeſſo contra Viglium tuetur Peckius *lib.* 1. *de teſtam. conjug. cap.* 19. & uſus probavit: hodieque uſitatiſſimum inter conjuges eſt, ut ſimul & unis ſolemnibus adhibitis teſtentur, & tam in ſcriptis quam per nuncupationem: quod etiam Novella quadam Valentiniani permiſſum fuit, *tit. de teſtam. l.* 1. add. Gail. 2. *obſ.* 117.

Secundum obtinentem obſervationem] Si unius teſtamenti plures ſint codices, poteſt ex unoquoque bonorum poſſeſſio peti, ſed ita, ſi omnes ſint authentici, id eſt, ſi facti ſint tanquam teſtamentum, eodemque tempore adhibita omni ſolemnitate completi. *d. l. ult. de his quæ in teſt. del.* Aliud namque juris eſt, ſi teſtator unum fecerit, non quaſi teſtamentum, ſed quaſi exemplum ſive copiam, ut 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

ex binis tabulis ejuſdem teſtamenti unas teſtator deleverit aut inciderit? Reſponſum eſt, ex integris hæreditatem adiri aut bonorum poſſeſſionem peti poſſe; niſi hi, qui ab inteſtato venire deſiderant, probaverint, hoc animo à teſtatore inciſas, ut inteſtatus moreretur. *d. l. ult. quæ in teſt. del.* Quid ſi eidem diverſa ſumma legata ſit, puta in alteris aurei quinquaginta, in alteris centum? Proculus reſpondit, hæredi parcendum eſſe, & tantum quinquaginta deberi, *l. Sempronius.* 47. *de legat.* 2.

Quod interdum etiam neceſſarium] Κατά τι: 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, quæ ſcriptis conficiuntur, ſufficiunt. Si quis autem ſine ſcriptis voluerit ordinare jure civili teſtamentum, ſeptem teſtibus adhibitis, & ſua voluntate coram eis nuncupata, ſciat, hoc perfectiſſimum teſtamentum jure civili firmumque conſtitutum.*

NOTÆ.

14. *Voluntate nuncupata*] Palam & clarè pronuntiata, ut à teſtibus exaudiri & intelligi poſſit. *dd. ll. l.* 25. *eod.* Suet. *in vit. Horat. Deceſſit hærede Auguſto palam nuncupato.* Scriptum teſtamentum etiam clauſum offerri teſtibus obſignandum poteſt, celato nomine hæredis: unde μυστικὸν Græcis dicitur.

COMMENTARIUS.

1. *Communia teſtamento ſcripto cum nuncupativo.*
2. *Qua in re præcipuè alterum ab altero diſtet?*
3. *Veteres rarius hæredem nuncupare ſolitos fuiſſe, quam ſcribere, & quare?*
4. *Modi ſeu formæ teſtandi, quibus in hiſce regionibus ferè utimur.*
5. *An teſtamentum ſecundum ſtatutum aut conſuetudinem alicujus loci factum etiam vim habeat extra illum locum?*

HOc §. breviter comprehenſa eſt forma teſtandi ſine ſcriptura ſive per nuncupationem: quæ teſtandi ratio tota eſt à jure civili: nam prætorii teſtamenti præcipua ſolemnitas conſiſtit in obſignatione teſtium, cui ſine tabulis 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.*

1 *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 ſint, *l. hæredes.* 21. §. *pen. hoc tit. l. hac conſultiſſima.* 21. §. *per nuncupationem.* 2. *C. eod.* Olim etiam neceſſe fuit, ut is, qui per nuncupationem teſtaturus erat, formalibus verbis teſtes præmoneret, ſe ideo eos convocaſſe, quod ſine ſcriptura teſtamentum facere conſtituiſſet. Sed cum ex ipſa nuncupatione ſatis appareat, qua forma quis teſtari cogitet, Juſtinianus id ſuſtulit *l. in teſtamentis.* 26. *C. eod.* Quid vero, ſi de eo dubitetur? Finge, unum aut alterum è teſtibus adhibitis, cum teſtator ex ſchæda, in qua memoriæ cauſa voluntatem exceperat, recitato teſtamento hæredem pronuntiaſſet, ſubſignaſſe & ſubſcripſiſſe. Et vulgo rectè placuit, propter ſuperfluam ſolemnitatem non debere vitiari teſtamentum, quod utique omiſſa 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.*

Et ſua voluntate nuncupata] In hoc maxime diſtat 2 teſtamentum, quod ſine ſcriptura ſit, 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*, ἀνάφώνησις ἀγορεύσεως. 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. hæredes.* 21. *in pr. hoc tit. d. l. hac conſultiſſima.* 21. §. *per nuncupationem.* 2. *C. eod. l. ult. de jur. eod.* ita Suetonius in vita Horatii; *Deceſſit herede Auguſto palam nuncupato, cum urgente vi valetudinis non ſufficeret ad obſignandas teſtamenti tabulas.* Proinde quod in teſtamento ſcripto neceſſarium non eſt, *l. 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.

Perfectiſſimum] Reſpectu ſcilicet effectus, quem non minorem habet, quam teſtamentum ſcriptum; quod alioqui ratione ſolennitatis perfectius eſt. Etſi autem 3 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 & hæredum 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 & hæredum, cæterorumque, quibus aliquid relinquitur; quam utilitatem teſtamentum

nuncupativum non habet: tum quia ſcripti teſtamenti fides ſubſcriptionibus & ſignis teſtium confirmatur; ex quo fit, ut etiamſi teſtes deceſſerint, ratum nihilominus illud maneat: nuncupativi autem teſtamenti fides tota pendet à depoſitione teſtium, quibus mortuis aut aliquibus eorum, cum non ſint, aut pauciores ſint, quam requiruntur, qui ſiſti iterum poſſint, & in judicio teſtimonium dicere, neceſſe eſt irritam fieri defuncti voluntatem. Sed huic incommodo poſtea occurſum eſt adhibito tabulario, qui voluntatem coram teſtibus nuncupatam acciperet, ac rem geſtam ſcripturæ ſuæ auctoritate confirmaret: cujuſmodi ſcripturæ & inſtrumenta tabellionum ſola per ſe citra novum teſtium adminiculum vim probandæ ultimæ voluntatis habent: nec tamen quod ita factum eſt, ideo mox deſinit eſſe teſtamentum nuncupativum, cum ſolius probationis gratia ſcriptura interveniat, non quod ſit de ſubſtantia teſtamenti: quanquam non negaverim, habere hoc genus teſtamenti nonnihil, quod naturam ſcripti teſtamenti ſapiat. De quo vide Sichard. *in l. hac conſultiſſima.* 21. §. *per nuncupationem.* 2. *num.* 2. *C. hoc tit.*

4 In his regionibus etſi nemo vetatur antiquo more ac ritu Romanorum teſtamentum condere, duobus tamen potiſſimum modis teſtamenta confici ſolent; uno coram duobus decurionibus ſive Scabinis & Secretario loci, in quo teſtamentum fit, ſive in agro ſive in oppido, quæ forma teſtandi reſpondet publicationi teſtamentorum apud acta judicum vel municipum. *l. omnium.* 19. *C. hoc tit.* altero coram Notario & duobus teſtibus. Qui modus fere ſolus eſt in uſu vulgi. Gudelin. *de jur. nov. lib.* 2. *cap.* 5. Grot. *lib.* 2. *introd. c.* 17. Exhæredatio liberorum hoc amplius requirit, ut teſtes ſint Scabini: quod arguit formula juramenti à Notariis in ingreſſu muneris præſtandi: & cautum edicto quodam Caroli V. Groenew. *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 receptum 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. Groenew. *d. loc.* D. Jac. Coren. *obſ.* 10. In quo longe receſſum eſt ab antiqua ratione teſtandi per nuncupationem, quæ pro 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.

6 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. Coſtal. *ad. l.* 6. *de evict.* Anton. Perez. *in C. de teſtam. num.* 21. & ſecundum hanc ſententiam ſæpiſſimè judicatum. Guid. Pap. *deciſ.* 262. Teſſaur. 2. *quæſt. for.* 8. Mynſ. 5. *obſ.* 19. & 20. Gail. 2. *obſ.* 123. Joan. à Sande *lib.* 4. *tit.* 1. *defin.* 14. Sunt tamen, qui in contrarium eant, & in quæſtione propoſita ſic diſtinguendum arbitrantur, ut circa res quidem mobiles & nomina admittenda ſit communis interpp. ſententia; at circa res ſoli ſpectandum jus ejus loci, in quo ſitæ ſunt. Quippe res mobiles, quoniam ubicunque ſunt, ibi ſint ex voluntate domini, & pro libitu ejus transferri poſſint, perſonam ſequi, non leges locorum: immobilia vero, utpote quorum certus perpetuuſque ſitus eſt, regi ſecundum conſtitutiones loci cujuſque poſſeſſionis, per *l.* 4. *C. de jur. fiſc. l. ult. de jurisd.* ita conſtanter Manſuer. *in ſua prax. tit. de ſucceſſ.* Buſ. *ad l.* 6. *de evict.* Nic. Burg. *ad conſuet. Flandr. tr.* 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 afficiunt, ut ubicunque ſit, ejus loci, ubi eſt, legibus obſtringatur. Idemque habendum de ſtatutis, quæ circa habilitatem perſonarum diſpenſando aliquid diſponunt. Gail. *d. lib. obſ.* 124. & *alii, ubi ſup.* Coraſ. *dict. p.* 3. *cap.* 14. Gomez. *ad l.* 3. *Tauri. n.* 20. Quæ autem ſtatuta diſponunt circa actus ſolemnitatem duntaxat, cum neque rem afficiant, neque perſonam actum celebrantis, ſed ipſam ſolummodo diſpoſitionem, quæ fit in loco ſtatuti vel conſuetudinis, rationi & juri conſentaneum eſt, ut ea vim ſuam exerant etiam ad bona alibi ſita; quoniam actuum ſolennia ad eorum ſpectant jurisdictionem, in quorum territorio celebrantur, per *l.* 6. *de evict. l.* 3. *in fin. de teſtibus, l.* 2. *C. quemad. teſt. ap. facit l.* 9. & *l. ult. C. hoc tit.* & alias contra rationem juris teſtato decedere volenti plura teſtamenta eſſent condenda, aut, quod abſurdum eſt, plurium locorum conſuetudines in uno teſtamento exquirere oporteret, actumque unum atque individuum, qualis eſt teſtamenti, ſecundum diverſa loca dijudicari. Peck. *de teſt. conjug. lib.* 4. *cap.* 28. *in fin.* D. Joan. a Sande *dict. defin.* 14. ubi contraria ſcite expedit, & prudenter temperat novam quandam diſtinctionem Fachinæi. Adde, quæ nos *lib.* 2. *ſelect. quæſt. cap.* 19. Planè, ſi lex expreſſè teſtatores ſequi jubeat jus loci, in quo bona ſita ſunt, aliud dicendum eſt. Talis eſt conſtitutio Principum Brabantiæ emiſſa anno 1611. cujus meminerunt Burgund. Chriſtin. Tuld. *C. h. t.* & Perezius *dd. loc.*

TITULUS UNDECIMUS
DE MILITARI TESTAMENTO.

Dig. Lib. 29. Tit. 1. C. Lib. 6. Tit. 21.

Ratio ordinis. Militare teſtamentum quid hic ſignificet?

DIximus ſub rubrica præcedentis tituli, duo eſſe teſtamentorum genera. Unum commune omnium civium, quod paganicum dicitur; alterum militum proprium, quod ideo appellatur militare. 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 militantibus, id eſt, iis, qui in numeros relati ſacramento tenentur; ſed quæ facta ſunt jure militari. Poſſunt enim & milites jure communi teſtari, *l. 3. hoc tit.* 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 ſive militare in cauſa propoſita id ſolum intelligitur, quod à milite factum eſt in expeditione, jure militum proprio.

TEXTUS.

In militum teſtamentis ſolennitates remiſſæ.

Supradicta diligens obſervatio in ordinandis teſtamentis militibus propter nimiam imperitiam eorum conſtitutionibus Principalibus remiſſa eſt. Nam quamvis ii neque legitimum numerum teſtium adhibuerint, neque aliam teſtamentorum ſolennitatem obſervaverint, recte nihilominus teſtantur, videlicet cum in expeditionibus occupati ſunt. Quod merito noſtra conſtitutio introduxit. Quoquo enim modo voluntas ejus ſuprema inveniatur, ſive ſcripta ſive ſine ſcriptura, valet teſtamentum ex voluntate ejus. Illis autem temporibus, per quæ citra expeditionum neceſſitatem in aliis locis, vel ſuis ædibus degunt, minime ad vindicandum tale privilegium adjuvantur. Sed teſtari quidem, etſi filiifamiliarum ſint, propter militiam conceduntur: jure tamen communi, eadem obſervatione & in eorum teſtamentis adhibenda, quam in teſtamentis paganorum proximè expoſuimus.

NOTÆ.

Noſtra conſtitutio] *l. pen. C. h. t.* id tamen & antea obtinuiſſe videtur, *l. 1. l. 15. C. eod.*

Quoquo modo] Sive in clypeo, ſive vagina, ſive in pulvere, εἰς τλὼ γλῶ τῷ ξίφϕ. *l. 15. C. eod.* Synopſ. Attal. *tit.* 34.

Suis ædibus] In nonnullis eſt *ſedibus*, teſtib. Vigl. & Giphan. & ita Cont. Weſ. Fabrot. Sedes militum ex adverſo opponuntur expeditioni. Veget. *lib. 3. cap. 4. & ult.* Th. σεδέτοις, id eſt, ut Schol. §. 3. *inf.* προσεδείαις, in ſtativis aut hybernis. Sedeta ſunt ſtationes, *l. 8. C. de Epiſc. aud.* 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, quacunque ſubtilitatem magis, quam naturalem rationem habent, ſive ea ad conſtitutionem teſtamenti pertineant, ſive ad infirmationem.*
3. *In hybernis aut præſidiis locatos jure privilegiario teſtandi poteſtatem non habere, & num. 5.*
4. *Vaginam, clypeum, pulverem militi chartæ loco eſſe poſſe, enſem pro calamo, ſanguinem pro atramento, &c.*
6. *Etiam filiosfam. milites jure militari in caſtris teſtandi licentiam habere.*

Propter imperitiam eorum] Cauſa 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 ſimplicitas: hinc factum, ut ſimplicitas Latinis interdum ſignificet imperitiam. Ut in illo Naſonis; *Heroid. ep. 2. v. 63.*

Fallere credentem non eſt operoſa puellam
Gloria; ſimplicitas digna favore fuit.

Idem quoque ſignificatur in *l. ult. in pr. C. de jur. delib.* cum milites dicuntur arma magis, quam jura ſcire. Atque huc accommodari aliquo modo poteſt, quod Tacitus ſcribit in *vita Agricol. cap. 9. Caſtrenſis juriſdictio obtuſior eſt, ac plura manu agens, calliditatem fori non exercet.* At enimvero non eſt hæc ratio adæquata, neque ſimplicitas militaris aut ſola eſt hujus privilegii

causa, aut principalis. Non sola: alioqui enim & fœminis & rusticanis idem privilegium concedi oportuisset, & militibus concedi sine exceptione temporis aut loci, & cum procul dubio multi etiam legum & juris periti stipendia fecerint, hos excipi. Non principalis; quia extra castra & tempus expeditionis privilegio uti non possunt. Principalis vero causa est, quam Ulpian. expressit *l. un. de bon. poss. ex test. mil.* laborum & periculorum functio, cum in expeditionibus & castris sunt; quo tempore armorum cogitatio, pericula imminentia, & sese continendi necessitas, omnem aliam de jure cogitationem adimit. Et ideo nec militibus alio loco aut tempore suo jure testari licet, & aliis quibusvis, quamvis non mereant, in hujusmodi periculis & hostico, aut procinctu deprehensis, si ibi decedant, jure militari, quoquo modo velint, quoquo modo possint, testari permissum. *d. l. un. l. ult. hoc tit.* VINN. Quum id privilegium militibus concessum sit ab eo tempore, quo jam mercenaria militia loco selectæ invaluerat: non inepte credideris, veram ejus causam esse, ut homines allicerentur ad militiam & eo lubentius nomina darent. HEIN.

Constitutionibus Principalibus] Primus Julius Cæsar, ut auctor est Ulpian. *l. 1. hoc tit.* liberam militibus testamenti factionem concessit, cæterum 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, Trajano; exinde hoc perpetuo privilegio milites usos, ut quoquo modo testati essent, rata esset eorum voluntas.

Neque aliam testamentorum solennitatem 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.* 2 *hoc tit. & C. eod.* Porro autem non in eo duntaxat consistit privilegium militum, quod testamenta eorum non sint adstricta legibus, quæ ad externas illas solennitates, numerum, rogationem, subscriptionem, obsignationem testium pertinent: sed in cæteris etiam partibus, sive illæ ad constitutionem testamentorum pertineant, sive ad infirmationem. Quæcunque subtilitatem magis, quam naturalem rationem habent, ea omnia militibus remissa sunt, ut in universum rectè definit Duar. *c. 4. ad hunc tit.* Proinde etsi miles liberos, quos in potestate habet, sciens præterierit; *l. sicut. 9. & seq. C. hoc tit.* sive hæredem ex die aut ad diem instituerit, sive alias 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 eum, quicum testamenti factio non est, hæredem fecerit; *l. idem. 13. §. 2. eod.* sive filio emancipato aut cuicunque extraneo in secundum casum directo substituerit, *l. 5. d. l. miles. 41. §. 4. eod.* sive hæreditatem codicillis directo dederit; *l. militis. 36. eod.* sive solis liberis, non etiam sibi testamentum fecerit: *d. l. in fraudem. 15. §. pen. d. l. miles. 41. §. ult.* nihilominus rectè testatur, & voluntas ejus prout jacet, custoditur. Lege Falcidia ultra dodrantem jure communi legare non licet, militibus licet, *l. si certarum. 17. in fin. hoc tit. l. 12. C. eod. l. 7. C. ad leg. Fal.* Jure communi nunquam per se nuda voluntas testatoris ad infirmandum testamentum valet: invito eo multis modis infirmatur, *inf. quib. mod. test. inf.* Ex contrario sola militis voluntas ad infirmandum sufficit, *d. l. in fraudem. 15. §. 1.* invito autem eo, extra casum maximæ aut mediæ capitis deminutionis, *l. 6. §. sed si quis. 6. & seqq. de injust. rupt. test.* testamentum ejus non infirmatur. Non agnatione aut quasi agnatione sui hæredis, *l. 7. & seq. hoc tit.* (quod tamen temperabis ex *l. 9. & d. l. militis. 36. §. 2. eod.*) non ipsius adoptione aut adrogatione, *l. miles. 22. & seq. eod. §. pen. inf. eod.* non alio denique testamento postea facto, si modo & prius valere voluerit. *l. quærebatur. 19. eod.* Hæc summa est, quædam diligentius excutienda inferius.

In expeditionibus] Expeditio dicta, quod milites sint expediti ad confligendum cum hoste, quandocunque casus ingruat. Itaque expeditio non est conflictus ipse; neque etiam tempus belli: sed totum illud tempus, quo milites in armis procedunt, aut sunt adversus hostem, sive eum persequantur, sive eum imminentem expectent, intenti ad opportunitatem rei gerendæ, vel ut invadant, vel ut invadentem sustineant ac propulsent. Cassiodorus 1. *var. 17. Hanc merito expeditionem nominavere majores, quia mens devota præliis, non debet aliis cogitationibus occupari.* Præsidia, hyberna, cæteraque loca, in quibus militem extra castra commorari necesse est, sedes appellantur. Veget. *lib. 3. de re mil. cap. 4. & ult.* Sallust. *in Jugurth. cap. 37. Milites mense Januario ex hibernis in expeditionem evocat.*

Quod merito nostra constitutio introduxit] *l. pen. C. hoc* 3 *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 affert Ulpian. *l. un. de bon. poss. ex test. mil.* cessat, cum in castris & expeditione non sunt. Putarem tamen, olim milites, qui in provinciis habebantur, jure militari illic testari potuisse, quasi in expeditione. In exceptionibus quoque declinandis & petendis in integrum restitutionibus ea tantummodo tempora militibus prodesse Justinianus voluit, quæ in expeditione currunt. *l. ult. C. de test. mil. l. ult. C. quib. non obj. long. temp. præscr.*

Quoquo enim modo voluntas ejus, sive scripta sive non scripta] Et scripta quidem valebit etiam, nullius testibus adhibitis: nuncupata duobus probari poterit. Quin- 4 imo militi jamjam in hostem pugnaturo vagina, clypeus, pulvis, humus, chartæ vel tabularum loco esse possunt, & notæ pro literis, *l. Lucius. 40. hoc tit.* sanguis pro atramento, ensis pro stylo, penna aut calamo, *l. milites 15. C. eod.* 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 comparationem literarum

rum probari. Etsi enim voluntas militis quomodocunque declarata rata est: ea tamen legitimis probationibus ostendi debet, *d. l. Lucius.* 40. quod & Joan. Faber notat.

Vel suis ædibus] Ita etiam legitur in utraque modo allegata constitutione, *& l. ult. C. de postl. rev.* in Basilicis, teste Cujacio, ἐν τοῖς ἰδίοις οἴκοις, Theophilus pro eo habet, ἐν τοῖς λεγομένοις αὐτοῖς σεδέτοις. σεδέτα autem esse Hotomannus scribit, quæ Latini *stativa* appellant. Ant. Augustinus *in l.* 18. *C. de Episc. aud.* vertit *stationes*. Suidas *fossata* esse tradit. Et ita, σέδετον apud Ruffum de legib. militar. pro φοσσάτῳ. Ego existimo, Theophilum intelligere loca omnia, in quibus milites commorandi potius, quam pugnandi causa habentur, puta hybernacula, aut ubi in præsidiis sunt, ἔνθα ἀγέιν αὐτοὺς ἀνάγκη, (sic enim ipse interpretatur) donec expeditio aliqua suscipiatur. Sedes militum dicuntur, & ex adverso opponuntur expeditioni. Veget. *lib.* 3. *cap.* 4. *Ita exercitati & eruditi in sedibus milites, cum ad expeditionem ex diversis convenerint locis &c.* Idem *eod. lib. cap. ult. Milites pœna & timor in sedibus corrigunt, in expeditionibus spes & præmia faciunt meliores.* Atque hoc etiam loco non *ædibus*, sed *sedibus* Contius & Wesembecius legunt: quomodo nonnullos etiam codices habere Viglius & Giphanius testantur. Puto autem, falsum esse Cujacium, qui ex facto consultus *consult.* 49. respondit, milites etiam in hybernis & præsidiis locatos ibidem jure privilegii sui testari posse. Nam qui sunt in hybernis aut præsidiis, neutiquam dici possunt esse in expeditione aut castris, quod tamen expresse requiritur & hoc loco & §. *sed hactenus* 3. *inf. eod.* Cessante autem causa privilegii & ipsum cessat privilegium, *per vulgat.* VINN. Cum Cujacio faciunt & alii, veluti Hoenon. *ad. Inst. h. t.* Gothofred. ad *l. pen. C. h. t.* Struv. *Exerc. ad ff. h. t.* §. 4. Sed Vinnii tamen sententia magis consentanea est *l. pen. C. h. t.* juncta *l. un. ff. de bon. poss. ex test. mil.* Conf. Tim. Fab. *Disp. Anniv.* 18. §. 16. HEIN.

Et si filiifam. sint, &c. jure tamen communi] Ex his verbis Porcius colligit, filiosfam. jure militari testari non posse: quo nomine merito reprehenditur à Viglio. 6 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 filiosfam. alio tempore non posse testari ullo modo, subjicit, posse quidem etiam milites extra castra & expeditionum occupationes testari, & posse etiam filiosfam. de quibus solis, cum à privilegio militari recesseris, juste dubitari poterat; sed non aliter omnes & filiosfam. de castrensi peculio tunc posse, quam jure communi omnium civium Romanorum. Non igitur negat Imperator, filiosfam. milites in expeditione occupatos jure militari testari posse, sed ait, eos etiam cum in expeditione non sunt testari posse; verum tunc non aliter, quam jure communi, significans, eos idem jus utrobique habere, quod patresfam. stipendia merentes habent. Ex præcedentibus autem apparet, quam inepti sint, qui militibus ordinum quorundam, veluti Teutonicis, Rhodiis, aut Maltensibus, privilegium jure militari testandi asserunt, quasi ulla in hac causa ratio habita sit nudæ dignitatis aut militiæ honorariæ. vid. Duar. *in hunc tit. cap.* 3.

Paganorum] Pagani propriè dicti rustici, villani, κωμῆται seu vicani. Hic autem & passim in libris nostris opponuntur militibus, eoque nomine significantur omnes ἀστράτευτοι. Peculium paganum & castrense, in paganico & in castris, ἀντικείμενα. A scriptoribus Ecclesiasticis, & in constitutionibus Impp. Christianorum gentiles etiam pagani appellantur: quæ appellatio, ut credibile est, inde nata, quod cum urbes fere omnes sub Constantino fidem Christianam amplexæ essent, tamen adhuc diu post in agris & pagis hæsit religio gentilis, & reliquiæ ethnicismi. VINN. Alii paganos dictos Deorum cultores existimant, quod Christo non militent. Sed Vinnii ratio solida est. Nam & Orosius in *præf. libri* 1. *Ex locorum*, inquit, *agrestium compitis & pagis pagani vocantur.* Et Prudent. *in Roman. v.* 296. eos ideo vocat *pago deditos*, itemque pago implicitos, *adv. Symmach. lib.* 1. *v.* 620. HEIN.

TEXTUS.

Rescriptum D. Trajani.

1. *Plane de testamentis militum divus Trajanus Catilio Severo ita rescripsit.* Id privilegium, quod militantibus datum est, ut quoquo modo facta ab his testamenta rata sint, sic intelligi debet, ut utique prius constare debeat, testamentum factum esse: quod & sine scriptura, & à non militantibus quoque fieri potest. Si ergo miles, de cujus bonis apud te quæritur, convocatis ad hoc hominibus, ut voluntatem suam testaretur, ita 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.

NOTÆ.

1. *Et à non militantibus*] Ita quoque in *d. l.* 24. Fabrotus mavult, *ut à non militantibus quoque*, quomodo legisse videtur vetus Instit. interpres Gallicus, qui est in Biblioth. Reg. Verba citat Fabrot. quod 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.*

COMMENTARIUS.

1. *In ſcripto militis teſtamento teſtibus opus non eſſe, in nuncupativo contra.*
2. *Quot teſtes à milite per nuncupationem teſtante adhibendi?*
3. *An rogatio teſtium in teſtamento militari neceſſaria ſit?*

Divus Trajanus ita reſcripſit] Recitatur hoc idem reſcriptum à Florentino in *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 fit, ut ex eo, quod his conceſſum eſt, arguatur quod militantibus licere debeat. Argumentum à pari eſt; *Si licet non militantibus ſine ſcriptura teſtari*, intellige ſecundum 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 Theoph.* mavult legi, *ut à non militantibus quoque.* Quod valde placet. VINN. Sed ſenſus idem manet, ſi ET retineas. Nihil ergo opus eſt emendatione. HEIN.

Convocatis ad hoc hominibus] Ex his conſtitutionis verbis triplex orta controverſia eſt; una de neceſſitate adhibendorum teſtium in teſtamento militis; altera de
1 numero; tertia de eorum rogatione. De prima aſſentior Viglio, Cujacio, Hotom. Bachov. ſcilicet intereſſe, utrum miles per nuncupationem & ſine ſcriptura teſtetur, an per ſcripturam: in nuncupatione omnino teſtibus opus eſſe; quod etiam hic locus expreſſe exigit: & quomodo alioqui de voluntate militis voce prolata conſtare poterit? In ſcripto autem teſtamento etſi nulli teſtes à milite adhibiti ſint, ratam tamen eſſe militis voluntatem, utpote de qua per ſcripturam & manum ipſius teſtatoris, quæ legitima probatio eſt, conſtare poteſt. Nihil autem amplius exigitur, quam ut de voluntate militis quocunque modo teſtata conſtet. De numero teſtium adhibendo à milite, per nuncu-2
pationem teſtante, ſic ſentio, neque unum teſtem, quod putat Theophilus, ſufficere, neque plures exigi, quam duos. Illud, quia conſtitutio plurali numero utitur, neque unius teſtimonium legitimum eſt, quale tamen omnimodo requiritur, *l. 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 3
non exiſtimo in militari teſtamento eſſe neceſſariam. Primum, quia rogatio illa eſt pura puta ſolennitas: in militaribus autem teſtamentis ſolennitates omnes remiſſæ: deinde quia hæc omnium ſolennitatum ſcrupuloſiſſima eſt & ſubtiliſſima, longiſſimeque recedit à ſimplici ratione juris gentium, quæ ſola regula eſt militarium teſtamentorum. Denique contraria ſunt, dicere, nudam & ſimplicem voluntatem ſufficere, & deſiderari rogationem. Quamobrem non dubito, quin falſum ſit, quod Hotomannus poſt Jo. de Platea & Angelum ſcribit, ne militem quidem ſine certa teſtium advocatione, monitorum, ut ei actioni operam dent, teſtamentum conficere poſſe. Nihil certe Hotomannum juvant verba hujus text. *convocatis ad hoc hominibus.* Quippe quæ hic non diſpoſitive, ſed narrative tantum ponuntur, atque ut exemplo aliquo declaretur, quomodo de militis voluntate, ſine ſcriptura teſtati, certo conſtare poſſit. De eo enim præcipuè 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, prænoniti, 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 paganis 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 adſtringis, ſolutum 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 convocatione teſtium & teſtimonii denuntiatione: cum hoc tantum hinc recte col-

colligatur, non quemvis sermonem militis quocunque loco coram quibusvis prolatum pro testamento continuo habendum esse; sed inspiciendas esse circumstantias, nec aliter, quam si ex his appareat, animum condendi testamenti militem habuisse, ratum esse oportere, quod pronuntiaverit. Atqui de eo etiam constare potest sine testimonii denuntiatione. Et qui de præsentia sua falso deponunt, eadem opera se vocatos & rogatos esse mentiuntur.

Vera judicia subverterentur] Quamobrem merito notatur Domitianus, quod alieniſſimas hæreditates confiscabat, 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 hær. inst. l. res quæ*, 22. §. 2. *de jur. fisc.* §. *ult. inf. quib. mod. test. inf.*

TEXTUS.

De surdo & muto.

2. *Quinimo & mutus & surdus miles testamentum facere potest.*

COMMENTARIUS.

1. *Natura surdos & mutos in militiam legi non posse.*
2. *Quem natura voce & auditu privavit, eidem denegasse & facultatem testandi.*
3. *Eos quoque qui casu aliquo muti & surdi facti sunt, suprema condere non posse, nisi scribere sciant.*
4. *Notatur oscitantia compositorum.*

HIc §. male à veteribus interpretibus, Joan. Fabro, Porcio, Aretino, acceptus est de eo milite, qui natura surdus & mutus est. Nimirum cum paganis, mutis & surdis, quibus non naturalis calamitas, sed morbus superveniens vocem abstulit, aureſque conclusit, permissum sit testari, modo ii, quibus hoc accidit, scribere sciant; *l. discretis.* 10. *C. qui test. fac.* putaverunt illi, hic militibus aliquid jure singulari concedi, quod jure communi cæteris denegatum est: videlicet posse milites etiam mutos & surdos natos ex privilegio testari, ut voluntatem suam per signa ostendant; cujusmodi signa ajunt intelligi & explicari posse ab iis, qui cum muto & surdo familiariter vi-
1 xerunt. Sed primum bene à Viglio cæterisque melioris ævi interpretibus observatum est, natura mutum & surdum in numeros recipi aut in militiam legi non posse; utpote qui nec sacramentum præstare, nec imperium ducis aut signa audire, tesseramve accipere & reddere queat: ejusque rei etiam argumentum est, quod milites, qui in hanc calamitatem inciderunt, ob eam causam, ut bello inutiles, dimitti solent, *l.* 4. *h. t.* ἄτοπον γὰρ, inquit Theophilus, τὰς
2 τοιάτας στρατεύεσθαι. Deinde non minus absurdum est, 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 παράδοξον hoc Fabro videtur; nobis autem ἀδύνατον; 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 paganis etiam casu aliquo 3
mutis & surdis factis, si literas sciant, testari concessum est: *dict. l. discretis.* 10. *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 Cantiunculæ placere video. Verum enimvero qui literis non potest, quibus ille notis certam dabit, (hoc enim omnino necessarium est ex constitutione Trajani,) voluntatis suæ supremæ significationem? Signis vero testari quenquam mortalium posse, uti nusquam traditum est, ita nec admittendum, ut possit. Nam cum nulla signa idonea sint ad voluntatem ultimam alteri certo significandam, in re tanti momenti fides habenda esset divinationi 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 forte 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 arbitror, peccatum hic aliquid esse oscitantia Com-
4 pilatorum. Certum est, olim paganum mutum aut surdum testamentum facere non potuisse, nisi ut liceret sibi facere specialiter à Principe impetrasset, *l.* 7. *qui test. fac.* militem autem mutum & surdum potuisse citra novam concessionem ex privilegio militari, *l.* 4. *hoc tit.* Nec minus hoc certum habeo, neque paganum mutum simul & surdum natum, aut factum quidem, sed qui scribere nesciret, hoc unquam ex speciali gratia obtinere potuisse, quippe qui nec petere hoc potuit, neque militem in casu simili habuisse ex privilegio. Justinianus primus generali lege surdis & mutis, (exceptis iis, quos modo dixi,) facultatem testandi dedit, *d. l. discretis.* 10. *C. qui test. fac.* ex quo cum etiam pagani hoc jus habuerint, id inter privilegia militaria, ut olim, amplius referri non debuit. Cum igitur nihilominus appareat, id hoc loco factum esse à Compositoribus, oportet eos, cum hæc vel ex responso Ulp. in *d. l.* 4. vel ex alio veteri Jurisconsulto describerent, non meminisse constitutionis illius Justinianeæ: quæ tamen jam dudum edita erat, ut apparet ex subscriptione. Fallitur autem Bachovius, qui eam etiam priori Codici insertam fuisse opina-

pinatur, cum primum edita sit biennio post editionem illius Codicis, anno scilicet primo post consulatum Lampadii & Orestis. VINN. Justo sæpius compilatores vellicat Vinnius noster, & aliquando nihil tale meritos. Possunt surdi & muti pagani testari, si vitium sit discretum: milites etiam si conjunctum, dummodo, quid agant, intelligant. Illi non nisi in scriptis: hi & nota. Quidni enim miles vulneratus, amisso linguæ & aurium usu, præsentibus commilitibus, signis quibusdam evidentissimis ostendere possit, quas res suas cuivis relinquere velit, si rationis usus ipsi salvus sit? Denique nec opus est, ut id militibus vulneratis, mortuis ante missionem, concessum dicamus. Nihil enim impedit, ut quæstio hæc oriri non possit, si in eo periculo testatus miles missionem impetravit, & paullo post ex vulnere decessit. HEIN.

TEXTUS.

De militibus & veteranis.

3. *Sed hactenus hoc illis à Principalibus constitutionibus conceditur, quatenus militant, & in castris degunt. Post missionem vero veterani, vel extra castra alii, si faciant adhuc militantes testamentum, communi omnium civium Romanorum jure id facere debent. Et quod in castris 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*] Οἱ ἀπολυθέντες τῆς στρατείας, Suid. qui justam missionem legitimis impletis stipendiis consecuti sunt, *l.* 2. *D. de veteran. l.* 1. *C. de exc. vet.* ἀφέσεως ἐντίμως τυχόντες. 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 capitis damnati jure militari testandi licentiam retineant?*
3. *An huc pertineant, qui successoribus acceptis militare desinunt?*

1 NUlla ratio est, cur dubitemus, utrum hic §. cum superiore connectendus sit, referendusque solum ad milites mutos & surdos, an generaliter ad omnes 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.* 10. *C. qui test. fac.* & hoc verissimum est: falsum autem, quod illi pro vero assumunt, posse ejusmodi mutos & surdos jure militari testari, ut abundè probavimus §. *prac.*

Post missionem vero] Huic rei obstare videtur, quod etiam is miles, qui capitis damnatus est, jure militari testandi licentiam habet, *l. ex militari.* 11. *hoc tit.* qui tamen maximè pro misso & exautorato haberi debet. Non unum est, quod hic respondeatur. Nam primum 2 miles capitis 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, *dd. ll. & l.* 1. *de vet. & mil. succeff.* nec eo quovis: non eo, quod fidem sacramenti rumpat, *d. l.* 11. *hoc tit.* verum ex leviore aliquo: sunt enim multa militiæ delicta minus atrocia, quæ tamen ut capite puniantur, rigor disciplinæ militaris postulat. Denique testandi jus his tantum conceditur de bonis castrensibus, quæ non vindicantur fisco; sed ab intestato ad proximos cognatos pertinent, *d. l.* 1. *& l.* 2. *de vet. & mil. succ.* quos cum unicuique permissum sit à successione sua excludere facto testamento, id militi etiam in proposita specie permitti placuit.

Intra annum &c.] Testamentum in castris jure militiæ factum jus suum etiam post missionem intra anni spatium retinet, vel eousque, dum institutionis conditio extiterit. *l. quod constitutum.* 21. *l. testamenta.* 26. *l. 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 quandocunque existens retrotrahitur, atque exinde perinde habetur, ac si ab initio pure instituto 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 ignominiæ causa missi sunt, statim desinunt militari jure valere. *d. l. testamenta.* 26. *hoc tit.* Consule de hoc *l.* 2. §. 2. *de his qui not. infam.* Lipsium *in lib.* 1. *Annal.*

Ta-

3 *Taciti.* Quæſitum eſt, an quod hic traditur etiam ad eos pertineat, qui non miſſione, ſed ſucceſſoribus acceptis militare deſinunt; quales ſunt duces exercitus, tribuni cohortium aut legionum, vel præfecti? nam teſtari quidem hos omnes jure militari poſſe, quamdiu exercitui, legionibus aut cohortibus præſunt, certum eſt. *l. tribunus.* 20. *l. Titius.* 25. *hoc tit. l.* 4. *C. eod.* Et Africanus reſpondit, non pertinere, ſed ſtatim atque ſucceſſorem acceperint, horum teſtamenta jure militari valere deſinere, *d. l. quod conſtitutum.* 21. *hoc tit.* Ait autem, non pertinere, quantum ad verba conſtitutionum attinet, quæ de miſſis loquuntur, non quibus ſucceſſor datur. Quid ſi igitur nos cum Cujacio ad *d. l. tract.* 4. *ad African.* tentemus ex ſententia conſtitutionum etiam ad hos beneficium illud pertinere? Cur enim verba legum captamus? Aut quid in propoſito refert, utrum quis dimittatur, an ſucceſſorem accipiat? 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, & quædam 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, ἀποσφραγίζειν, *l.* 1. §. 36. *depoſ. 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. *hoc tit.* Nec obſtat *l.* 15. §. 2. *eod.* ibi, *ſi militis voluntas contraria non ſit.* Hoc enim ſic accipiendum, quaſi JC. dixiſſet, ſi militis voluntas, quæ poſtea ſecuta eſt, priori non ſit contraria, ſed eam confirmet.

COMMENTARIUS.

1. *Teſtamentum non ritè à pagano factum jure militiæ valere, ſi is miles poſtea factus & in caſtris degens recenti aliquo judicio priorem voluntatem comprobaverit.*
2. *Si nulla nova voluntatis declaratio intervenerit, teſtamentum illud ad privilegia militum non pertinere.*
3. *Ulpianus ſecum & cum aliis conciliatus.*

ALiud privilegium militare ſpectans confirmationem teſtamenti ante militiam non jure ordinati, quod tale eſt: Si quis, cum paganus eſſet, teſtamentum non 1
jure communi civium fecit, & poſtea cum militare cœpiſſet, in caſtris aut expeditione degens, quovis recenti judicio, & ſive voce ſive facto aliquo declaravit, 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, & quædam adjecit ſive detraxit, vel alias manifeſta &c.] Ad confirmationem teſtamenti, quod quis inutiliter ante militiam fecit, uti nihil amplius requiritur, quam ut miles poſtea factus tempore expeditionis id valere voluerit; ita etiam neceſſe eſt, ut hoc nova aliqua teſtatione voluntatis declaret. Duo enim ſemper in omni militari teſtamento exigimus; ut de voluntate militis conſtet; ut in expeditione teſtatus ſit. At in propoſito neque de voluntate militis 2
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 comprobationem prioris voluntatis pertineat. Enimvero non præcisè requiritur, ut miles recentem voluntatem apertè & verbis declaret, ſed ſufficit eam re aliqua & facto ſignificari, unde commodè intelligi poſſit: cujuſmodi facta ſunt, ſi teſtamentum reſignaverit, legeritque ac rurſus ſuo ſigno ſignaverit, ſi aliquid adjecerit, detraxerit, interleverit, induxerit, emendaverit. Alterutrum autem horum omnino neceſſarium eſt, ut hic locus apertè 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 dictumve 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; *Te-* 3
ſtamentum ante militiam factum à milite, ſi in militia deceſſerit, jure militari valere, ſi militis voluntas contraria non ſit, Divus Pius reſcripſit. Ecce, non novam hic voluntatis declarationem Juriſconſultus exigit, ſed tantum ut nulla contraria voluntas ſecuta ſit: atqui hoc etiam tunc fit, cum nulla omnino ſecuta eſt. An dicimus, Juriſconſultum loqui non de eo, qui cum paganus eſſet, teſtamentum fecit; ſed de milite, qui teſtatus eſt ante militiam? Ita quidem Gloſſ. Joan. Fab. & alii. Sed ego hoc non capio, neque intelligo, quomodo miles dici poſſit ante militiam teſtamentum feciſſe, niſi militem accipias κατ' ἀναφοράν, 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, ἀντινομίαν eſſe pronuntiavit, quem ſecutus eſt Anth. Matthæus. Verum enimvero ſi hic antinomiam admittimus, ubi non admittemus? 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 judicii, & prioris apertam comprobationem: ſed ait, ita jus vetus fuiſſe; novum autem conſtitutum eſſe à D. Pio ſola taciturnitate, quaſi perſeverantia judicii contento; quod jus proferatur ab Ulpiano: quam ob cauſam etiam Juſtinianum reprehendit, quod contra quam in proœmio 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 aſſeſſura collega fuit, auctore Lampridio *in Alexand.* idem affirment, nullus color relinquitur, qui opinioni Hotomanni prætexi queat. Utique enim nimis putidum eſt dicere, aut ignoraſſe eos jus, quod à D. Pio conſtitutum erat, aut contra expreſſam conſtitutionem Principis reſpondiſſe. Quin etiam ipſe Ulpianus in *l.* 9. §. 1. *hoc tit.* diſertè in hac eadem ſpecie exigit prioris voluntatis expreſſam approbationem, idque, ut teſtatur, ſecundum D. Pii reſcriptum. Ait enim, teſtamentum factum à pagano, qui poſtea militare cœpit, jure militari valere, ſi miles factus hoc maluit, ut à D. Pio reſcriptum eſt. Quid vero hoc aliud eſt, quam ſi dixiſſet, ſi miles factus indicio aliquo novæ voluntatis oſtenderit, ſe id velle valere? Significantiora 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 cupidiores eſſe, tam præcipites pronuntiaverint.

TEXTUS.

Si adrogatus vel emancipatus.

5. *Denique, & ſi in adrogationem datus fuerit miles, vel filiusfamilias emancipatus eſt, teſtamentum ejus quaſi ex nova militis voluntate valet: nec videtur capitis deminutione irritum fieri.*

NOTÆ.

5. *Quaſi ex nova militis voluntate*] *l.* 22. *eod.* ut capitis minutione ſecuta voluntas repetita cenſeatur: nam jure communi requiritur nova voluntatis declaratio, *l.* 11. §. 2. *ſec. tab.*

COMMENTARIUS.

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, nec capitis deminutione irritum fieri, *l. miles.* 22. *& l. ſeq. hoc tit.* Ut autem huic quæſtioni locus ſit, oportet teſtamentum factum ſtatuatur de bonis caſtrenſibus: nam filius quidem familias de aliis bonis teſtari non poteſt: pater autem familias etſi poteſt, ſi tamen de omnibus bonis teſtatus ſit, neceſſe eſt tale teſtamentum infirmari per adrogationem: quippe cum quicquid extra peculium caſtrenſe eſt, id acquiratur patri adrogatori: qua de cauſa etiam Juriſconſultus in *l.* 23. *hoc tit.* expreſſe meminit militis de caſtrenſibus 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 caſtrenſibus teſtantes, *l.* 1. §. *exigit.* 8. *de bon. poſſeſſ. ſec. tab. l.* 6. §. *ult. de injuſt. rupt. teſtament.*

TEXTUS.

De peculio quaſi caſtrenſi filiisfam. teſtari permiſſum, ſed jure communi.

6. *Sciendum tamen eſt, quod, cum ad exemplum caſtrenſis peculii, tam anteriores leges, quam Principales conſtitutiones, quibuſdam quaſi caſtrenſia dederant peculia, & horum quibuſdam permiſſum fuerat etiam in poteſtate degentibus teſtari, noſtra conſtitutio id latius extendens, permiſerit omnibus in hujuſcemodi peculiis teſtari quidem, ſed jure communi. Cujus conſtitutionis tenore perſpecto, licentia eſt, nihil eorum, quæ ad præfatum jus pertinent, ignorare.*

NOTÆ.

6. Noſtra 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.*

DE differentia & qualitate peculii filiorumfam. actum *ſup. §. 1. per quas perſ. cuiq. acq.* hic tantum quædam monentur propter id peculium, quod ad exemplum caſtrenſis filiisfam. conceſſum fuit, olim eorum quibuſdam duntaxat cum poteſtate de eo teſtandi, à Juſtiniano cum eadem poteſtate omnibus, *l. ult. C. de inoff. teſt. l. ult. C. qui teſt. fac.*

Anteriores leges] Pandectas intelligo cum Cujacio. Etenim etiam ea, quæ legibus continentur de hoc quaſi caſtrenſi peculio, non eſſe ex lege aliqua ad populum lata, ſed ex conſtitutionibus, argumento eſt, quod ipſum peculium caſtrenſe, cujus exemplo comparatum eſt quaſi caſtrenſe, ex conſtitutionibus eſt. In Pandectis autem non ſemel tantum, aut ad ſummum iterum, ut falſo Mynſingerus exiſtimat, ſed ſæpius hujus quaſi caſtrenſis peculii mentio fit, ut in *l. 1. §. in filii. 6. ad ſenat. Treb. l. 3. §. dari. 5. de bon. poſſ. l. 1. §. nec caſtrenſe. 15. de collat. l. filiuſf. 7. §. ult. de donat.* VINN. Recte Vinnius negat, peculium quaſi caſtrenſe eſſe ex lege libera rep. condita, ſi de vocabulo quæſtio ſit. Id enim omnino inventum ad exemplum peculii caſtrenſis. Res ipſa tamen locum habuit in virginibus Veſtalibus, Flaminibus, Dialibus, aliiſque ſacerdotibus, qui veteri ritu capiebantur. Gell. *lib. 1. cap. 12.* Hi enim licet patriæ poteſtati ſubeſſent, tamen poterant de peculiis ſuis teſtamentum condere. Dicuntur quidem patria poteſtate exiiſſe: Ulp. *Fragm. tit. x. §. 5.* ſed Gellius addit: *ſine capitis deminutione*, ne eos jura familiæ amiſiſſe exiſtimes. Quum itaque hoc privilegium ſacerdotum admodum ſimile fuerit ei, quod poſtea conſtitutionibus principum filiis familias in peculio quaſi caſtrenſi datum novimus: non abſurde exiſtimari poterit, has *anteriores leges* hæc ſcribenti vel Triboniano, vel Cajo, vel alii cuicumque veteri JCto, antiquitatis gnaro in animo fuiſſe. HEIN.

Quam principales conſtitutiones] Conſtitutiones intelligit recentiorum Imperatorum, quarum quædam etiam extant in poſteriore Codice, *l. velut. 7. C. de aſſeſſ. l. 4. C. de adv. div. jud. 1. l. un. C. de caſtr. omn. palat. pec. l. ult. C. de caſtr. pec. lib. 12.*

Et horum quibuſdam] Veluti conſulibus, proconſulibus, legatis & præſidibus provinciarum, cæteriſque in univerſum omnibus, qui poſiti erant in eminentiore aliquo dignitatis aut adminiſtrationis gradu: patronis vero cauſarum, memorialibus, agentibus in rebus, magiſtris liberalium artium, archiatris, & id genus aliis in tam ampla dignitate non conſtitutis, ea quidem, quæ hujuſmodi operam reipub. navantes paraverant, plena proprietate conceſſa fuerunt, ut hæc etiam patre mortuo quaſi peculium quoddam caſtrenſe præciperent: 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 filiisfam. jus teſtandi defendunt, etiam in peculio adventitio iis caſibus, quibus plena ejus proprietas illis conceſſa eſt: de quo amplius *tit. proximè ſeq.*

Teſtari quidem, ſed jure communi] *d. l. ult. C. de inoff. teſt. d. l. ult. C. qui teſt. fac.* Quare filiifamil. omnes, qui quaſi caſtrenſe peculium habent, idem per omnia in eo jus habent ex conſtitutione Juſtiniani, quod filiifam. veterani in peculio caſtrenſi: jure autem militari teſtari non poſſunt: hoc enim privilegium illis ſolis tributum eſt, qui ſub armata militia ſtipendia merent; neque ſimpliciter, ſed tunc cum expeditionum laboribus occupantur, ut inepti ſint, qui hoc extendunt ad alias militiæ ſpecies, togatæ ſcilicet aut alias imaginariæ, cujus crebra mentio in tribus poſterioribus libris Codicis. Illud nihil refert, utrum quis 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. Vaud. 1. *q.* 55. Chriſtin. *vol. 4. deciſ. 3.* Sichard. *ad rub. C. h. tit. n. 9.* Graſſ. *§. ſubſtitutio. quæſt. 66.* Grot. 2. *introd. 7.* Perez. *C. de teſt. mil. in fin.*

TITULUS DUODECIMUS.

QUIBUS NON EST PERMISSUM FACERE TESTAMENTUM.

Dig. Lib. 28. Tit. 1. C. Lib. 6. Tit. 22.

1. *Ut teſtamentum conſiſtat, quænam in perſona teſtantis requirantur.*
2. *Damnatos capite olim certo jure teſtandi facultatem amiſiſſe.*
3. *An novellis legibus ab eo jure receſſum.*

REditus ad jus commune. Differuit *tit. 10.* de forma & modo teſtandi: progreditur nunc ad perſonam teſtantis: quod eſt alterum ex tribus illis, quæ in omni teſtamento conſideranda eſſe diximus *ſub. rubr. d. tit.*

In perſona teſtantis duo exiguntur: unum eſt, ut conditione ſit civis Romanus: quod indicat primum & ſecundum caput legis Falcidiæ, *l.* 1. *ad leg. Falc.* proinde teſtamentum facere non poſſunt peregrini aut ad peregrinitatem redacti, ut deportati, *l.* 8. §. 1. *& 2. h. t. qui teſt. fac. l.* 1. §. 2. *de legat.* 3. nec ſervi aut capti ab hoſtibus, *d. l.* 8. §. *ult. l. filiusfam.* 16. *hoc tit.* §. *ult. inf. eod.* nec obſides, niſi eis permittatur, *l.* 11. *eod.* Ac ne is quidem, qui de ſtatu ſuo & conditione incertus eſt, teſtari poteſt. *l.* 14. *& ſeq. eod. l.* 1. *in pr. de legat.* 3. Alterum eſt, ut ſit ſui juris, uno verbo paterfam. de quo ſtatim *in pr. hujus tit.* Qui patresfamiliarum ſunt, omnes teſtamentum facere poſſunt, exceptis iis, qui voluntatem ſuam recto certoque judicio ſignificare aut exprimere nequeunt, de quibus in §. 1. & 3. *ſeqq.* nec non aliis quibuſdam, quos lex ob delictum admiſſum, aut apoſtaſiam hæreſimve nominatim teſtari vetat, *l. is cui.* 18. §. 1. *l. cum lege.* 26. *hoc tit. l.* 3. *C. de apoſtat. l.* 4. *C. de hæret. & Manich. l.* 6. *& auth. ſeq. C. de inceſt. nupt.*

2 Olim omnes capitali crimine damnati certo jure teſtamenti factionem amittebant, quoniam ſtatim atque ſententiam paſſi eſſent, libertatem & civitatem perdebant, *d. l.* 8. §. *ult. l.* 6. §. *ſed & 6. de injuſt. rupt. teſt. l.* 12. *l. qui ultimo.* 29. *de pœn.* Ajo *damnati:* nam ſi quis indemnatus, quantumvis poſt accuſationem & in cuſtodia, deceſſiſſet, ejus teſtamentum valebat, *l.* 9. *hoc tit.* uti & damnati appellatione interpoſita, medioque tempore pendente appellatione teſtati & defuncti, *l.* 13.

3 §. *ult. eod.* Quæritur autem, an novellis legibus, *Nov.* 17. *c.* 12. *Nov.* 22. *cap.* 8. *item* 134. *cap. ult.* unde *auth. ſed hodie. C. de don. int. vir. & ux. & auth. bona. C. de bon. proſcript.* ab eo jure receſſum ſit? Nam his conſtitutionibus & ſervitus pœnæ tollitur, & bona capite damnatorum non publicantur extantibus liberis & parentibus. Sed tamen quia eis bona adimuntur, & in liberos vel parentes transferuntur, ne hodie quidem eos teſtari poſſe dicendum videtur, D. Tulden. *hic. cap.* 6. add. Salicet. *in d. auth. ſed hodie.* Vaſq. 3. *contr. illuſt.* 96. Graſſ. §. *teſtamentum. quæſt.* 26. Clar. §. *teſtamentum. quæſt.* 21. 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, teſtamenti faciendi jus non habent: adeo quidem, ut quamvis parentes eis permiſerint, nihilo magis jure teſtari poſſint: exceptis iis, quos antea enumeravimus, & præcipue militibus, qui in poteſtate parentum ſunt: quibus de eo, quod in caſtris acquiſiverunt, permiſſum eſt ex conſtitutionibus Principum teſtamentum facere. Quod quidem jus ab initio tantum militantibus datum eſt, tam ex auctoritate divi Auguſti, quam Nervæ, nec non optimi Imperatoris Trajani: poſtea vero ſubſcriptione divi Hadriani etiam dimiſſis à militia, id eſt, veteranis, conceſſum eſt. Itaque ſiquidem fecerint de caſtrenſi peculio teſtamentum, pertinebit hoc ad eum, quem hæredem reliquerunt. Si vero inteſtati deceſſerint, nullis liberis vel fratribus ſuperſtitibus, ad parentes eorum jure communi pertinebit. Ex hoc intelligere poſſumus, quod in caſtris acquiſierit miles, qui in poteſtate patris eſt, neque ipſum patrem adimere poſſe, neque patris creditores id vendere, vel aliter inquietare, neque patre mortuo cum fratribus commune eſſe: ſed ſcilicet proprium eſſe ejus, qui id in caſtris acquiſierit: quanquam jure civili omnium, qui in poteſtate parentum ſunt, peculia perinde in bonis parentum computentur, ac ſervorum peculia in bonis dominorum numerantur: exceptis videlicet iis, quæ ex ſacris conſtitutionibus, & præcipuè noſtris propter diverſas cauſas non acquiruntur. Præter hos igitur, qui caſtrenſe peculium, vel quaſi caſtrenſe habent, ſi quis alius filiusfam. teſtamentum fecerit, inutile eſt; licet ſuæ poteſtatis factus deceſſerit.

NOTÆ.

Qui alieno juri ſubjecti] Filiifam. teſtamentum facere non poſſunt, *l.* 6. *h. t. l. pen. C. eod.* & olim quidem vel ideo non poterant, quia nihil ſuum habebant. Ulp. *ti.* 20. §. 9. Hodie non poſſunt, quia ne nunc quidem quicquam pleno jure tanquam patresfam. habent, excepto peculio caſtrenſi & quaſi: de quo ob id etiam teſtari iis permiſſum. Teſtandi autem facultas ſolis patribusfam. lege conceſſa: *Paterfam. uti legaſſit, &c.* Cic. *ad Heren. lib.* 1. *cap.* 13.

Quamvis parentes permiſerint] Quia teſtamenti factio juris publici eſt, *l.* 3. *h. t.* id eſt, ei ſoli competit, cui jure publico permiſſa. Ex quo efficitur, ut nec conſentiente patre codicillos facere, legatumve aut fideicommiſſum relinquere filiusfam. poſſit, *l.* 6. §. 3. *de jur. cod. l.* 25. §. 1. *de mort. ca. don.*

Jure communi] Id eſt, jure hæreditario 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. Explodendum igitur, quod Cujac. Pac. Fabrot. in margine notant, *jure communi*, id eſt, *jure patrio, jure peculii*; ex veteri & abrogato jure in *l.* 2. *de caſtr. pec.*

Proprium ejus eſſe] Ita ut in eo vice patrisfam. fungatur, *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 ſubjiciun-

jiciuntur, ſatis manifeſta. Vide comment.

COMMENTARIUS.

1. *Cur filiſam. teſtamenti factionem non habeant?*
2. *Cur ne patre quidem conſentiente rectè teſtentur, cum ita mortis cauſa rectè donent?*
3. *An teſtamentum à filiofam. factum cum conſenſu patris, propter adſcriptam clauſulam, ut id valeat cujuſcumque ultimæ voluntatis vi, ſaltem ſuſtineatur in vim donationis cauſa mortis?*
4. *Inteſtato filio mortuo peculium caſtrenſe jure Codicis ad patrem non rediſſe jure peculii; ſed liberis & fratribus non extantibus, jure ſucceſſionis ad eum devolutum.*
5. *Peculio pagano adventitio cum caſtrenſi communia.*
6. *Plenius ac planius, quam vulgo, oſtenditur, filiumfam. ne de iis quidem adventitiis teſtari poſſe, quorum fructus patri non quæritur.*
7. *An de his codicillos facere, aut ſine patris conſenſu mortis cauſa hæc donare poſſit?*
8. *Quid hic moribus harum regionum receptum?*

Qui alieno juri ſubjecti] Lex duodecim tabularum liberam teſtandi facultatem civibus concedens præciſe ac definitè de patribusfam. locuta eſt. Extat integrum legis caput apud auctorem *ad Herennium lib.* 1. *cap.* 13. in hæc verba; *Paterfamilias uti legaſſit ſuper familia pecuniave ſua, ita jus eſto.* Ex eo 1
quod Decemviri hoc jus nominatim conceſſerunt patrifam. hoc eſt, civi Romano, qui ſui juris eſt, ſatis intelligitur, idem eos filiisfam. 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 poteſtate erant, pleno jure acquiſiviſſe: quæ etiam ratio, cur filiifam. teſtari non poſſint, reddita eſt ab Ulpian. in *fragm. tit.* 20. §. *filiusfam.* 9. duratque eadem etiam nunc. Quicquid enim hodie filiifam. proprium eſt, in eo non ut filiusfam. ſed ut paterfam. conſideratur. Et peculium quidem caſtrenſe, & quaſi caſtrenſe ſub qualitate patrisfam. ei pleniſſimo jure conceſſum eſt: cæterum & in adventitio quadantenus vicem patrisfam. ſuſtinet: cum alioqui ne proprietas quidem hujus peculii penes eum eſſe poſſet, pugnatque cum conditione filiifam. aliquid proprium habere. Hoc autem poſito, filiosfam. jus teſtamenti faciendi non habere, conſequens eſt, eos, nec legatum aut fideicommiſſum relinquere, aut codicillos facere poſſe: quippe quæ iis demum permiſſa ſunt, qui & teſtamentum condere poſſunt. *l.* 2. *de legat.* 1. *l.* 1. §. 2. *de legat.* 3. *l.* 6. §. *pen. de jur. cod.* Denique in his etiam locum habet ratio Ulpiani, quod filiifam. nihil habent proprium.

Quamvis parentes eis permiſerint] *L.* 6. *eod.* Atque hoc 2
etiam ut conſectarium ex ſuperiori deducitur. Etenim permiſſio illa patris non efficit, ut filiusfam. incipiat 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, jus teſtamenti faciendi non privatorum auctoritate, ſed jure publico & legibus cuique tribuitur: adde quod ne ſic quidem filiofam. quicquam acquiritur, 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 filiofam. nec mortis cauſa donare volente patre permittendum? Ita videri poteſt, cum mortis cauſa donationes per omnia ferè ultimis voluntatibus comparentur, §. 1. *ſup. de donat. l. ult. C. de mort. ca. don.* Placuit tamen, poſſe filiumfam. permittente patre mortis cauſa donare: nimirum quia donatio mortis cauſa, etſi in pleriſque jure ultimæ voluntatis cenſetur, in quibuſdam tamen naturam negotii inter vivos & contractus habet, *l. ſenatus.* 35. §. 3. *de mort. ca. don.* maximeque in eo, quod ad eam perficiendam traditione aut conventione opus eſt, ut pluribus oſtendimus in *d.* §. 1. ac proinde hactenus etiam eodem jure cum conventionibus haberi, hoc eſt, 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 cauſam, etſi filii quoque perſona in hac donatione ſpectatur, tum in ea perficienda, tum infirmanda, putarem tamen, etiam patrem eam revocare poſſe, cum Bart. *in l.* 2. §. 1. *de donat.* Ang. & Joan. Fab. *hic.* Nam quod traditum eſt de teſtamentis, ea non debere pendere ex alieno arbitrio, *l. illa inſtitutio.* 32. *de hær. inſt.* protinus ad mortis cauſa donationes trahendum non eſt. Non obſtat iis, quæ diximus, argumentatio Ulpiani in *l.* 1. §. 1. *de tut. & rat. diſtr.* concludentis, ei, cui teſtamenti factio permiſſa non eſt, nec permittendum eſſe mortis cauſa donare: procedit enim iſta argumentatio in patrefam. qui bona propria habet, ſed teſtari non poteſt propter ætatem & defectum judicii, qualis eſt pupillus, de quo etiam Juriſconſultus loquitur. Hinc jam illud quæſitum eſt, ſi filiusfamil. te- 3
ſtamentum cum conſenſu patris condiderit adſcripta clauſula: *ſi non valeat jure teſtamenti, valeat jure codicillorum, aut cujuſcunque ultimæ voluntatis vi*, num in hac ſpecie voluntas filii ſuſtineri debeat ſaltem in vim donationis cauſa mortis? Et vulgo placuit, debere: quoniam appellatione ultimæ voluntatis etiam mortis cauſa donatio continetur, & in propoſito clauſula illa, *aut cujuſcunque ultimæ voluntatis*, in nulla alia ſpecie ultimæ voluntatis verificari poteſt, quam in donatione mortis cauſa; quæ utique patris conſenſu facta valet, ut jam demonſtratum eſt. Ita D. Vigl. *hic. n.* 10. Clar. §. *donatio. quæſt.* 6. *n.* 8. Teſſaur. *deciſ.* 150. Fachin. 5. *contr.* 64. VINN. Ceterum in eo, quod ne permittente quidem patre teſtari potuerunt filii familias, deterior fuiſſe videtur eorum conditio, quam ſervorum, quos permittentibus dominis condidiſſe quaſi teſtamenta, docet exemplum apud Plin. *lib.* VIII. *Epiſt.* 16. HEIN.

Exceptis iis, quos antea enumeravimus] Qui ſcilicet caſtrenſe & quaſi caſtrenſe peculium habent. In his enim bonis filiifam. beneficio Principum teſtamenti factionem habuerunt, §. *ult. prat. tit. l. ult. C. de inoff. teſt. l. pen. & ult. C. hoc tit. l.* 7. §. *ult. de donat.* & quoad cætera quoque in hoc peculio pleniſſimo jure patrumfam. uſi ſunt, *l.* 2. *de Sen. Mac. l.* 4. *de judic.* excepto quod

quod inteſtati morientes in eo etiam exitum filiorumfamilias patiebantur, *l. 2. de caſtr. pecul.* de quo mox uberius.

Quod jus ab initio tantum militantibus, &c.] Refert Imperator quibus gradibus ad ſummum ejus juris, quod filiifam. in caſtrenſibus habent, perventum eſt. Initium ejus Auguſto tribuit. (Ulpianus Julio, *l. 1. de teſt. mil.*) progreſſum Nervæ & Trajano, (Ulpian. *d. loco* etiam Titi & Domitiani meminit) patetque ex illo Juvenalis *ſat. ult. v.* 52.

Solis præterea teſtandi militibus jus
Vivo patre datur, &c.

ſub Domitiano idem obtinuiſſe: conſummationem Hadriano: quippe illi militantibus tantum, hic etiam veteranis de eo, quod in caſtris acquiſiverunt, cæteroque peculio, quod militiæ beneficio adepti ſunt, *l. 11. de caſtr. pec.* vivis parentibus, quorum in poteſtate ſunt, teſtandi facultatem dedit, ita ut quod antea ſolorum militum erat, id bonorum privilegium reſcripto Hadriani factum ſit. Illud intereſt, quod veteranis non niſi jure communi, militibus etiam ſuo, id eſt, militari jure, teſtamentum facere permiſſum eſt. Veterani autem dicebantur, qui vel exauctorati ſub vexillo adhuc retinebantur, cæterorum immunes; niſi propulſandi hoſtis? vel qui confectis legitimis ſtipendiis penitus dimiſſi erant, ἀφέσεως οὐτίμως τυχόντες. Conſule commentaria D. Lipſii in *lib. 1. Annal. Taciti*, ubi & de annis legitimæ militiæ.

Ad parentes eorum jure communi pertinet] Utut pater in peculio caſtrenſi vivente filio nihil juris habuerit, ipſique filio conceſſum, in eo, quem vellet, hæredem ſibi inſtituere: tamen diu jus vetus hactenus patri conſervatum fuit, ut filio inteſtato mortuo jure peculii etiam bona caſtrenſia ad patrem redirent, eademque hoc caſu adhuc eſſet conditio caſtrenſis peculii & pagani, nec in illo magis, quam in hoc, filiusfam. hæredem ab inteſtato haberet, *l. 2. l. 9. l. 14. de caſtr. pec.* Cæterum huic juri poſteriorum Principum conſtitutionibus derogatum eſt; & primùm liberis militis aut veterani inteſtato mortui, deinde fratribus bona caſtrenſia jure hæreditatis delata, & tertio ordine parentibus: id quod hic locus apertè oſtendit, atque ex eo etiam perſpicuum eſt, quod filiifam. etiam in bonis adventitiis, maternis & materni generis, lucriſque nuptialibus, eoſdem hæredes habere placuit, *l. 3. l. 4. C. de bon. quæ lib. l. ult. C. comm. de ſucceſſ.* quibus tamen in bonis plus patri relictum, quam in caſtrenſibus. Igitur quod hic Imp. ait, filiorumfam. inteſtato decedentium bona caſtrenſia, non extantibus liberis aut fratribus, ad parentes pertinere jure communi, non ſic accipiendum eſt, ut Cujac. Hotom. Pacius, Fabrotus, & ferè quotquot ſunt, fecere, 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 Principum, novo quidem, ſed communi jure. Nam ſi jure peculii ea bona adhuc ad patrem redire oporteret, nemo in iis patri præponi poſſet, ac nec cuiquam deferri poſſent jure hæreditario; ſed pater tanquam jam olim ſua & à ſe profecta ſtatim occuparet: niſi quis putet cum Viglio, dici poſſe, liberis aut fratribus ſuperſtitibus, jus patris quieſcere; illis autem deficientibus, priſtinum jus patri integrum relinqui. Sed hanc interpretationem prædictæ conſtitutiones non ferunt, quæ omnes loquuntur de jure & ordine ſucceſſionis: add. quæ ſcripſi 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 filio ipſo jure apud patrem remanent, quaſi perpetuo ipſius fuerint; 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 hær. qual.* Illo denique caſu matrem excludit, hoc caſu non item. Hodie jus liquidum eſt, atque hæc diſputatio penitus ſublata. Conſtat enim ex *Nov.* 118. bona filiifam. ſive caſtrenſia ſive pagana adventitia non amplius jure peculii, ſed hæreditatis, patri deferri; nec jam ordine tertio, ſed ſecundo, ita ut cum eo mater ſimul & fratres defuncti admittantur.

Ex hoc intelligere poſſumus &c.] Subjiciuntur hic quædam alia jura, quæ filiusfam. in caſtrenſi peculio habet, & nimirum hæc tria; primum, quod hoc peculium ita filii proprium eſt, ut pater id ei adimere non poſſit: alterum ſuperiori conſequens, quod creditores patris id vendere aliove modo inquietare nequeant: tertium, quod patre mortuo id filius præcipuum habeat, nec cum fratribus communicare, aut his conferre cogatur. Quæ cuncta, aliaque plura, etiam jure veteri obtinuerunt: nam ut ante dictum eſt, filiusfam. in caſtrenſi peculio in omnibus jure patrisfam. fungebatur, tantum inteſtatus tanquam filiusfam. decedebat, *l. 2. de ſen. Mac. l. 4. de judic. l. 4. de caſtr. 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 caſtrenſe. 15. de collat.* idem hodie obtinet & in adventitiis, *l. ult. C. eod. tit.* In ſolo profectitio peculio nihil mutatum eſt, ſed quemadmodum id totum patris manſit, ita poteſt filio id pater adimere: ita patre mortuo cum fratribus communicandum: ita filius pati debet, ut id creditores paterni ſibi habeant. Nam quod ab Ulpiano traditum 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 quæſitum auferre non debet, *l. 2. de his qui ſui vel al. jur.* & fortaſſis debitum κῷ χρησικῶς Juriſconſultus accepit, pro debito ex cauſa delicti damnato patre. Nullam certè rationem habet, quod D. Viglius putat, ex cauſa delicti peculium à fiſco occupari, at non ex cauſa debiti: longè enim major ratio eſt, ut peculium filii ſeparetur patre damnato, quam, cum fiſcus 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. fiſc. l. un. C. pœn. fiſcal. cred. præf. lib. 10.* Ergo, inquis, non fiſcus, ſed filius damnato patre actione de peculio conveniendus eſt, contra quam reſpondet

det idem Ulpian. *l.* 1. §. 4. *quand. act. de pec. ann.* Respondeo, fiscum etiam ea actione teneri, sed tunc cum filius peculium repudiavit: alioqui conventum exceptione se tueri, & creditores ad filium remittere posse.

Quanquam jure civili omnium, qui in potestate] Perplexè & falebrosè hæc traduntur. Jure civili antiquo filiusfam. 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 tempore etiam adventitium, & præcipuè constitutionibus Justiniani: non tamen ut per omnia eodem jure peculium adventitium apud filium esset, quo castrense & quasi castrense, sed ut ille ejus proprietatem, pater usumfructum regulariter haberet. *d.* §. 1. *l. cum pater.* 6. *C. de bon. quæ lib.*

Præter hos igitur, qui castrense peculium vel quasi] Quamvis non tantum castrense & quasi castrense peculium, sed quædam etiam bona filii adventitia ex constitutionibus patri non acquirantur; atquè à Justiniano in universum adventitiorum omnium proprietas filio concessa sit: in duobus tamen istis generibus duntaxat jus testamenti faciendi ei permissum, non item in tertio. Non habet hæc res dubitationem, cum, quod regulare est, filius tantum nudam proprietatem in peculio adventitio habet, pater usumfructum: sed cum sint quidam casus, quibus filio plena & solida proprietas acquiritur, anne tunc quidem de his bonis testari possit, non satis convenit. Casus unus jam tum erat, cum Institutiones componerentur. Nam in *l. ult. C. de bon. quæ lib.* sic à Justiniano constitutum est, ut si filio hæreditas aut legatum fideivecommissum delatum sit, & pater filio consentire nolit, ut hæreditatem adeat aut relicta agnoscat, filius propriâ 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 filiofam. ea lege datis, ut ne ususfructus ad patrem perveniat: item in hæreditate fratris aut sororis, ad quam una cum filio pater admittitur: postremo etiam in iis rebus, quæ filio deferuntur patre divortium faciente sine causa, *auth. excipitur. cum* 2. *seqq. C. de bon. quæ. 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 ei licere. Probabilis sane collectio, nisi ipse Justinianus postea mentem suam clare exposuisset. Nam cum hæc ipsa quæstio jam tum ætate Justiniani, nec multo post emissam *d. l. ult.* exorta esset, ipse nova constitutione edita dubitationi occurrit, quæ est *l. pen. C. qui test. fac.* qua declarat, minime sibi in constitutione nuper à se promulgata propositum fuisse, filiisfam. in bonis adventitiis permittere testamenti factionem, sive cum consensu, sive sine consensu patris bona possideant, ac proinde sive nudam sive plenam eorum proprietatem habeant: sed in hoc antiquam legem per omnia servari jubet. Conferantur inter se constitutiones, perspicue apparebit, alteram alterius explicandæ, & *d. l. pen.* tollendi erroris gratia, cui verba §. 5. *d. l. ult.* causam dederant, scriptam esse. Non enim alia lex per eam, quam in *d. l. pen.* ait à se promulgatam esse, intelligi potest, quam in qua extat distinctio illa, cujus meminit, & ad quam se refert in *d. l. pen.* utrum scilicet filius bona possideat: cum consensu, an sine consensu patris: at illa distinctio extat in una *d. l. ult.* nusquam alibi. Sed quid quærimus amplius? Negat expresse in *d. l. pen.* se jus testandi filio permittere in bonis, quæ possidet sine consensu patris: atqui horum plenam proprietatem filio in *d. l. ult.* concesserat, neque erat tunc alius casus, quo ususfructus in hoc genere peculii ad patrem non pertinebat. Adhæc jubet circa filiorumfam. testamenta per omnia observari legem antiquam. Nulla vero lege antiqua filiofam. testamentum facere permissum, præterquam de bonis castrensibus & quasi castrensibus: neque concessio plenæ proprietatis mutat qualitatem peculii, quæ ex sola causa acquirendi æstimatur. Ridiculi autem sunt, qui per legem antiquam intelligunt ipsius Justiniani aliquam constitutionem & nominatim illam ipsam, quam explicat *l. ult. C. de bon. quæ lib.* Non potuit, nisi absurdissimè, antiquam appellare, quam initio *d. l. pen.* profitetur nuper à se promulgatam, nec ullas suas ipsius leges antiquas, cum nulla tunc esset biennio aut triennio vetustior. Noviissimo jure etsi filiofam. quædam alia ejusdem generis bona pleno jure proprietatis concessa sunt: nullibi tamen jus de iis testandi ei datum legimus. *Nov.* 117. permittitur filio de hujusmodi bonis quovismodo disponere: at in Græco est διοικεῖν, quod testamenti factionem non comprehendit: & sine eo etiam apertissimum est eo loco intelligi tantum dispositionem inter vivos & liberam horum bonorum administrationem; quippe cum hæc dispositio ei tantum permittatur, qui perfectæ ætatis est, hoc est, filiofam. majori 25. annis: 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, inquies, quod conceditur inter vivos, id multo magis licere debet in ultima voluntate, *arg. tit. de leg. Fus. Can. toll.* Respondeo, hanc propositionem nec perpetuo veram esse, de quo vide Everhard. *in Top.* & procedere tantum in objecto præsuppositа habilitate personæ, quæ deficit in filiofamil. Sic etiam non procedit in filiofam. argumentum ductum à jure plenæ proprietatis, quasi eo jure concesso omnia concessa intelligantur, quæ patrisfam. in re sua, ut ejus liberrimo moderatori & arbitro, permissa sunt. Patet hoc ex eo, quod filiifam. patroni causarum, magistri liberalium artium, &c. etsi plenam proprietatem peculii quasi castrensis olim habebant, jus tamen de eo testandi ante Justinianum non habuerint, §. *prac. tit.* Nimirum ut dictum est in pr. qualitas filiifam. obstat, quo minus testari possit: ut autem possit de castrensi & quasi castrensi peculio, non ex eo est, quod simpliciter plena ejus proprietas filio concessa; sed quia placuit id eum habere sub qualitate patrisfam. ut etiam de eo testari posset. Nihil movet,

quod filius in hac ſpecie adventitiorum heredem ab inteſtato habet: nam & in altera ſpecie, cum nuda ejus eſt proprietas, habet. Poteſt ex lege heredem habere, etſi ſibi heredem facere non poteſt: & in caſu *Nov.* 22. *cap.* 26. ponendi ſunt termini habiles filii emancipati; alioqui ſequeretur, etiam de iis adventitiis filium teſtari poſſe, quorum uſusfructus ad patrem pertinet. Poſtremo nullam admodum cauſam video, cur filiofam. teſtandi facultas in una ſpecie adventitiorum concedatur, in altera denegetur: nam ſola uſusfructus à proprietate ſeparatio impedire non poteſt, quo minus jus ſit de proprietate teſtandi, *inf. de her. inſt. in pr. l. recte dicimus.* 25. *de verb. ſign.* Atque hæc
7 etiam communis eſt interpp. ſententia. Porro hoc conſtituto filiumfam. de bonis adventitiis teſtamentum facere non poſſe, tractari tamen adhuc poteſt, an non ſaltem de his bonis codicillos facere poſſit, cum heredem in his bonis ab inteſtato habeat, quem onerari poſſe fideicommiſſo conſtat, §. *præterea.* 10. *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 is.* 25. §. 1. *de mort. ca. don.* id ei hic licere etiam ſine conſenſu patris, *argument. Nov.* 117. & eorum, quæ diximus in exegeſi verborum hujus pr. *Quamvis parentes eis permiſerint.* Diſſ. Anton. Fab. *deciſ.* 43. *err.* 6. *& ſeqq.* ubi nec in bonis caſtrenſibus donationem mortis cauſa filiofamil. conceſſam fuiſſe contendit, contra expreſſum textum in *l.* 7. §. *ult. de donat.* vid. D. Guil. Maſ. *lib.* 6. *ſing. opin. cap.* 6. *& ſeq.* ubi ex profeſſo argumenta omnia Fabri diluit.

Licet ſua poteſtatis deceſſerit] *L. ſi filiusfam.* 19. *hoc tit.* Eſt autem hoc jus generale, ut ſi quis tempore teſtamenti facti non habuerit teſtamenti factionem, teſtamentum ab eo factum non valeat, etſi poſtea teſtamenti factionem habere cœperit, §. *ſeq. l.* 4. *eod. l.* 1. §. *exigit.* 8. *de bon. poſſeſſ. ſec. tab.* obtinetque hic etiam regula Catoniana, *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 hæredes faciat; illic voluntatem filii ſuſtineri favore piæ cauſæ, hic favore liberorum. Tiraquel. *de priv. pia cauſ. cap.* 78. Clar. §. *teſtamentum. quæſt.* 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.
8 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. Reuſner. *part.* 2. *cap.* 23. *num.* 26. *de teſtam.* De Gallia idem teſtatur Lud. Charond. *in memorabil.* In Friſia tamen etiam in hac parte obtinet jus civile. D. Joan. à Sande *lib.* 4. *tit.* 1. *defin.* 1. VINN. Quod de Germania ex Reuſnero monet, nihil ad rem facit. Per ſeparatam enim œconomiam, quam hic Reuſnerus intelligit, liberi exire intelliguntur patria poteſtate. Ergo ibi tunc non teſtantur tanquam filiifamilias de peculio adventitio, ſed tanquam patresfamilias de pecunia & re ſua. HEIN.

TEXTUS.

De impubere & furioſo.

1. *Præterea teſtamentum facere non poſſunt impuberes; quia nullum eorum animi judicium eſt. Item furioſi; quia mente carent. Nec ad rem pertinet, ſi impubes poſtea pubes, aut furioſus poſtea compos mentis factus fuerit, & deceſſerit. Furioſi autem ſi per id tempus fecerint teſtamentum, quo furor eorum intermiſſus eſt, jure teſtati eſſe videntur: certe eo, quod ante furorem fecerint, teſtamento valente. Nam neque teſtamentum recte factum, neque ullum aliud negotium recte geſtum, poſtea furor interveniens perimit.*

NOTÆ.

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.*

COMMENTARIUS.

1. *Impuberes nec tutore auctore teſtamentum facere poſſe.*
2. *Teſtamentum à furioſo factum tempore dilucidi intervalli ſuſtineri. Et quid ſi de eo dubitetur?*
3. *Cur furor poſtea incidens, &c. teſtamentum antea factum non vitiet, capitis minutio vitiet?*
4. *Quando locus ſit regulæ, Quæ ab initio recte conſtituta ſunt, reſolvi, cum in eum caſum pervenerunt, unde incipere non poſſunt?*

Quia nullum eorum animi judicium eſt] Impuberes intelliguntur, qui nondum annum ætatis decimum quartum compleverunt, id eſt, qui nondum ad ſupremum anni decimi quarti diem pervenerunt. In fœminis annus eſt duodecimus, *l.* 5. *hoc tit.* Horum ait nullum eſſe animi judicium, nimirum nullum plenum ac ſolidum, nullum tale, quale requiras in eo, qui de omnibus facultatibus ſuis una perpetua diſpo-

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 judicium requirant, ut hic etiam quod impuberis judicio deeſt, tutoris pru-
1 dentia ſuppleatur? Nequaquam. Nam aliarum actionum periculum tutores præſtant, & finita tutela earum rationem pupillis eorumve heredibus reddunt; hujus vero reddere non poſſunt. Deinde teſtamenta non arbitrio alieno, non precaria, 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. hoc tit. 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 ſit, eum intelligi, qui cum ſana mente non ſit, in quiete eſt, nec ut furioſi ſolent, agitatur & 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. l. Titia.* 13. *in fin. de inoff. teſt.*

2 *Quo furor intermiſſus eſt*] Furioſus per id tempus, quo furor intermiſſus eſt, teſtamentum jure facere poteſt, *l. 9. C. hoc tit.* quemadmodum & teſtis tempore intermiſſionis recte adhibetur, *l. qui teſtamento.* 20. §. 4. *hoc tit.* Cæterum ut valeat teſtamentum, neceſſe eſt, ut id uno eodemque tempore remiſſionis perficiat: nam ſi cœpto teſtamento, & necdum perfecto, furor eum iterum invaſerit, nihil actum eſt, etiamſi poſtea remiſſo denuo furore id, quod cœpit, perficiat. *d. l. 9.* Quid ſi proferatur teſtamentum conditum à furioſo, quem certum eſt habuiſſe dilucida intervalla, incertum autem ſit, quo tempore id fecerit? Et ſiquidem id ita ordinatum fuerit, ut quivis paterfam. ſanæ mentis ſic diſpoſiturus fuiſſe judicetur, pro teſtamento reſpondendum & credendum intervalli tempore factum D. Viglius cenſet: cui aſſentior. Pertinet huc quod Val. Maximus *lib. 7. cap.* 8. refert de Tuditani hominis certæ ac notæ inſaniæ teſtamento; quod à centum viris confirmatum ait, *magis quid ſcriptum eſſet in tabulis, quam quis ſcripſiſſet, conſiderandum exiſtimantibus*, add. Boët. *deciſ.* 23. *num.* 81. Mynſ. 4. *obſ. cent.* 2. Mantic. *de conj. ult. vol. lib.* 2. *c.* 2. *n.* 7. Chriſtin. *vol.* 4. *deciſ.* 4. *n.* 8. Diod. Tulden. *comm. hic. c.* 3. Graſſ. §. *teſtamentum. quæſt.* 21.

Eo, quod ante fecerint, teſtamento valente] *d. l. qui teſtamento.* 20. §. 4. *hoc tit.* Similiter nec interdictio bonorum ſuccedens, nec auditus ſermoniſve amiſſio teſtamentum ante factum vitiant, §§. *ſeqq. l. 6. §. 1. l. is cui.* 18. *eod.* Palam igitur eſt, his caſibus unum tantum tempus inſpici teſtamenti facti, ac ſufficere eo tempore teſtatorem habuiſſe teſtamenti factionem, etſi tempore mortis non habuerit. Proinde cum Juriſconſultus in *l. 1. §. exigit.* 8. *de bon. poſſ. ſec. tab.* ait, Prætorem exigere, ut is, ex cujus teſtamento bonorum poſſeſſio petitur, utroque tempore jus teſtamenti faciendi habuerit, & cum faceret teſtamentum & cum moreretur, intelligere debemus, eum non hoc velle, bonorum poſſeſſionem ex teſtamento non dari, ſi teſtator tantum tempore teſtamenti facti jus teſtandi habuerit, ſed non dari ſi habuerit tantum tempore mortis, non etiam tempore conditi teſtamenti, ut exempla illic propoſita oſtendunt. Sic autem jus eſt in mutatione, 3
quæ ſalvo ſtatu & fortunis teſtatoris contingit, cujuſmodi ſunt ſuperiora. Quod ſi qua mutatio poſtea inciderit, per quam capite teſtator minuatur, puta ſi ſervus fiat, in inſulam deportetur, ſi ſe adrogandum det, teſtamentum infirmatur atque irritum fit, §. 4. *inſ. quib. mod. teſt. inf. l. 6. §. irritum.* 5. *& ſeqq. de injuſt. rupt. teſt.* & ratio manifeſta eſt. Quippe his modis non tantum amittitur teſtamenti factio, ſed etiam conditio perſonæ teſtatoris ſic mutatur, ut omnino teſtamentum habere non poſſit, ac ne hæredem quidem. Furioſus vero & prodigus etſi teſtamentum facere non poſſunt, nihil tamen prohibet, quo minus hæredem ex teſtamento antea facto habeant, & præcedens eorum voluntas exitum ſortiatur.

Neque aliud negotium recte geſtum] De matrimonio idem traditur, *l. 8. de his qui ſui vel al. jur.* In cæteris quoque negotiis quin idem juris ſit, dubitandum non eſt, ſive rem ſuam ante furorem alienaverint, de quo nemo ambigit; quoniam negotia perfecta & penitus conſummata nullo eventu infirmari poſſunt: ſive ſtipulanti aliquid promiſerint, aut alias ſe obligaverint, licet hic aliquid deſit ad conſummationem negotii: ſed hoc à curatore expediri poteſt. Neque enim in omni- 4
bus probata eſt ſententia eorum, qui ea, quæ ab initio recte atque utiliter conſtituta ſunt, reſolvi putaverunt, cum in eum caſum incidiſſent, à quo incipere non poterant, *l. 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 cœptum eſt, perfici atque ad finem ſuum perduci queat, ut evenit incidente capitis deminutione teſtatoris. Qua de re fortaſſis pluſcula ad *d.* §. *ex contrario.* 14.

TEXTUS.

De prodigo.

2. *Item prodigus, cui bonorum ſuorum adminiſtratio interdicta eſt, teſtamentum facere non poteſt: ſed id, quod ante fecerit, quam interdictio bonorum ſuorum ei fiat, ratum eſt.*

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 ipſis adempta intelligitur; quippe qui non ſaniore judicio, quid de rebus ſuis poſt mortem fieri velint ſtatuturi creduntur, quam eas tractarent, ſi libera earum adminiſtratio ipſis permitteretur. *l. is cui. 18. hoc tit.* Puberum minorum 25. annis non eadem ratio eſt: neque enim his bonorum adminiſtratio interdicta eſt, ut male Don. ad *l. 6. de verb. obl. n. 9.* ſed ſi velint, curatores accipiunt; quibus quidem tum adminiſtratio permittitur, nec jam amplius ipſis minoribus: ſed in hunc maximè finem, ne minores in contrahendo circumveniantur; quod in teſtamento non metuitur.

Quod ante fecerit] *d. l. is cui.* 18. Teſtamentum enim, quod interdictione vetuſtius eſt, eadem ratione valere debet, qua quod factum eſt ante furorem. Imperator Leo *Nov.* 39. prodigo permittit τὰ συμφέροντα διοικεῖν, ea facere, quæ ipſi conducunt; & ratum quoque teſtamentum ejus eſſe jubet, in quo mores prodigi non apparent. Quod Viglio videtur naturalem æquitatem habere. Forte id admittendum fuerit, ſi quædam non levia argumenta ſaniorum morum præceſſerint. per *l. 1. de cur. fur.* Vide. Sande *lib. 4. tit. 1. defin. 3.* Groenew. *de ll. abr. hic.* Hic autem locus confirmat, quod ſupra §. *furioſi. 3. de curat.* aſſeruimus, prodigum, quod attinet rerum adminiſtrationem & effecta juris civilis, non ſtatim cenſeri eum, qui ipſo facto prodigus eſt, ſed tunc demum, cum ei bonorum adminiſtratio interdicta eſt: interdici autem non ipſo jure, ſed cauſa cognita decreto magiſtratus.

TEXTUS.

De ſurdo & muto.

3. *Item ſurdus & mutus non ſemper teſtamentum facere poſſunt. Utique autem de eo ſurdo loquimur, qui omnino non exaudit, non qui tarde exaudit. Nam & mutus is intelligitur, qui eloqui nihil poteſt, non qui tarde loquitur. Sæpe enim etiam 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 permiſſa 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 etſi quis mutus tantum erat, aut ſurdus, teſtamenti faciendi jus non habebat, niſi ſpecialiter à Principe impetraviſſet, ut ſibi teſtari liceret, *l. 7. hoc. tit.* junct. *l. pen. §. 1. unde cogn.* cujus juris ratio ſignificatur à Paulo *lib. 3 ſent. 4.* quia neque mutus teſtes rogare poteſt, neque ſurdus audire teſtimonium perhibentes. Unde cum nemo quicquam à Principe impetrare poſſit, niſi qui ei preces ſuas aut voce aut ſcripto poteſt exponere, ſequitur, eos mutos, qui ſcribere neſciebant, omnino teſtari non potuiſſe. Juſtinianus, quod ſingulare & perſonale jus erat, jus commune fecit, & generaliter ſurdis omnibus vel mutis teſtamentum facere permiſit, (cum aliquo tamen temperamento) ut jam amplius neceſſe non ſit ſingulos id precibus impetrare, *l. 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, & ſermonis uſum ablatum; nec eſſe naturaliter ſurdos, qui non iidem ſint & muti. Quod etiam Plinius teſtatur *lib. 10. c. 69.* Alex. Aphrodiſ. *problem. 1. 138.*

Qui omnino non exaudit, &c.] Hæc plana ſunt. Notum enim eſt, eum, qui tarde aut difficulter exaudit, non ſurdum, ſed ſurdaſtrum dici, ὑπόκωφον, ſubſurdum: & eos, qui graviter aut ἀσαφῶς loquuntur, non mutos, ſed blæſos, balbos, μογιλάλους, appellari; mutos autem dici elingues & fandi impotes, ἀλάλους, Plane muti etiam illi habendi ſunt, qui ἀσήμως loquuntur, hoc eſt, ſine ulla certa ſignificatione vocis, ἀνάρθρῳ φωνῇ. *l. mutum. 9. de ædil. 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.

TEXTUS.

De cæco.

4. *Cæcus autem non poteſt facere teſtamentum, niſi per obſervationem, quam lex Divi Juſtini patris noſtri introduxit.*

COMMENTARIUS.

IN cæco nihil eſt, ob quod teſtamentum facere prohibeatur: nam & teſtes accire ac rogare poteſt, & audire ſibi teſtimonium perhibentes. Quapropter & olim teſtamentum facere potuit. Paul. 3. *ſent. 4.* & nunc quoque poteſt. Cæterum forma nunc accuratior præſcripta, & quædam ſingularia in teſtamento cæci,

cæci, ut fraus omnis, cujus hic major metus, evitetur, conſtituta ſunt lege illa Juſtini, quæ hic commemoratur, & extat *l. hac conſultiſſima. 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 excipiat, cui deinde teſtes omnes & tabularius ſubſcribant, eamque obſignent, uti fit in teſtamentis ſcriptis, aut ſi prius teſtamentum ſuum ſcripto comprehendi curavit, ut tabularius coram teſtibus eam ſcripturam palam legat, eaque lecta cæcus teſtetur hanc ſuam voluntatem eſſe; deinde omnes ſubſcribant & ſignent. Ubi hæc ſingularia notanda. 1. Quod non ſufficit voluntatis nuncupatio, niſi & ſcriptura accedat. 2. Adhibitio octavi teſtis, qui teſtamentum ſcribat, aut antea ſcriptum recitet. 3. Quod is teſtis debeat eſſe tabularius publicus, ſi ejus copia eſt. 4. Omnium ſubſcriptio & ſubſignatio.

TEXTUS.

De eo, qui eſt apud hoſtes.

5. Ejus, qui apud hoſtes eſt, teſtamentum, quod ibi fecit, non valet, quamvis redierit. Sed quod, dum in civitate fuerat, fecit, ſive redierit, valet jure poſtliminii; ſive illic deceſſerit, valet ex lege Cornelia.

NOTÆ.

5. *Quamvis redierit*] *l. 8. h. t.* nam poſtliminio non vitiatur Catonis regula. Codicilli autem ſcripti in captivitate ab eo, qui in civitate teſtamentum fecerat, eo reverſo convaleſcunt, quia principium eorum jam in civitate conſtitutum erat, nempe teſtamentum, quo confirmati ſunt, *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.*

COMMENTARIUS.

1. *Etſi teſtamentum apud hoſtes factum jure poſtliminii non convaleſcat, codicillos tamen ibi factos convaleſcere.*
2. *Hodie in orbe Chriſtiano hujus §. uſum non eſſe, præterquam ſecundum quoſdam, ſi qui à Turcis, &c. capti fuerint.*

QUi *apud hoſtes eſt*] *l. 8. hoc tit.* Ratio manifeſta eſt, quia captus jure belli ſervus fit hoſtium: ut autem teſtamentum conſiſtat, neceſſe eſt teſtatorem jus teſtandi habere, cum teſtamentum facit; nec poſtliminio vitiatur regula Catoniana. Sed nec obſides, niſi eis permittatur, teſtamentum facere poſſunt, quia velut pignoris jure tenentur, & fiſcus eorum bona occupat. *l. 11. hoc tit. l. 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 exteros legatione funguntur. *l. 11. in pr. & §. 1. hoc tit. & ib.* Cujac. add. Graſſ. §. *teſtamentum. quæſt. 25.* Vaſq. 3. *contr. 103. num. 1.* VINN. Immo & capti in bellis civilibus, *l. 21. §. 1. ff. de capt. & poſtl.* Hi enim non fiebant ſervi, ſed proſcribebantur, quod eſt inventum Sullæ. Vellej. *lib. 11, 28.* HEIN.

Sed quod dum in civitate, &c.] Teſtamentum ante captivitatem recte factum, etſi re ipſa irritum fit captivitate, fictione tamen juris ſuſtinetur. Eſt autem duplex in hac re fictio; poſtliminii & legis Corneliæ, *l. 6. §. pen. de injuſt. rupt. teſt.* illa ſi captus redierit, locum habet; hæc ſi in captivitate deceſſerit. Illa fingit retro in civitate teſtatorem fuiſſe; hæc retro in civitate deceſſiſſe. Imperatores in *l. 9. C. de poſtlim. rev.* inconſiderate tribuunt legi Corneliæ quod eſt juris poſtliminii. Quærat autem aliquis, cur cum poſtliminio reverſus fingatur ſemper in civitate fuiſſe, & ita habeatur, ac ſi medio tempore nulla captivitas interceſſiſſet, non convaleſcat poſtliminio teſtamentum, quod quis tempore captivitatis fecit? Reſp. quia quod non eſt ante captivitatem, id nec poſtliminium habere poteſt. Non obſtat, quod codicilli in captivitate ſcripti ab eo, qui in civitate teſtamentum fecerat, eo reverſo jure poſtliminii convaleſcant: nam eorum principium & firmamentum jam in civitate conſtitutum eſt; nimirum ipſum teſtamentum, quo confirmati ſunt, *l. 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 hær. inſt. §. in extraneis. 4. inſt. de hær. qual.* ac proinde videri ſupervacuam 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 omnib. 18. & paſſim. de capt. & poſtlim. & C. eod. §. ſi ab hoſtibus. 5. ſup. quib. mod. jus pat. pot. 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. VINN. Immo probabilius eſt, legem hanc Corneliam non aliam eſſe ac illam Cornelii Sullæ teſtamentariam, cujus meminit Cic. *in Verr. lib. I.*

cap. 42. Et ita Hotomano quoque videtur. Potuit ea lex & de poſtliminio aliquid ſanxiſſe, adeoque fortaſſis culpa vacant Imperatores in *l. 9. C. de poſtl. reverſis*, ubi inconſideratè legi Corneliæ tribui ait Vinnius quod ſit juris poſtliminii. Poſtliminii ſanè jus non ſolum moribus, ſed & legibus conſtitutum dicitur.
2 *l. 19. ff. de capt. & poſtlim.* HEIN. Hodie in orbe Chriſtiano nullus hujus §. uſus eſt, niſi in iis, qui à Turcis aut id genus aliis Barbaris capti ſunt. Nam cum, quod olim tantum obtinebat in bellis civilibus, *l. ſi quis.* 21. §. 1. *de capt. & poſtlim.* nunc inter Chriſtianos conſuetudine generali invaluerit, ut bello capti ſervi hoſtium non fiant, ſed liberi & cives maneant, ac jus ſit pretio eos redimere, poterunt etiam, dum apud hoſtes ſunt, teſtari, *arg. l.* 13. *hoc tit.* Alc. *ad l. hoſtes.* 118. *de verb. ſign.* Duar. *ad tit. qui teſt. fac. pag.* 318. Graſſ. *d. quæſt.* 25. Zypæ. *not. jur. Belg. de teſtam.* Sande *lib.* 4. *tit.* 1. *defin.* 2. Nonnulli idem juris habere etiam à Turcis captos exiſtimant. Covar. *c. peccatum. p.* 2. §. 11. *num.* 6. Cyprian. *cenſ. Belg.* Groenew. *de ll. abrog. hic.* Illud etiamnum obſervatur, quod transfuga jus teſtandi non habeat, nam quoniam jura civium amittit, hoſtium numero habetur, *l. poſtliminium.* 19. §. *transfugæ.* 4. *de capt. & poſtlim.* Jac. Verwey *art. teſt. cap.* 4. Sande *ubi ſup.*

TITULUS DECIMUSTERTIUS.

DE EXHÆREDATIONE LIBERORUM.

Dig. Lib. 28. *Tit.* 2. *C. Lib.* 6. *Tit.* 28. 29. *Nov.* 115.

Ratio ordinis, & argumentum tituli.

HActenus de perſonis, quibus jure publico poteſtas teſtamenti faciendi data aut denegata eſt; item de modo teſtandi, ſive externis teſtamenti ſolennitatibus, comparatis ad firmandam teſtationis fidem. Sequitur tertium, res quas in ipſo teſtamento inſeri & caveri oportet, ut juſtum ratumque habeatur; quam intrinſecam 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. har. inſt. vel exhar.* 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 Hotomanni inſcriptio concipiatur, non eo minus proba erit, quod oſtendit ἐπιγραφὴ ejuſdem argumenti in Pand. & *d. l. inter cætera.* 30. 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.* 11. *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 omiſſæ idem ſemper effectus: ritu quoque variabat pro ſexu, pro gradu, prout nati jam liberi, aut nondum nati eſſent tempore facti teſtamenti: quæ omnia diligenter hic Imperator exequitur: deinde ſubjicit, quid ipſe novi juris conſtituerit? Ad extremum agit de præteritione, quæ vim exhæredationis habet. Continet autem hic titulus principia magnarum & difficillimarum quæſtionum juris, qua veteris, qua novi, eoque diligentem atque accuratam deſiderat partium omnium interpretationem.

TEXTUS.

Jus vetus, de liberis in poteſtate.

Non tamen, ut omnino valeat teſtamentum, ſufficit hæc obſervatio, quam ſupra expoſuimus: ſed qui filium in poteſtate habet, curare debet, ut eum hæredem inſtituat, vel exhæredem eum nominatim faciat. Alioqui ſi eum ſilentio præterierit, inutiliter teſtabitur: adeo quidem, ut ſi vivo patre filius mortuus ſit, nemo hæres ex eo teſtamento exiſtere poſſit: quia ſcilicet ab initio non conſtiterit teſtamentum. Sed non ita de filiabus, & aliis per virilem ſexum deſcendentibus liberis utriuſque ſexus antiquitati fuerat obſervatum: ſed ſi non fuerant ſcripti hæredes ſcriptæve, vel exhæredati exhæredatæve teſtamentum quidem non infirmabatur, jus tamen accreſcendi eis ad certam portionem præſtabatur. Sed nec nominatim eas perſonas exhæredare parentibus neceſſe

ceſſe erat, ſed licebat inter cæteros hoc facere. Nominatim autem quis exhæredari videtur, ſive ita exhæredetur: Titius filius meus exhæres eſto: *ſive ita:* Filius meus exhæres eſto, *non adjecto proprio nomine, ſcilicet, ſi alius filius non extet.*

NOTÆ.

De exhæredatione] Exhæredatio eſt hæreditatis lege datæ ademptio: unde ſolis de ſuis hæredibus proprie dicitur, de aliis per abuſionem. Aliis hæreditas defertur tantum, ſuis etiam datur. §. 2. *inf. de hær. qual.*

Non ſufficit hæc obſervatio] In modo ſc. teſtandi & ſolennitatibus comparatis ad firmandam teſtationis fidem, de quo *ſup. tit.* 10.

Vel exhæredem faciat] de quo idcirco etiam inter cætera, quæ ad ordinanda teſtamenta pertinent, præcipiendum fuit. *l.* 30. *ff. de lib. & poſt.*

Inutiliter teſtabitur] *d. l.* 30. Plane ſi filius patri ſuperſtes bonis paternis ſe abſtineat, voluntas ex bono & æquo ſuſtinebitur. *l.* 17. *de injuſt. rupt.*

Vivo patre mortuus] *l.* 7. *h. t.* 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. t.*

COMMENTARIUS.

1. *Filio, qui in poteſtate eſt, præterito, teſtamentum jure civili prorſus inutile & nullius momenti eſſe: ac quatuor conſectaria inde deducta.*
2. *Filia & nepotibus ex filio præteritis, jure antiquo teſtamentum ſubſtitiſſe, dato his jure accreſcendi ſcriptis hæredibus.*
3. *Ad quam portionem hæ perſonæ præteritæ ſcriptis hæredibus accreverint?*
4. *An eas præteritas ad bonorum poſſeſſionem contra tabulas prætor admiſerit?*
5. *Filiam & nepotes ex filio exhæredatos, licet non nominatim, neque jus accreſcendi habuiſſe, neque à prætore ad contra tab. bon. poſſeſſionem vocatos; modo cæteræ leges exheredationis obſervatæ fuiſſent.*
6. *An teſtamentum, in quo filius præteritus eſt, prorſus inutile ſit & jure prætorio.*
7. *Filio præterito ſe abſtinente prætorem habere rationem teſtamenti, etiam cum extranei inſtituti ſunt.*

REfertur hic differentia, quæ in re propoſita olim obſervabatur in ſexu & gradu liberorum jam natorum. Meliore cæteris jure erat filius in poteſtate conſtitutus: ſiquidem hic ſolus à patre neceſſario aut hæres inſtituendus aut exhæredandus erat, ut teſtamentum ſubſiſteret, quod alioqui jure civili prorſus inutile erat & nullius momenti. *l. inter cætera.* 30 *hoc tit. l.* 1 *filio.* 17. *de injuſt. rupt. teſt. & hoc text.* Huic autem juri conſequens eſt, primum, quod etiam hic expreſſit Juſtinianus, ex tali teſtamento hæredem non poſſe exiſtere, etiamſi filius præteritus vivo adhuc patre deceſſerit, propter regulam Catonianam, quæ ſic definit: *Quæ inſtitutio inutilis foret, ſi ſtatim poſt teſtamentum factum deceſſiſſet teſtator, ea non debet ideo valere, quia diutius vixerit. l.* 1. *de reg. Cat. l. pen. de reg. jur.* §. *an ſervo.* 32. *inf. de legat.* & generaliter quod initio vitioſum eſt, non poteſt tractu temporis convaleſcere, *l. quod initio.* 29. *de reg. jur.* §. 2. *de inut. ſtip.* 2. Per hujuſmodi teſtamentum non rumpi id, quod antea à 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 præteritus ſit, nec ne, non ex legati datione, ſed ex inſtitutione aut exhæredatione æſtimatur, præteritique omnes in hac materia habentur, qui neque hæredes inſtituti, neque ut oportet, exhæredati ſunt, §. *eadem.* 12. *inf. de hær. ab int.* 4. Quod etiamſi filius vel ante teſtamentum vel in ipſo teſtamento præteritioni conſenſerit, nihilo tamen magis ſubſiſtere poſſit. Verum enim non eſt, quod Clar. §. *teſtamentum. q.* 43. *n.* 3. exiſtimat, jus hoc ob ſolum favorem filii conſtitutum eſſe, cui ille renunciare poſſit. Imo forma paterni teſtamenti jure publico præſcripta 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. præt. defin.* 6. Chriſtin. *vol.* 4. *deciſ.* 19. *n.* 4.

Exhæredem eum nominatim faciat] Non quævis exhæredatio ſummovebat liberos ab hæreditate patris, ſed quæ ritè facta eſſet: non ritè exhæredati pro præteritis 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 exhæredaretur, quod in reliquis non erat neceſſarium, ut ſtatim audiemus. Cicero *lib.* 1. *de Orat. cap.* 38. *Quem pater neque hæredem neque exhæredem ſcripſit nominatim.* VINN. Ex hoc loco patet, jam Ciceronis ævo ab uſu quodammodo receſſiſſe promiſcuam illam exheredandi prætereundique liberos libertatem, quæ olim ante & poſt XII. tabulis competebat. Vid. *l.* 11. *ff. de lib. & poſtum.* Liv. *lib.* 1. *cap.* 34. Adde V. C. Schulting. *Jurisp. vet. antejuſtin. p.* 638. HEIN.

Sed non ita in filiabus & aliis per virilem ſexum deſcendentibus] Non uti olim filio, ita & filia, aut nepote a nepteve ex filio, (ex filia nati huc non pertinent, §. *ult. inf. eod.*) præteritis teſtamentum inutile erat: ſed firmo manente teſtamento jus accreſcendi ad certam portionem his dabatur, ut, quaſi & ipſi ſcripti ſcriptæve eſſent, numerum hæredum augerent. *l. ult. C. hoc tit.* Ulp. *tit.* 22. §. 12. 15. & 16. Accreſcebant autem hæ perſonæ hæredibus ſcriptis cum damno, hoc eſt, portionem hæreditatis accreſcendo iis auferebant; ut longè diverſum hoc jus fuerit ab eo jure accreſcendi, quo res accreſcunt; quod fit cum emolumento, cum ſcilicet non petentium partes accreſcunt petentibus, ſeu portio omiſſa portioni agnitæ; de quo, volente Deo, tractabimus §. *ſi eadem.* 8. *inf. de legat.* Ad quam 3 partem hæredibus inſtitutis accreverint, docet Ulp. *d. tit.* 22. §. *ex ſuis.* 14. *Scriptis*, inquit, *hæredibus accreſcunt, ſuis quidem hæredibus in partem virilem, extraneis in partem dimidiam*; atque ita quoque Cajus *l. b.* 2. *tit.* 3. §. 1. & Theoph. *hic.* Et notandum eſt, ita jus fuiſſe non tantum, cum ſoli aut ſui aut extranei ſcripti eſſent; ſed etiam cum permixtim. Finge, extraneum

una

una cum filio æquis partibus hæredem inſtitutum; hic filia, ſi præterita erat, ſingulis accreſcebat ad virilem. Quod ſi plures extranei pluresque ſui ſcripti fuerant, extraneis accreſcebat ad dimidiam, ſuis ad virilem. Item ſi duo filii, unus extraneus, huic ad ſemiſſem, illis ad trientem: atque ita ex accidente eveniebat, ut plus conſequeretur filia præterita, quam filius aut filii inſtituti: quod apertè 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* 4 *tertiam, extraneis dimidiam tollit.* Cum igitur filiabus & nepotibus ex filio præteritis hoc remedio conſultum fuerit jure civili, quæritur an etiam eo omiſſo bonorum poſſeſſionem contra tabulas petentes admiſerit prætor? Et D. Bachovius putat, magis eſſe, ut prætor eos excluſerit: quod perſpicuè falſum eſt. Etenim prætorem nihil aliud conſideraſſe legimus, quam an liberi præteriti eſſent, an exhæredati, ſummotiſque exhæredatis 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 ſucceſſionis ab inteſtato, quod liberi omnes ſine diſcrimine ſexus aut gradus ex lege duodecim tabularum habent, ſecutos. Sed quid argumentis opus eſt? Textus eſt apertus in *l. ult. circa pr. C. hoc tit.* verba ſunt, *Ex prætore autem habebat* (filia præterita) *contra tabulas bonorum poſſeſſionem in totum.* & iterum paulo poſt; *Cum enim per contra tabulas bonorum poſſeſſionem, vel jus accreſcendi, ſemiſſem ſubſtantiæ filia præterita accipiebat. &c.* Ait autem nunc *ſemiſſem*, quia ante dixerat conſtitutione Antonini beneficium prætoris coarctatum fuiſſe ad quantitatem portionis, quam jure civili filiæ præteritæ accipiebant, ſcriptis hæredibus accreſcentes. At cur filius præteritus teſtamentum valere non patiebatur, filia & nati ex filio non rumpebant? Differentiæ rationem ſubobſcurè indicat Ulpian. *l.* 8. §. 1. *de injuſt. rupt. teſt. Filia vel nepos*, inquit, *quia, cum emancipantur, una emancipatione exeunt de poteſtate, teſtamentum non rumpunt.* Quorum verborum hic ſenſus eſt, mirandum non eſſe, ſi jus civile facilius præteriri filiam nepotemve ex filio patiatur, quam filium: quippe filium arctiore neceſſitudine eo jure conſtringi cum patre, quàm filiam aut nepotem cum patre aut avo; id ex eo conſtare, quod ille tribus demum mancipationibus & manumiſſionibus, hi una de poteſtate exeunt: videſis, quæ notavimus ad §. *præterea.* 6. *ſup. quib. mod. jus pat. pot. ſolv.*

5 *Licebat inter cæteros hoc facere*] Græci ἀοριστως, hoc ſcil. modo, *Titius filius meus hæres eſto: cæteri exhæredes ſunto.* Gregor. Naz. in ſuo teſtamento οἱ δὲ λοιποὶ πάντες ἔστωσαν ἀποκληρονόμοι. Effectus hic erat, ut ita exhæredati exhæredatæve 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 inofficioſum dicerent, ſi nec quartam debitæ portionis accepiſſent. *l.* 8. §. *quoniam.* 8. *de inoff. teſt. l. ult. C. hoc tit.* Cæteras leges exhæredationis, ut purè fiat, *l.* 3. §. 1. *eod.* junct. *l. ſed ſub.* 18. *cont. tab.* ut ſimpliciter, non ex re 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 exhæredationem factam & pro præteritione habitam fuiſſe. Illud conſtat, non eo minus exhæredationem ritè factam ex ratione juris veteris intelligi, & teſtamentum ſubſiſtere, quod cauſa exhæredationis teſtamento expreſſa non eſt, cujuſcumque generis ſint liberi exhæredati: ac proinde etiam prætoris beneficium hic ceſſare, ſolamque relinqui exhæredatis querelam inofficioſi. 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 reſpondetur, nullum exhæredatum eſſe, *l.* 2. *hoc tit.* Demonſtratio autem ac definitio ſufficit, quamvis nomen taceatur, aut etiam filium dicere pater pepercerit; veluti ſi ex Seja natum dixerit, aliterve eum deſcripſerit, vel cum convitio, *l.* 3. *pr. eod.* Nam ſermo omnis, ut in univerſum dicam, quo dilucidè deſignatur perſona, de qua quis loquitur, exhæredationem nominatim facit. *arg. l. nominatim.* 34. *de cond. & dem.* Summa igitur diſcriminis, quod inter liberos jam natos fuit, hæc eſt; quod præteritio filii teſtamentum infirmabat; quod non nominatim exhæredatus pro præterito habebatur; at cæteri præteriti manente teſtamento ſcriptis hæredibus accreſcebant, & quamvis non nominatim exhæredati, tamen ſi cætera obſervata eſſent, pro ritè exhæredatis habebantur. Nondum me hinc abire ſinunt interpretes. 6 Illud prius inveſtigandum eſt, an ut teſtamentum, in quo filius eſt præteritus, nullum eſt jure civili, ita quoque vim nullam habeat jure prætorio? Et video, maximam partem cenſere tale teſtamentum neutro jure ſubſiſtere, atque in totum tam jure prætorio, quam civili improbari, Cyn. Bald. Caſtr. *in l.* 2. *C. de bon. poſſ. cont. tab.* Clar. §. *teſtamentum quæſt.* 43. *n.* 1. Gomez. 1. *var. reſ. c.* 11. *n.* 5. quam ſententiam prolixè tuetur Ant. Fab. 9. *conj.* 14. *& decad.* 37. *err.* 5. *&* 6. Argumentum eorum præcipuum eſt, quod in caſu propoſito etiam prætorio jure ſuccedatur ab inteſtato, hoc eſt, filio præterito detur bonorum poſſeſſio unde liberi, *l. uli. hoc tit. l.* 1. §. *ult. ſi tab. teſt. null. ext.* quaſi nec prætor hic ullas tabulas agnoſcat. Sed verior eſt ſententia Gloſſ. *in d. l.* 2. *C. cont. tab.* quam & Bart. *ibid.* probat; item D. Vigl. *hic.* Govean. 1. *var. lect.* 5. Vaſq. 3. *controv. illuſt.* 100. *& lib.* 2. *de ſucc. creat.* §. 28. *num.* 138. *& ſeqq.* tale teſtamentum jure prætorio nullum non eſſe. Rationes hæ ſunt. 1. Quoniam filius præteritus rectè petit bonorum poſſeſſionem contra tabulas, *l.* 1. *de bon. poſſ. cont. tab.* §. 1. *inf. de bon. poſſ.* ut proinde neceſſe ſit tabulas aliquas jure prætorio intelligi. 2. Quia ſcriptis in eo teſtamento hæredibus datur bonorum poſſeſſio 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 ſeptem teſtium ſignis ſignatum ſit, licet ſolemnia quædam jure civili requiſita deſint. Ulpian.

tit.

tit. 28. §. *etiamſi.* 6. 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. poſtumus.* 12. *in fin. pr. l. filio.* 17. *de injuſt. rupt. teſt. l.* 12. §. 1. *de bon. poſſ. cont. tab.* Ad argumentum autem modo propoſitum commode reſponderi poteſt, prætorem ita eſſe proprii juris auctorem, ut ſimul etiam ſit cuſtos juris civilis, quod etiam ſequatur, ſi quando potentius jus eſt ejus, qui jure civili vocatur. Nec magis abſurdum videri debet, eo jure dici teſtamentum valere, quo etiam ſucceditur ab inteſtato, quam bonorum poſſeſſionem, & ſecundum & contra tabulas eodem jure dari. Nimirum non uno modo, nec ſimul omnibus Prætor conſulit, ſed ſucceſſivè: & quia prior ac potentior eſt conditio liberorum præteritorum in petenda bonorum poſſeſſione contra tabulas, hoc prius admittit: quod ſi illi deceſſerint, aut petere neglexerint, nihil abſurdi ſe facturum 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 cuſtos & adminiſter juris civilis, *l. ult. hoc tit. l.* 1. §. *ult. unde liberi.* 7 Plane ſi filius præteritus ultro ſe bonis paternis abſtineat, hic jam fatentur interpretes Prætorem hujus teſtamenti rationem habere, & ſcriptis in eo 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. quæſt.* 43. *n.* 3. Veriſſima ſententia, ſed à pleriſque 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, Prætorem velle, ſi bonorum poſſeſſio contra tabulas à liberis præteritis occupata non ſit, eam ſecundum tabulas reverti ad hæredes ſcriptos, ſine ulla qualitatis 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 Prætore accepit, efficietur ſine re, ſive proximus ab inteſtato ſive extraneus ſcriptus ſit, ubi ſcilicet filius jure ſuo uti volet; quippe cujus jus potentius 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.* 5. Verum enim eſt, eo jure teſtamentum nullum eſſe. Sed & prætorem exiſtimo proximos hic prælaturum ex edictis. *Unde legitimi* & *Unde cognati.* Quapropter rariſſimè & uno duntaxat caſu fit, ut extranei bonorum poſſeſſionem cum re conſequantur, ſi videlicet proximi ab inteſtato ſuo jure uti nolent, quæ cauſa eſt, quod in hac diſputatione conditio additur in *fin. pr. d. l. poſtumus.* 12. *de injuſt. rupt. teſt. ſi bonorum poſſeſſio data fuerit ei, qui rem ab inteſtato auferre poſſit.* Atque ad hunc fermè modum etiam differit D. Bachov. *in* §. *non tamen.* 6. *inf. quib. mod. teſt. inf.* Ant. Faber parum hic ſibi conſtat, ut videre eſt *lib.* 1. *conjecт.* 19. *& lib.* 9. *c.* 14.

TEXTUS.

De Poſtumis.

1. *Poſtumi quoque liberi vel hæredes inſtitui debent vel exhæredari. Et in eo par omnium conditio eſt, quod & filio poſtumo, & quolibet ex cæteris liberis, ſive fœminini ſexus ſive maſculini, præterito, valet quidem teſtamentum, ſed poſtea agnatione poſtumi ſive poſtumæ rumpitur, & ea ratione totum infirmatur. Ideoque ſi mulier, ex qua poſtumus aut poſtuma ſperàbatur, abortum fecerit, nihil impedimento eſt ſcriptis hæredibus ad hæreditatem adeundam. Sed fœminini quidem ſexus perſonæ vel nominatim vel inter cæteros exhæredari ſolebant: dum tamen, ſi inter cæteros exhæredarentur, aliquid eis legaretur, ne viderentur præteritæ eſſe per oblivionem. Maſculos vero poſtumos, id eſt, filios & deinceps, placuit non aliter rectè exhæredari, niſi nominatim exhæredarentur, hoc ſcilicet modo,* Quicunque mihi filius genitus fuerit, exhæres eſto.

NOTÆ.

1. *Poſtumi*] Poſthumi, vel potius poſtumi, ut ſcribendum docet Grot. *ſpar. flor. ſup. ad tit. qui teſt. tut. dar.* dicuntur, qui poſt mortem patris naſcuntur, *l.* 6. *de inoff. teſt. l.* 3. §. 1. *de injuſt. rupt.* Plutarch. *in Coriol. & Syll.* Amm. Marcell. *lib.* 21. *Uxorem prægnantem reliquit, unde edita poſtuma.*

Totum infirmatur] Neque hoc mutatum *Nov.* 115. *c.* 3. ut falſo exiſtimat Pac. igitur poſtumi cujuſcunque ſexus aut gradus præteriti agnaſcendo rumpunt: filiæ & 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. t.* Quod ſi poſtumus præteritus vivo patre natus deceſſerit, datur ſcripto hæredi bonorum poſſeſſio ſecundum tabulas. *l.* 12. *de injuſt. rupt.*

COMMENTARIUS.

1. *Cur in postumis non distinguatur sexus & gradus, quoad necessitatem exhæredandi?*
2. *Cur placeat postumis præteritis testamentum ab initio valere?*
3. *Quam rationem habeat, quod filia postuma inter cæteros non rectè exhæredabatur absque legato?*
4. *Quam item, quod nepotes postumi etiam nominatim exhæredandi?*

DIctum est de liberis suis hæredibus, qui tempore testamenti facti jam nati sunt: sequitur de postumis, quo verbo hic intelliguntur omnes, qui nondum nati sunt eo tempore, quo parens testamentum condit; quamvis eo adhuc vivo postea nascantur. *l.* 3. §. 1. *l.* 12. *in pr. de injust. rupt. test.* Inter hos & liberos jam natos quadruplex discrimen hic animadvertitur. Primum est, quod postumis præteritis, cujuscunque gradus aut sexus sint, testamentum ab initio jure consistat, cum præterito filio superstite testamentum injustum sit & nullum, *l.* 1. *& d. l.* 3. §. 3. *de injust. rupt.* Secundum, quod postumi omnes, sive masculi sive fœminæ, si hæredes non instituantur, exhæredandi sunt; præteriti agnascendo testamentum rumpunt & totum infirmant; filiæ autem natæ & nepotes ex filio præteriti non rumpunt, sed scriptis hæredibus ad certam portionem accrescunt, ut dictum §. *prac.* Tertium, quod postumis filiabus inter cæteros exhæredatis pater aliquid legare cogitur, jam natis non item. Quartum quod postumi 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 postumi præteriti, & jam nati, qui præteritus testamentum subsistere non patitur: item filiarum nepotumque postumorum, & superstitum, qui præteriti testamentum non rumpunt, *l.* 8. §. 1. *de injust. test.* Cajus *lib.* 2. *tit.* 3. §. 2. Cur vero sexus & gradus non æquè in postumis distinguitur, ut in liberis natis, placetque non minus, agnatione filiæ postumæ præteritæ, aut nepotis, quam filii, testamentum rumpi? Nimirum cum benigne atque humaniter, quoad fieri potest, de parentum in liberos voluntate sentiendum sit: judicarunt consulti, testatorem vel ignorasse conceptionem, vel conceptum & nondum editum per oblivionem præteriisse. Adhæc incertum est, filius in utero sit, an filia. 1

Abortum fecerit] Hinc petenda ratio, cur postumo 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 hactenus ergo nec pro nato habetur; frustraque objicitur, eum, qui in utero est, quoties de commodo ejus agitur, pro eo qui in rebus humanis sit, haberi. *l.* 7. *l. pen. de stat. hom.* Nullum enim hic incommodum sentit, cum statim ut editus est testamentum rumpat: & regula ista sic temperanda est, si modo postea nascatur: tunc enim fictione juris nativitas retrotrahitur. Quamdiu vero quis in utero est 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 etsi mulier monstrosum aliquid aut prodigiosum enixa sit, placet testamentum non rumpi, *l.* 3. *C. de post. her.* quia liberi non sunt, qui contra formam humani generis procreantur, *l.* 14. *de stat. hom.* 2

Sed fœminini quidem sexus persona, &c.] Quanquam ad necessitatem exhæredandi quod attinet, par omnium postumorum conditio erat, nec sexus in postumis distinguebatur; in forma tamen exhæredationis aliqua erat jure antiquo differentia inter mares postumos & fœminas: nam illi omnes non nisi nominatim recte 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. §. *postumus.* 21. Qua in re etiam elucet insignis differentia inter exhæredationem postumarum & filiarum superstitum: hæ enim & sine legato inter cæteros exhæredari poterant; illæ non poterant, ne, ut ait hic Imp., viderentur præteritæ per oblivionem. Quippe pro postuma dici potest, generalem clausulam ad eam non pertinere, cum potius præsumendum sit, patrem ignorasse eam esse in utero: & ideo ignoratione potius præteriisse, quam, clausula illa, *inter cæteros*, voluisse exhæredari: uti semper benigne judicandum est de patrum erga liberos voluntate, quoad facultas fert. De filia autem superstite; quam natam pater novit, dubitari non potest, quin pater cogitaverit, & tacitè eam comprehenderit sub simplici & indeterminata exhæredatione: uti & de postuma, 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, *Postumi virilis sexus nominatim exhæredandi sunt*, Tribonianum, ut inserviret constitutioni Justiniani, de qua dicendum infra §. *sed hæc.* 5. sic immutasse, *Postumi per virilem sexum descendentes.* 3

Filios & deinceps] Certum est verbo *deinceps* intelligi nepotes postumos 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 exhæredatio, 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 & superstites filiæ. §. *prac.* Ulp. *d. tit.* 22. Nepotes autem postumi utrisque 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 postumam à nata separare. Deinde notanda etiam differentia inter postumos nepotes, & postu- 4

mas

mas filias, quæ inter cæteros rectè exhæredabantur, utique legato honoratæ; cum nepotis postumi exhæredatio nominatim facienda esset, nec sufficeret inter cæteros exhæredato legatum adscripsisse. Atenim inquies, cum nepotes nati eodem jure cum filiabus natis uterentur, cur non similiter placuit, nascituros eodem jure uti, quo utebantur filiæ nascituræ? Jason apertè, & cum eo tacitè Viglius, fatentur, se hujus rei rationem ignorare: & sane, quod D. Hotomannus putat, ubi legatum adscriptum est, non potest esse locus benignæ præsumptioni de alia voluntate parentis, quasi hunc postumum nepotem non tam excludere voluisse videri debeat, quam per errorem præteriisse. Una illa ex pluribus, quas affert D. Wesembecius maximè probabilis est, quod etsi legatum avus adjecerit, nisi tamen nominatim postumum nepotem exhæredaverit, videri possit & debeat de postuma filia potius nascitura, (quæ inter cæteros cum adjectione legati exhæredari solita erat,) quam de postumo masculo cogitasse, spe propagationis nominis & familiæ suæ: cujusmodi voluntatis conjecturam non admittunt nepotes nati. Quid ergo est, quod Ulpian. *d. tit.* 22. §. *nepotes.* 22. scribit, nepotes & pronepotes cæterosque masculos postumos præter filium, vel nominatim, vel inter cæteros cum adjectione 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 postumos sic ut filias postumas exhæredari: cæterum propter benignam illam, quam dixi, in dubio voluntatis interpretationem aliud receptum fuisse. VINN. Acutior est ratio hujus discriminis, quam adfert V. C. Schulting. *ad* Ulpian. *l. c. p.* 641. quod jus circa feminas constitutum originem debeat rationibus Voconianis. HEIN.

Quicunque mihi filius] Positum exempli causa: ne quis ex hoc loco colligat, nepotem appellatione filii contineri etiam in re odiosa. Utendum autem necessario generali demonstratione, cum speciali nomine aut signo postumus demonstrari nequeat. An adhuc hodie postumi, & præsertim post *Nov.* 115. *c.* 3. exhæredari cum aliquo effectu possint, alibi videbimus.

TEXTUS.

De quasi postumis.

2. *Postumorum 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 filius gradu præcedit, is solus jura sui hæredis habet; quamvis nepos quoque & neptis ex eo in eadem potestate sint. Sed si filius ejus vivo eo moriatur, aut qualibet alia ratione exeat de potestate ejus, incipit nepos neptisve in ejus locum succedere, & eo modo jura suorum hæredum quasi agnatione nanciscitur. Ne ergo eo modo rumpatur ejus testamentum, sicut ipsum filium 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 postumorum demonstratur.*

NOTÆ.

2. *Quamvis nepos quoque*] §. 2. *inf. de hær. quæ ab int.* §. 2. *inf. de hær. 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.

Lege Julia Velleja] Cujus legis caput secundum, relatum 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 commistis: belle Fabrot. *ad Theoph.*

COMMENTARIUS.

1. *Quasi postumorum varia genera.*
2. *Qui agnascendo, qui succedendo seu quasi agnascendo rumpant?*
3. *Cur plus tributum nepti quasi postumæ, quam filiæ aut nepoti, qui tempore testamenti avo proximus est?*
4. *Jus antiquum circa institutionem & exhæredationem postumorum.*
5. *Quid Gallus Aquilius circa nepotis postumi institutionem introduxerit?*
6. *Quid lex Velleja permiserit non permissum jure antiquiore?*

SI cui religio est scribere *posthumus*, is per me licet sine H. scribat *Postumus*, cum Cujacio *lib.* 3. *obs.* 4. *& in comment. ad l. Gallus.* 29. *hoc tit.* Illud tamen tenendum est, postumos 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, postumos à Romanis appellatos τὰς ὕστερον τῆς πατέρων τελευτῆς γενομένας; uti & *in Coriolano.* Et ideo Græcis interpretibus dicti κυοφορήμενοι, 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 postumorum, cœperunt duo quodammodo esse postumorum

1 genera; unum eorum qui verè & propriè poſtumi ſunt & dicuntur, videlicet qui naſcuntur poſt mortem parentum, alterum, qui impropriè & ſecundum quid, nempe quoad effectum rumpendi teſtamentum, ſi non ſint inſtituti aut exhæredati, quos quaſi poſtumos & poſtumos Vellejanos appellare poſſumus. Sed & in his, qui poſt factum teſtamentum adoptantur, quæ in manum conveniunt, in filio, qui ex prima ſecundave manumiſſione in poteſtatem patris revertitur, ſimilitudo quædam agnationis ſuorum hæredum eſt, & præteriti inſtar poſtumorum teſtamentum rumpunt, Ulp. *tit.* 23. §. 2. Cajus *lib.* 2. *tit.* 3. §. 4. *l. filio.* 23. *hoc tit.* junct. §. 1. *inf. quib. mod. teſt. inf.* Eſt & poſtumus Cornelianus, qui capto ab hoſtibus patre natus eſt in civitate: de quo in *l.* 15. *de injuſt. rupt. teſt. l. qui bona.* 22. §. *ult. de capt. & poſtlim.* Ant. Fab. 10. *conj.* 9. & 10. ubi diſputat, an hic poſtumus & Vellejanus dici poſſit. Deſcriptus ferè ad verbum hic locus eſt ex Cajo *l. poſtumor.* 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 poſtumus aut poſtumi loco habetur, qui in jus ſui hæredis ſuccedit, ita & ſucceſſio ejus velut quædam agnatio. Illi ad primum legis Vellejæ caput pertinent, *l.* 29. §. 12. *h. t.* hi ad ſecundum *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 ſucceſſionis præcedat: neque enim ad hoc ut quis jus ſui hæredis habeat, ſufficit in poteſtate eſſe, niſi ſimul proximum à defuncto gradum obtineat, hoc eſt, nemo eum in ſuo ordine antecedat. §. 2. *inf. de hær. qual. & diff.* §. 2. *inf. de hær. quæ ab int.* Et ideo nepos, quem pater præcedit, nec exhæredari ab avo debet, ſed firmum manet avi teſtamentum, in quo hic nepos præteritus eſt, ſi vivo filio, & in eodem ſtatu manente, avus deceſſerit. *l.* 6. *in pr. de injuſt. rupt. l.* 7. *unde lib.*

Sed ſi filius vivo eo moriatur] Filio de familia ſublato, ſtatim nepos ex eo in locum & gradum ejus ſuccedit, atque ita ſuccedendo in familia avi jus ſui hæredis quaſi agnatione nanciſcitur: quapropter ſi eo ſe tempore præteritum deprehendat, exemplo poſtumi teſtamentum rumpit. Unde qui filium atque ex eo nepotem in poteſtate habet, ei, ſi omnino ſecurè teſtari velit, neceſſe eſt etiam hunc nepotem, ſimiliter ut filium, hæredem inſtituere vel exhæredare; alioqui ſi contingat filium vivente adhuc patre ſuo mori, aliave ratione de familia exire, nepos mox patris locum occupans teſtamentum rumpet.

Ita & nepotem neptemve ex filio] Plus igitur tribuitur 3 huic nepti, quam filiæ, quæ præterita jure antiquo teſtamentum non rumpit. *ſup. eod. in pr.* Hoc ne cui mirum videatur, animadvertendum eſt, agi hic de nepte, quam pater tempore facti teſtamenti præcedebat, & quæ poſtea in illius ſublati locum ſuccedit inſtar poſtumæ. Itaque quod juris erat in filia poſtuma, ut præterita teſtamentum rumperet, id producendum erat ad hanc neptem, quaſi poſtumam, ſimili conjectura pietatis, quippe quam, ut credi par eſt, hæredem avus feciſſet, ſi tempore teſtamenti primum ab eo gradum obtinuiſſet. Eademque ratio eſt, cur neptis hæc meliore etiam conditione ſit, quam nepos, qui tempore teſtamenti avo proximus eſt: quod cum non animadverteret D. Viglius, credidit *in pr. 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 exhæredatione, quod ad neceſſitatem; at non in qualitate aut modo exhæredandi. Etenim cum neptis ex filio adſcendens in locum patris utatur jure poſtumæ, ſufficere debet indefinitè eam exhæredari, utique cum adjectione legati: quandoquidem non plus juris habet filia poſtuma. Enimvero nepotem, quem poſtumi jure uti placuit, eadem forma, qua filium, exhæredandum eſſe arguunt, quæ Imperator dixit in calce §. *præc.*

Lege Julia Velleja proviſum eſt] Legis hujus duo præcipua capita fuiſſe docet nos Scævola, *l. Gallus.* 29. §. *nunc de.* 11. *& ſeqq. hoc tit.* quorum uno permiſſum fuit, inſtitui poſtumos etiam alienos, dummodo ſui naſcerentur, licet vivo adhuc teſtatore: altero cautum, ne nepotes in locum ſui hæredis ſuccedentes teſtamentum rumperent, in quo ipſi inſtituti eſſent, vel exhæredati: cujus poſterioris capitis explicatio à Juſtiniano hoc loco tradita eſt verbis Caji in *l. poſtumorum.* 13. *de injuſt. rup. teſt.* Nihil adhuc intelligimus, niſi ſciamus, cur in eas res lata fuerit lex Velleja, & quid ea permiſerit non permiſſum jure antiquiore? Exponam autem paucis, quid in re obſcura ſentiam. Cum lege duodecim tabb. ita cautum eſſet; *Uti quiſque legaſſit ſuæ rei, ita jus eſto, l. verbis.* 120. *de verb. ſign.* 4 hæc legis verba, *uti legaſſit*, ſic prudentes interpretati ſunt, uti quiſque certo conſilio ac judicio ſtatuerit, decreverit, aut imperaverit, quid de re pecuniaque ſua poſt mortem ſuam fieri velit. Abſurdum enim viſum fuit, eam teſtatoris voluntatem jus facere aut ratam haberi, quæ nec conſilio nec judicio certo regeretur. Hinc ex ſententia legis perſona incerta, hoc eſt, quam incerta opinione animo ſuo teſtator ſubjiciebat, neque hæres inſtitui, neque legatum ex teſtamento capere poterat: §. *incertis* 25. *de legat. inf.* Ulp. *tit.* 22. §. 3. ubi & eandem hanc ejus rei ratio-

tionem reddit, quoniam certum esse debet consilium testantis. His porro consequens est, nec eum, qui in utero est, ex ejusdem legis sententia hæredem potuisse instituì, utpote qui & ipse persona incerta habebatur, aut ut Theophilus loquitur §. *alienus.* 26. *inf. de legat.* ἔοικε τοῖς ἀγνώστοις προσώποις, propterea, credo, quod incertum est, an nasciturus aliquando sit, nec ne; masculus, an fœmina; unus, an plures nascituri. Et quanquam quod ad legitimas hæreditates postumus 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 sive institutus, sive exhæredatus, sive præteritus esset is postumus, qui suus hæres testatori nasciturus erat, testamentum agnascendo rumperet, & in totum voluntatem testatoris everteret, paulatim disputatione fori introductum ad conservanda suprema hominum judicia, ut & in testamentaria successione postumi sui, hoc est, qui si tempore testamenti nascerentur, inter suos hæredes futuri & præteriti testamentum omnimodo rupturi essent, pro natis haberentur, instituique atque exhæredari possent: quod Cajus quodammodo significat *lib. 2. tit. 3. §. 2.* ubi de institutione & exhæredatione postumorum agens ait, in ea etiam re legitimè conceptos pro natis haberi. In alieno postumo nihil visum, cur à ratione juris veteris recederetur; quippe cujus institutio necessaria non est, cum natus testamentum nunquam rumpat. At enimvero quia fieri potest, ut qui tempore testamenti alienus est, suus tamen nascatur, atque ita rumpat, (nam cum quæritur, an testamentum agnatione rumpatur, non conceptionis tempus, sed nativitatis inspicitur,) Gallus 5 Aquilius induxit, (non legem ferens, ut perperam Viglius, sed quod nemo ante eum observaverat, ostendens) posse etiam eos postumos, & nimirum nepotes, qui testamenti quidem tempore alieni sunt, subducto autem patre sui hæredis avo nascerentur, hæredes instituì sine fraude ejus juris, quo placebat postumos alienos hæredes instituì non posse. Quam in rem concepit hujuscemodi formulam; *Filius meus hæres esto. Si filius meus vivo me morietur: tunc si quis mihi ex eo nepos post mortem meam in decem mensibus proximis, quibus filius meus moreretur, natus erit, hæres esto, l. Gallus. 29. h. tit.* Dices, nepotem hic institutum esse postumum alienum. Fatebor, si simpliciter consideretur ut postumus; quia si tempore testamenti facti nasceretur, non esset suus hæres avo testatori. Negabo, si ut postumus Aquilianus, sive eo modo, quo à Gallo instituitur, qui institutionem hujus nepotis confert in id tempus, quo suus erit: ea vis est articuli *tunc*, quod temporis extremitatem significat. *l. 4. §. 1. de cond. & dem.* Hoc igitur modo consideratus non alienus, sed suus est, & salva ratione juris veteris juxta formulam Aquilianam instituitur. Adhuc postumi vivo testatore nati institutio inutilis erat. Etenim cum ut postumos 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. Porro nec is postumus, qui tempore testamenti alienus erat, purè poterat instituì: 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 rumperet: fortassis, quia visum est non sufficere institutum esse, tanquam extraneum eum, qui tempore mortis testatoris reperitur suus. Tandem 6 etiam in istis omnibus testamentorum securitati prospectum est lege Julia Velleja: cujus legis, ut ante quoque diximus, duo capita fuerunt; quorum primo permittitur eorum postumorum institutio, qui vivis nobis sui nascituri sunt, ut etiam purè instituì possint; capite altero cavetur, ne nepotes jam nati tempore testamenti facti, succedentes vivo testatore in locum sui hæredis testamentum rumpant, in quo ipsi sunt instituti aut exhæredati. *d. l. Gallus. 29. §. nunc de. 11. cum seqq. hoc tit.* Plura qui nosse desiderat, adeat commentaria, quæ in *d. l.* extant doctissimorum hominum, Salomonii, Goveani, Cujacii, Duareni, Alciati *lib. 3. paradox. cap. 2. & seqq.* Ant. Fabri *lib. 9. conj. per tot.* & multis *capp. lib. 10.* sed nostra hæc ut præluceant. VINN. Obiter monere visum, hanc legem proprie non dici *Juliam Vellejam*, uti in hoc §. & apud Ulpian. *tit. XXII. §. 19.* scriptum reperimus, sed *Juniam Vellejam. l. 10. §. 2. ff. de test. tut. l. 13. ff. de injust. rupt. irr.* Unde auctores sunt Junius Silanus & Vellejus Tutor Coss. quibus & SC. Vellejanum tributur. *l. 2. §. 1. ff. ad SC. Vell.* Add. laudat. Schulting. *ad* Ulpian. *l. c. p.* 640. HEIN.

TEXTUS.

De Emancipatis.

3. *Emancipatos liberos jure civili neque hæredes instituere, neque exhæredare necesse est: quia non sunt sui hæredes. Sed prætor omnes, tam fœminini sexus, quam masculini, si hæredes non instituantur, exhæredari jubet; virilis sexus nominatim, fœminini vero inter cæteros: quia si neque hæredes instituti fuerunt, neque ita, (ut diximus,) exhæredati, promittit eis prætor contra tabulas testamenti bonorum possessionem.*

COMMENTARIUS.

1. *Emancipatos sub colore quodam suitatis à prætore vocari ad bonorum possessionem.*
2. *Prætorem in modo exhæredandi secutum distinctionem sexus & gradus, quam jus civile fecit.*
3. *Absurdum non esse, quod filiæ emancipatæ melioris conditionis jure prætorio fuerint, quam non emancipatæ jure civili.*

Quia non sunt sui hæredes] Liberi emancipati exeunt è familia & potestate patris, §. *præterea. 6. 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 hær. qual.* §. *emancipati.* 9. *inf. de hær. ab int.* Quo posito sequitur, nec ullam eo jure patri necessitatem imponi liberos emancipatos vel instituendi vel exhæredandi, eorumque præteritione testamentum injustum aut nullum non esse.

Prætor si hæredes non instituantur, exhæredari jubet] Quamvis jure civili deficiant liberi, qui propter capitis deminutionem, hoc est, emancipationem desierunt esse sui hæredes; tamen prætor naturali æquitate motus, & partim etiam ratione civili, (quippe emancipati non minus natura liberi sunt, & masculorum soboles, 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 hær. ab int. d. l.* 6. §. 1. Itaque, cum effectu juris emancipati beneficio prætoris tantum consequantur, quantum sui, (bonorum enim possessio re ipsa & effectu juris ab hæreditate nihil differt, *l.* 1. *l.* 2. *de bon. poss.*) ideo ait, jubere prætorem emancipatos quoque liberos hæredes instituí aut exhæredari. Et notandum quod Jurisconsultus in *d. l.* 6. §. 1. *eod. tit.* ait, prætorem rescindere
1 eorum capitis deminutionem post mortem patris. Ex quo intelligimus emancipatos non simpliciter ut emancipatos, sed sub colore quodam suitatis à prætore admitti, quasi de potestate nunquam exiissent. Etenim rescissa capitis deminutione quodammodo in integrum & in pristinum statum restituuntur. *fac. l.* 3. §. *si emancipatus.* 5. *cont. tab. & ibi Glossa.*

Fœminini sexus inter cæteros] Cujac. Hotom. Wesemb. *& inter cæteros*, quod magis placet: quasi dicat Imperator, vel nominatim, vel inter cæteros; aut, ut Ulp. *tit.* 22. §. *mancipatos.* 23. *Masculos nominatim, fœ-*
2 *minas vel inter cæteros.* Voluit nimirum prætor in modo exheredandi servari differentiam, quam in sexu jus civile faciebat, & haud dubie etiam, quam idem jus faciebat in gradu, de quo in *pr. hujus tit.* Melioris tamen conditionis apparet fuisse filias emancipatas jure prætorio, quam erant filiæ non emancipatæ jure civili: quippe cum illæ præteritæ testamentum in totum jure prætorio rescinderent, hæ non rescinderent, sed salvo testamento ad certam duntaxat portionem
3 scriptis heredibus jure civili accrescerent. Quod minime absurdum est, licet id existimet D. Bachovius: siquidem filiæ, quæ in potestate erant, præteritæ, præter jus illud accrescendi, quod jus civile tribuebat, idem etiam jus habebant jure prætorio, quod emancipatæ, (in quo erravit Bachovius, ut supra ostendimus) & testamentum in totum evertebant. Quanquam post constitutionem Antonini non plus per bonorum possessionem contra tabulas consequebantur, quam quantum jure civili capiebant per jus accrescendi, *l. ult. circa pr. C. de lib. præt.* & 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.

Promittit (ita legendum, non *permittit*, *l.* 7. *C. comm. de succ. in Basil.* ἐπάγγελται) *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. præst. cont. tab.* neque aliud remedium emancipati præteriti habent. Cur vero suis præteritis, qui vel jure civili, vel ex edicto unde liberi ab intestato succedere possunt, nihilominus hoc etiam remedium à prætore detur, dicemus suo loco *tit. de bon. poss. lib.* 3. Quod detur, satis argumenti est, tale testamentum jure prætorio non esse nullum: est enim remedium hoc natura sua rescissorium; quod autem nullum est, rescindi non potest, *l.* 5. *de injust. rupt. test.* de quo copiosius differuimus *in pr. hujus tit.*

TEXTUS.

De adoptivis.

4. *Adoptivi liberi, quamdiu sunt in potestate patris adoptivi, ejusdem juris habentur, cujus sunt justis nuptiis quæsiti. Itaque heredes instituendi vel exheredandi sunt, secundum ea, quæ de naturalibus exposuimus. Emancipati vero 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.*

NOTÆ.

4. *Ejusdem juris*] Extra nuptias quæsiti huc non pertinent. Legitimati tamen pertinent. §. 9. *inf. de hær. quæ ab int. Nov.* 89.

Neque jure civili, &c.] Non jure civili, quia desinunt esse sui hæredes: nec jure prætorio, quia simul nomen quoque liberorum amittunt. *l.* 4. *si tab. test. l.* 1. §. 6. *l.* 3. §. 2. *contr. tab.*

Extraneorum numero] Tantum tertio loco ab intestato à prætore admittuntur in ordine cognatorum. §. 13. *inf. de hær. ab int. l.* 1. §. 4. *unde cogn.*

Cum

Cum vero emancipati, &c.] Scil. vivo patre naturali, §. 20. *inf. d. t.* Hoc enim casu, ne utriusque parentis excideret successione, voluit prætor eos jus naturale liberorum recuperare. *l.* 4. *si tab. test.*

COMMENTARIUS.

1. *Insignis error Hotomanni notatus.*
2. *Jura liberorum adoptivorum emancipatione in totum dissolvi.*
3. *Adoptatos, quamdiu sunt in familia adoptiva, jus liberorum in familia patris naturalis non habere.*
4. *Emancipatos à patre adoptivo jus familiæ naturalis, quod emancipati beneficio prætoris habent, recuperare.*

CUm adoptio æque liberis adoptatis tribuat jus & nomen filiorumfam. suorumque heredum, ac natura naturalibus: *l.* 1. *& passim, de adopt.* §. 2. *inf. de her. quæ ab int. l.* 5. *C. de suis & leg. cum simil.* consequens omnino est, ut & ipsi non minus, quam liberi naturales, heredes institui debeant aut exheredari; atque ut præteriti idem jus habeant circa parentum testamenta infirmanda, quod naturales habent. *l.* 1. *in pr. 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 legitimati quoque appellatione naturalium continentur: quippe quibus eadem jura per omnia data sunt, quæ habent ii, qui ab initio ex legitimo matrimonio nati sunt. *d.* §. 2. *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 & filiæ vel inter cæteros. Item filio adoptivo præterito aut non rite exheredato testamentum ipso jure nullum est; filia & nepote præteritis firmum manet, sed præteriti institutis heredibus accrescunt ad eam portionem, ad quam præteritæ filiæ & nepotes naturales, secun-1 dum ea, quæ tradita sunt *initio hujus tit.* Dormitavit ergo Hotomannus, cum putavit, majus jus fuisse filiæ adoptivæ, quam naturalis; quasi illius præteritio testamentum rupisset, hujus non rupisset, per *l.* 8. *in pr. de injust. rupt. test.* Alioqui certe vidisset, Ulpianum loqui eo loci non de præteritione filiæ, quæ jam ante à testatore adoptata fuerat, quam testamentum faceret; verum de adoptata vel adrogata demum post factum testamentum: quæ cum utatur jure postumæ, & in postumis sexus non distinguatur, quod ad effectum rumpendi attinet, §. 2. *sup. 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 desierunt 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. quæ ab int.* nec ad bonorum possessionem unde liberi ab intestato. *l.* 1. §. *liberos.* 6. *d. l.* 4. *unde lib.* §. *minus ergo.* 11. *& d.* §. *eadem.* 12. *inf. de her. ab int.*

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, neque jure prætorio bonorum possessionem contra tabulas petere, neque 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.* 3

Cum emancipati fuerint ab adoptivo patre, tunc incipiunt, &c.] Quoniam emancipati à patre adoptivo nihil in ejus familia juris retinent, uti modo relatum est, ne utriusque parentis successione fraudentur, voluit prætor eos jus familiæ 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 fiverit, postea iterum à patre adoptivo emancipetur; dum tamen vivo adhuc parente naturali. Quod omnino addendum est, *d.* §. *at hi.* 10. *inf. de her. quæ ab int. def.* 4

TEXTUS.

Jus Novum.

5. *Sed hæc quidem vetustas introducebat. Nostra vero constitutio inter masculos & fœminas in hoc jure nihil interesse existimans, quia utraque persona in hominum procreatione simili naturæ officio fungitur, & lege antiqua duodecim tabularum omnes similiter ad successionem ab intestato vocabantur, quod & prætores postea sequuti esse videntur: ideo simplex ac simile jus, & in filiis, & in filiabus, & in cæteris descendentibus per virilem sexum personis, non solum jam natis, sed etiam postumis, introduxit; ut omnes sive sui sive emancipati sint, vel heredes instituantur, vel nominatim exheredentur: & eundem habeant effectum circa testamenta parentum suorum infirmanda, & hereditatem auferendam, quem*

filii

filii ſui vel emancipati habent, ſive jam nati ſint, ſive adhuc in utero conſtituti, poſtea nati ſint. Circa adoptivos autem filios certam induximus diviſionem, quæ in noſtra conſtitutione, quam ſuper adoptivis tulimus, continetur.

NOTÆ.

5. *Noſtra conſtitutio*] *l.* 4. *C. h.t.* ex qua petenda interpretatio hujus §.

Lege 12. *tabularum*] *l.* 14. *C. de legit. hær.* ubi hæc eadem iiſdem fere verbis exponuntur.

Per virilem ſexum] Quippe matri & avo materno in cauſa inſtitutionis & exhæredationis liberi extranei ſunt tam jure prætorio, quam civili. *inf.* §. *ult.*

Ut omnes] Tam filiæ & nepotes nepteſque, 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 poſtumis, §. 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 & filiæ poſtumæ non nominatim exhæredatæ agnaſcendo rumpant, licet legatum acceperint: quod ſecus erat jure antiquo. §. 1. *ſup.*

COMMENTARIUS.

1. *Sublatio differentiæ circa effectum præteritionis & modum exhæredationis liberorum, ratione ſexus.*
2. *Eorundem circa eadem exæquatio ratione graduum.*
3. *Sublatio diſcriminis, quod circa eadem erat in ſexu inter poſtumos.*
4. *Falli, qui putant hoc* §. *tolli differentiam ſuorum & emancipatorum.*
5. *Quid novi circa liberos adoptivos induxerit Juſtinianus?*

HUc uſque relatio juris antqui: ſequitur novum introductum conſtitutione Juſtiniani, quæ extat *l. ult. C. hoc tit.* qua ille conſtitutione ſuſtulit veterem in re, de qua diſputamus, differentiam, ſexus & gradus liberorum, natorum & poſtumorum, juſſitque omnes, ſive mares ſint, ſive fœminæ, ſive filii, ſive nepotes, ſive jam nati, ſive adhuc naſcituri, æquabiliter vel inſtitui vel exheredari, ſive de jure civili quæratur, ſive de jure prætorio. Triplicem autem hoc loco cauſam affert, qua motus novum hoc jus conſtituerit; quæ tamen in ſumma una eſt, favor ſexus fœminei.

Quia utraque perſona ſimili naturæ officio] Prima ratio introducendi novi juris, quod fœminæ 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 generentur, 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 fœminis in ſucceſſione parentum ſive teſtamentaria ſive ab inteſtato ſecernit: alioqui & ipſe naturæ auctor accuſandus fuerit, qui filio ſuperſtite à ſucceſſione patris excludit filiam. *Num.* 27. *v.* 8. Sunt enim & alia, maximeque jura familiæ & agnationis, ob quæ meliore conditione mares eſſe in cauſa ſucceſſionis, quam fœminas, iniquum non eſt.

Et lege antiqua 12. *tabb. omnes ſimiliter*] Ratio altera, qua argumentando à ſucceſſione ab inteſtato ad teſtamentariam novi ſui juris æquitatem commendat. Notum autem eſt, leg. 12. tabb. in ſucceſſione liberorum ab inteſtato nullum diſcrimen in ſexu agnoſcere, filiaſque non minus, quam filios ad hereditatem inteſtati parentis vocare. Quin & nepotes nepteſque ex filio, qui in poteſtate ſunt, ſi filius ſuus heres eſſe deſiit, *l.* 1. §. 2. *& 4. de ſuis & legit.* §. 2. *& 6. inf. de hær. ab int.* & tamen diſtinctio inter ſexum & gradum teſtamento facto 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 facto filiabus intet cæteros exhæredatis contra tabulas bonorum poſſeſſionem nec prætor dedit, non magis quam emancipatis, aut filiabus poſtumis, quibus inter cæteros exhæredatis 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 poſtumis] His verbis tollitur tota illa veteris juris differentia circa effectum præteritionis & formam exhæredationis, quæ præcedentibus §§. ex eo jure relata eſt. Et primùm exæquantur liberi in ſexu, (pertinent autem hæ exæquationes ad utrumque jus, prætorium & civile) jubenturque tam filiæ quam filii, ſi hæredes non inſtituantur, nominatim exhæredari: præteritis, aut non nominatim exhæredatis, datur idem jus ad infirmandum patris teſtamentum, quod filii ſui vel emancipati præteriti aut non nominatim exhæredati, illi jure civili, hi jure prætorio habent. Filiabus igitur, quæ in poteſtate ſunt, præteritis jus teſtamentum nullum dicendi; emancipatis evertendi per bonorum poſſeſſionem contra tabulas. Itaque quod in *pr. hujus. tit.* ex jure veteri traditum eſt, filiabus, quæ in poteſtate erant, præteritis teſtamentum non fuiſſe nullum, ſed præteritas ſalvo teſtamento ad certam portionem accreviſſe hæredibus ſcriptis, hic jam abrogatur, & teſtamentum jubetur eſſe inutile. Uti & illud, quod eodem loco refertur, potuiſſe & inter cæteros filias haſce exhæredari, eo ſcilicet effectu, ut & jus civile eas repelleret à jure accreſcendi, & prætor à bonorum poſſeſſione contra tabulas, *l.* 8. *cont. tab.* Nullumque aliud remedium eis ſupereſſet, præter unum querelæ inofficioſi. *arg. d. l.* 8. junct. §. *ult. inf. hoc tit.* Nunc enim poſt conſtitutionem Juſtiniani, etſi exhæredatæ ſunt, dum tamen non nominatim, ſed inter cæteros, teſtamentum jure civili non magis ſubſiſtit, quam ſi filius inter cæteros exhæredatus ſit; patebitque eis, ut præteritis, etiam prætorium, quod dixi, remedium, ceſſante querela

rela 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 exhæredatæ: nunc enim tanquam præteritæ à prætore admittendæ sunt instar filiorum emancipatorum, quos non nominatim exhæredatos pro præteritis & olim
2 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 exhæredandi, iisque præteritis, aut non nominatim exhæredatis, perinde testamentum ipso jure nullum erit, ac si filius, qui in potestate est, præteritus aut non nominatim exhæredatus esset: cessatque jus vetus accrescendi, quod manente testamento, nepotibus quoque suis præteritis dabatur, *d. pr. hujus tit.* & prætor etiam generali tantùm clausulâ exhæredatos tanquam præteritos nunc agnoscit. Deinde ut filio emancipato non instituto neque nominatim exhæredato prætor dat bonorum possessionem contra tabulas: ita & natis ex eo, qua pater eos non præcedit. Per *l.* 3. *in pr. &* §. 3. *cont.*
3 *tabul.* Tertio tollitur differentia inter natos & postumos, & simul, quæ in sexu quoque erat inter ipsos postumos, jubenturque & filiæ postumæ & neptes ex filio institui aut nominatim exhæredari, perinde ut liberi jam nati, & postumi masculi: idemque jus datur filiabus & nepotibus postumis præteritis vel non specialiter exhæredatis, quod postumi 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 postumis fœminis 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 cum sequentia demonstrant, tum apertissimè *dict. l. ult. vers. sancimus. & seq. C. hoc tit.*

4 *Ut omnes sive sui, sive emancipati sint, &c.*] Hallucinatur Bart. *in auth. ex causa. C. hoc tit.* & cum eo ferè interpretes vetustiores, qui teste Curtio Jun. *in d. auth. num.* 43. & Jul. Claro §. *testamentum. quæst.* 42. *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 cæteros suos liberos, cum filiis emancipatis cæteros emancipatos eorumque masculorum liberos, cum sexu virili sexum fœmineum, cum gradu primo gradus inferiores: ac proinde non hoc velle Justinianum, ut emancipati sublata necessitate auxilii prætorii rediganter ad conditionem filiorum suorum: verùm ut filiæ, nepotes, neptes, & deinceps per virilem sexum descendentes, redigantur ad conditionem filiorum, sui & suæ ad suorum, & jus, quod illi habent jure civili; alii aliæve ad emancipatorum, & jus, quod illi habent iure prætorio; ut sui suæve, præteriti præteritæve, aut nominatim non exhæredati exhæredatæve, adinstar filii sui testamentum ipso jure evertant, alii aliæve adinstar filii emancipati per contra tabulas bonorum possessionem stare hoc non patiantur. Quibus ferè verbis ipse Justinianus utitur in *d. sua constitutione. vers. sancimus.* Thalelæus ad *l.* 1. §. 1. *C. comm. de man.* ibi, *in aliis penè omnibus nulla est inter liberos discretio.* Καλῶς εἶπε, τὸ σχεδὸν, ἐπειδὴ οἱ μὲν ὑπεξούσιοι, præteriti γενόμενοι ἀφανίζουσι παντελῶς τὴν ἀγραφίαν, οἱ δὲ emancipati, contra tabulas ἔχουσιν. 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 nanciscì in familia avi, nec ab avo præteritum rumpere testamentum. Quæ omnia perspicuè falsa esse constat. Et demum longo tempore post in successione ab intestato Justinianum emancipatos suis exæquasse apparet ex *Nov.* 118. *c.* 1. quæ tamen exæquatio sic rectè accepta est, ut nihil amplius tribuat emancipatis, quam ut jure civili hæreditatem capere possint citra beneficium prætoris; non ut ipso jure, ut sui, hæredes existant; sed ut fiant hæredes hæreditatem 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 hær. quæ ab intest.* Quid, quamobrem, hic Imperator constituerit, tribus verbis indicabo. Olim qui à patre naturali in adoptionem dabantur, tranſibant sine ulla distinctione in familiam & potestatem patris adoptivi: unde, quamdiu constabat adoptio, pro extraneis erant patri naturali, in tantum, ut nec à prætore jure liberorum censerentur, sed cognatorum duntaxat. Emancipati autem à patre adoptivo recipiebant jus naturale liberorum, quod beneficio prætoris habent emancipati à patre naturali, dum in eo statu manent: cæterum hoc ita, si vivo adhuc patre naturali emancipati erant, non si post mortem ejus, ne legitimis aut scriptis hæredibus semel delata aut quæsita hæreditas auferretur, §. *at hi.* 10. *inf. de hær. 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 transeant in potestatem patris adoptivi, extra quam si avus nepotem ex filio

emancipato in adoptionem acceperit. Hoc constituto jam per se intelligitur, ei, qui extraneum adoptaverit, nullam necessitatem imponi hunc vel instituendi vel exhæredandi, sive jus civile, sive prætorium consideres, sive etiam extraordinarium remedium querelæ inofficiosi: sed patri naturali, in cujus potestate manet: qui autem nepotem adoptat, eum debere hunc instituere vel nominatim exhæredare, perinde ut antea juris erat in omnibus adoptivis; & denique hunc nepotem patri suo naturali interim pro extraneo esse, §. *prec.* Hæc autem ad nos non pertinent, quibus adoptionem jura incognita, vid. *sup. de adop.* Sed neque necessitatem exhæredandorum 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.* Grot. *lib. 2. manud. cap.* 18. de quo plura alibi.

TEXTUS.

De testamento militis.

6. Sed si in expeditione occupatus miles testamentum faciat, & liberos suos jam natos vel postumos nominatim non exheredaverit, sed silentio præterierit, non ignorans, an habeat liberos, silentium ejus pro exheredatione nominatim facta valere, constitutionibus Principum cautum est.

NOTÆ.

6. Constitutionibus Principum] Gordiani in *dict. l. 9.* & Philippi in *l. 10. C. de test. mil.*

COMMENTARIUS.

1. *An testamentum militis subjaceat querelæ inofficiosi.*

MIlitibus jure militari testantibus non solum remissæ sunt solennitates illæ externæ, numeri testium, rogationis, obsignationis, subscriptionis, contextus, quas cives omnes jure communi testamentum facientes observare tenentur: sed etiam intrinseca hæc, quæ ad parentes testantes pertinet, liberorum scilicet vel institutio vel exhæredatio; placetque præteritionem militis, dum non ignoret se liberos habere, aut uxorem prægnantem esse, obtinere vim exhæredationis, *l. 9. & l. seq. C. de test. mil.* ad quem effectum respiciens Ulpianus, dixit, militem silentio exhæredare, *l. 12. de bon. libert.* Ait, *in expeditione occupatus.* Igitur extra & citra expeditionis necessitatem si miles testamentum faciat, quia id juxta regulas juris communis ordinare debet, præteritio ejus pro exhæredatione non erit, neque civili jure, neque prætorio. Non obstat, quod rescriptum est *l 9. C. de inoff. test.* filios queri non posse de inofficioso testamento militis vel jure militari vel civili facto. Nam ut de inofficioso agi possit, necesse est, ut testamentum rectè factum sit & jure subsistat: at testamentum jure communi factum non subsistit, in quo liberi præteriti sunt, aut si de emancipatis quæratur, necesse est, ut prætor eos non agnoscat; si de postumis, ut nati non rumpant, §. 2. *inf. de inoff. test.*

Non ignorans, an habeat liberos] Quod militis præteritio pro exhæredatione habeatur, voluntati ejus tributum est, quæ sola testamentum sustinet & pro jure servatur, *l. 1. de test. mil. l. 1. C. eod.* Ut autem voluntas exhæredandi obscura non est, ubi quis scit se habere liberos, iisque silentio præteritis alios hæredes instituit: ita contra deesse illa voluntas intelligitur, ubi cum id nesciret, fortè 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. eod. tit. l. si filiusfam. 33. §. 2. eod.* Quapropter pro diversitate liberorum per ignorantiam à milite præteritorum, aut testamentum hoc nullum dici poterit, aut rescindetur remedio prætorio, aut rumpetur agnatione, & in tantum, ut nec legata ex eo præstanda sint, *l. militis. 36. §. 2. de test. mil.*

Pro exhæredatione nominatim facta] Sequitur ergo nec liberos suos sciénter à patre milite præteritos testamentum posse nullum dicere, nec emancipatos admitti ad bonorum possessionem contra tabulas, nec postumum præteritum agnoscendo rumpere. An ne igitur saltem querela inofficiosi dabitur, quod unum est exheredatis perfugium? Nequaquam, *l. si instituta. 27. §. 2. de inoff. test. l. 9. l. testamentum. 24. l. ult. C. eod.* Plane legitimam eos petere posse per condictionem ex lege, *argum. auth. Presbyteros. C. de Episc. & Cler.* Glosa & 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.* Graff. §. *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 & exhæredationis liberorum. Quod etiam D. Vigilius hic, post Lud Roman. *in d. l. 9.* observavit, & tandem re diligenter inspecta probat D. Tulden. *in C. de testam. milit. n. 6.* item D. Perez. *ibid. n. 12.* add. Vasq. *lib. 3. de succeſſ. creat. §. 24. n. 51.*

TEXTUS.

De Testamento matris, aut avi materni.

7. Mater vel avus maternus necesse non habent, liberos suos aut hæredes instituere, aut exhæredare: sed possunt eos silentio omittere. Nam silentium matris aut avi materni, & cæterorum per matrem adscendentium tantum facit, quantum exhæredatio patris. Neque enim matri filium filiamve, neque avo materno nepotem neptemve ex filia, si eum eamve hæ-

hæredem non instituat, exhæredare necesse est, sive de jure civili quæramus, sive de edicto prætoris, quo prætor præteritis liberis contra tabulas bonorum possessionem promittit: sed aliud eis adminiculum servatur, quod paulò post vobis manifestum fiet.

NOTÆ.

7. *Silentium matris, &c. tantum facit.*] Et hoc etiamsi mater ignoraverit, se liberos habere. Sed hoc casu legata & libertates non intercidunt, 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 exhæredati, testamentum tollunt aut rumpunt. §. 5. *sup.*

Edicto prætoris] Quo liberi emancipati, sive qui sui esse desierunt, præteriti, vocantur ad contra tabulas bonorum possessionem; non qui nec sui sunt, nec esse desierunt. *d.* §. 5. *l.* 1. *l.* 4. §. 2. *cont. tab.*

COMMENTARIUS.

1. *Quod matris præteritio vim exhæredationis habeat, id facere conditionem liberorum.*
2. *Propter eandem conditionem præteritos à matre jus antiquum scriptis accrescendi non habuisse.*
3. *Explicatus locus Pauli* l. 4. §. 2. cont. tab.
4. *Quodnam sit illud adminiculum, cujus in calce hujus text. fit mentio?*

QUod militis præteritio vim exhæredationis habet, ex privilegio est; quod matris & avi materni, facit liberorum conditio, qui matri & avo materno jure civili pro extraneis sunt. §. 3. *infr. de hær. qual.*
1 Nimirum lex civilis, quæ magis familiarum conservationem spectavit, quam naturam, non eodem modo materna bona liberis addicit, ut paterna; non sic, ut filius maternæ quoque dotis, viva adhuc ea, dominus quodammodo existat, uti bonorum patris est. Quapropter, si ea alium hæredem instituat filio præterito, nullam, quod ad eam legem attinet, injuriam filio facit; cum suum ei non adimat; & ideò frustra etiam requiratur exhæredatio; imò nec propriè dici possit filium exhæredare, cum exhæredare sit suam filio hæreditatem adimere: siquidem ubi non est habitus, ibi non potest esse privatio. Igitur quia mater suos hæredes non habet, & nepotes ex filia non sunt sui hæredes avo, ideò silentium matris & avi materni tantum facit, quantum exhæredatio patris. Et hoc, etiamsi 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. hær.*

Sive de jure civili] Quia, uti diximus, non sunt sui hæredes, hoc est, non tales, qui vivo adhuc parente jus aliquod habeant, quod post mortem illius in iis continuetur, nisi expresse exhæredes esse jussi sint: *l. in suis,* 11. *hoc tit.* Quamobrem nec ad jus civile antiquum perti-2 nent, quo solus filius suus præteritus testamentum infirmabat, cæteri liberi, sed sui item duntaxat, præteriti, portionem scriptis hæredibus accrescendo auferebant: *sup. pr. hujus tit.* nec ad jus novum, quo omnes quidem liberi sui, sed soli præteriti, sive quod nunc idem valet, non nominatim exhæredati, nullum dicunt aut rumpunt. §. *sed hæc.* 5. *sup. eod.*

Sive de edicto prætoris] Paulus *l.* 4. §. 2. *cont. tab.* scribit, edictum contra tabulas bonorum possessionis non pertinere ad testamenta fœminarum, addita hac ratione, quia fœminæ suos hæredes non habent. Quæ tamen ratio videri potest non esse sufficiens: non enim ad suos 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 significa-3 re 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 suis & legit. hær.* Nimirum prætor, quo minimum à ratione juris civilis recederet, eorum duntaxat, qui ex masculis progeniti essent, rationem habuit, & jus suitatis, quod emancipatis abstulerit capitis deminutio, resciſſa ea restituit. *l.* 6. §. 1. *de bon. poss.* Atque ita jus à se introductum specie quadam suitatis coloravit, cujusmodi colore tegere ex fœminis natos non potuit.

Aliud eis adminiculum servatur] Potuisset totidem verbis adminiculum istud indicare. Intelligit autem 4 querelam inofficiosi testamenti. Quod remedium cum initio tantum competeret liberis, qui eo, quod à patre exhæredati essent, neque civili jure, neque prætorio testamentum turbare poterant, *l.* 8. *in pr. cont. tab.* postquam ex Senatusconsulto Orficiano etiam matris successio liberis delata est, datum quoque est exhæredatis, sive, quod hic eandem vim habet, præteritis à matre, suadente id eadem pietatis ratione. Agitur de hoc remedio *inf. tit.* 18. quo loco simul discemus, id etiam parentibus inique exhæredatis vel præteritis, nonnunquam & fratribus dari. Cætera quoque in eundem locum examinanda rejicimus, quæ ab interpretibus disputari solent; veluti, an adhuc post *Nov.* 115. *c.* 3. præteritio matris & per matrem adscendentium pro exhæredatione sit; an liberis à patre præteritis testamentum adhuc sit irritum tam quod ad legata & cæteros articulos, quam quod ad institutionem? an formæ exhæredationis aliquid adjectum, quo non observato testamentum, quod jure veteri subsistitisset, nunc sit nullum? aliaque ex eodem fonte manantia: & postremo etiam jus harum & vicinarum regionum, quod etiam à noviſſimo Justinianeo, quoscunque interpretes sequare, multum ostendemus recedere.

TITULUS DECIMUSQUARTUS.

DE HÆREDIBUS INSTITUENDIS.

Dig. Lib. 28. Tit. 5. C. Lib. 6. Tit. 24.

Ratio diſpoſitionis, & argumentum tituli.

DIctum hactenus de iis rebus, quas parentes cavere debent, & teſtamento ſuo complecti, ſi id juſtum ratumque eſſe velint: ſequitur nunc ipſum teſtamenti formale, hæredis ſcilicet inſtitutio. Ea caput & fundamentum teſtamenti eſſe dicitur, §. *ante.* 34. *inf. de legat.* propterea quod ſine ea teſtamentum conſiſtere non poteſt. Dicitur & teſtamentum ex ea ſola robur ac firmamentum capere; quia ad vim teſtamenti nihil aliud requiritur, quam ut quis hæres inſtitutus ſit; utique extra neceſſitatem inſtituendi aut exhæredandi certas perſonas. Inde dictum, eum, qui neque legaturus quid eſt, neque quenquam exhæredaturus, poſſe tribus verbis teſtamentum facere, ut dicat, *Lucius hæres eſto. l.* 1. §. 3. *hoc tit.* Hæredem inſtituere, eſt ſcribere vel nuncupare teſtamento, quem tibi velis bonorum & univerſi juris ſucceſſorem eſſe. Quibus verbis inſtitutio fiat, parum refert, 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.

TEXTUS.

Qui poſſunt hæredes inſtitui.

Hæredes inſtituere permiſſum eſt tam liberos homines, quam ſervos; & tam proprios, quam alienos. Proprios autem olim quidem ſecundum plurium ſententias non aliter, quam cum libertate, rectè inſtituere licebat. Hodie verò etiam ſine libertate ex noſtra conſtitutione eos hæredes inſtituere permiſſum eſt. Quod non per innovationem induximus, ſed quoniam æquius erat, & Atilicino placuiſſe Paulus ſuis libris, quos tam ad Maſurium Sabinum, quàm ad Plautium ſcripſit, refert. Proprius autem ſervus etiam is intelligitur, in quo nudam proprietatem teſtator habet, alio uſumfructum habente. Eſt tamen caſus, in quo nec cum libertate utiliter ſervus à domina hæres inſtituitur, ut conſtitutione, divorum Severi & Antonini cavetur. Cujus verba hæc ſunt: Servum, adulterio maculatum, non jure teſtamento manumiſſum ante ſententiam ab ea muliere videri, quæ rea fuerat ejuſdem criminis poſtulata, rationis eſt. Quare ſequitur, ut in eundem à domina collata hæredis inſtitutio, nullius momenti habeatur. *Alienus ſervus etiam is intelligitur, in quo uſumfructum teſtator habet.*

NOTÆ.

Hæredes inſtituere] Scribere vel nuncupare. *l.* 1. §. 1. *D. eod.* Eſt autem hæredis inſtitutio caput & fundamentum teſtamenti. §. 34. *inf. de legat.* neque enim ſine ea teſtamentum poteſt conſiſtere. §. 2. *inf. de fid. hær.* 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 hær.*

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 locus deſcriptus, legitur *accuſatum.* Sed legendum arbitror *maculatum*, ut hic; ne obſtet *l.* 8. *C. ad leg. Jul. de adult.* Græci quoque ἔνοχον ὄντα τῇ μοιχείᾳ, non κατηγορούμενον. Et ad *l.* 1. *C. qui non poſſ. ad lib.* ὑπονοηθέντα ἐπὶ τῇ μοιχείᾳ, *ſuſpectum, &c.*

COMMENTARIUS.

1. *Qui olim & in quantum hæreditatem capere non potuerint?*
2. *Qui & in quantum hodie hæredes inſtitui vetentur?*
3. *Inſtitutionem ſervi alieni ſuſtineri ex perſona domini, proprii ex conſequentia libertatis*
4. *Quid juris in ſervo communi ab uno è dominis hærede inſtituto?*
5. *Quid in inſtituto à domino nudæ proprietatis?*
6. *Quam rationem habeat caſus ſpecialis hic relatus?*
7. *Quid ſi ſervus hæres inſtitutus ſit à fructuario?*

TAm liberos homines, quam ſervos] Ὑστερολογία: nam dicendum potius erat, *tam ſervos, quam liberos,* hoc

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.

1 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 ſententiæ ſeveritatem ad peregrinitatem redacti ſint. *l. 6. §. 2. hoc tit. l. 1. C. eod. fac. l. ſunt quidam.* 17. §. 1. *de pœn.* Peregrinorum numero erant & 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 prat. urb. & in orat. pro Balb.* Dio. *lib.* 56. Gell. *lib.* 20. *c.* 1. Lege Julia de maritandis ordinibus vetabantur cœlibes, niſi qui genere eſſent proximi, quicquam 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, conjugi 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 quicquam, vel ſolidum ex teſtamento capere legibus iſtis prohibebantur. vid. *l. in tempus.* 62. *l. qui non vult.* 78. §. *ult. hoc tit. l. cum ei.* 42. *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 pœnæ cœlibatus, orbitatis, & legis decimariæ ſublatæ ſunt. *l.* 1. & *l.* 2.

2 *C. de infirm. pœn. cœlib.* 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. *deciſ.* 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 indig. l. ult. de jur. delib.* (vid. Palæot. *de noth. ſpuriiſq. 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.* unicam tantum unciam ex patris teſtamento capere poſſunt, ſi ſuperſtites ſint liberi legitimi; octo uncias, ſi ſoli ſuperſtites teſtatori parentes. Qua in re mitior Juſtinianus erga liberos naturales fuit, quam Conſtantinus *l.* 1. *C. de natur. lib.* aut etiam Arcadius & Honorius *l.* 2. *C. eod.* vid Graff. §. *inſtitutio.* 1. *quæſt.* 7. Palæot. *d. loc.* Conſtitutione Leonis & Anthemii vetatur conjux conjugi ſecundo plus relinquere, quam uni ex liberis prioris matrimonii, & quidem cui minimum relinquit. *l. hac edictali.* 6. *C. de ſec. nupt.* Porro Principum Chriſtianorum conſtitutionibus vetantur hæredes inſtitui apoſtatæ, *l.* 3. *C. de apoſtat.* item hæretici. *l.* 4. *C. de hæret. & Manich.* quod tamen non de omnibus, qui pro orthodoxis habiti non ſunt, accipiendum eſſe arguit conſtitutio Juſtiniani *Nov.* 115. *c.* 3. ubi ἑτεροδοξίαν ponit inter juſtas cauſas exhæredationis, & excluſionis à ſucceſſione ab inteſtato. Rationis autem eſt, ut qui ab inteſtato ſuccedere poteſt, etiam hæres recte inſtituatur. Hæc non debuerat Tribonianus intacta relinquere, qui de ſervis tam accuratè diſſerit. VINN. Ita nec hodie pro hæreticis habendi, qui profitentur religionem publicis legibus permiſſam, e. g. in Germania Romanenſes & proteſtantes, tum A. C. tum reformati per pacem religioſam & Weſtphalicam. *Art.* V. §. 38. HEIN.

Et tam proprios, quam alienos] Cum ſervis, qua ſer- 3
vis, 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.* 31. *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 hær. qual. & diff.* In ſervo autem proprio inſtitutio eadem ratione defendi non poteſt, ut ſcilicet dicamus, eam ſuſtineri ex perſona domini; quippe qui ipſe teſtator eſt: ſed aut nulla erit, aut ſi eam valere volumus, neceſſe eſt ut ſimul conſequatur libertatem.

Olim non aliter, quam cum libertate, hodie etiam ſine libertate] Plerique veterum in ea ſententia fuere, ut putarent, ſervum proprium non aliter 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. hær.* quod cum humanitas & favor libertatis ſuadet, tum etiam voluntati teſtatoris conſentaneum eſt: quippe qui hoc ipſo quod ſervum ſuum hæredem eſſe vult, non obſcurè 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.* profitetur, se id nova humanitatis ratione constituisse. Utrumque suo sensu verum est. Nihil innovavit, quatenus spectamus sententiam paucorum, inter quos & Atilicinus fuit, quibus jam olim, quod hic constituitur, placuit. At novum jus constituit, quatenus spectamus id, quod receptum erat ex plurium sententia, qui negabant, servum proprium sine libertate hæredem instituí posse, Ulp. *tit.* 22. §. 7. 12. & sententiæ istius abrogationem. VINN. Adeo verum videbatur, servum nisi libertatem plenam consequutum, institui non posse, ut nec servis, qui tantum in bonis erat instituí posset, quamvis cum libertate. Manumissus enim testamento, liber quidem fiebat, sed Latinus, adeoque nec heres esse poterat, nisi intra centum dies jura Quiritium impetrasset. Ulp. *tit.* 22. §. 8. HEIN.

Proprius autem servus etiam, &c. in quo nudam proprietatem] Servus proprius vel in solidum est, sive unius domini proprius, vel pro parte & pluribus proprietate communis: & iterum vel proprius est pleno jure, vel 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
4 habet, pertineat? De communi servo ita jus vetus fuisse constat, ut si unus è dominis libertatem ei imposuisset, eo casu pars ejus amitteretur, & socio accresceret, §. *ult. sup. de donat.* ac proinde socio quoque hæreditas acquisita fuit, si is servus simul hæres ab altero institutus fuisset, Justinianus autem, quod soli milites ex speciali concessione 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.* Post quam 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 pertineret? *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 videri institutum & hæredem fieri? VINN. Recte. Nam dum heres institutus est servus communis hereditatem totam adquirit domino socio: dum sine libertate institutus, servus ipse pro parte fit heredis, qui in jus defuncti succedit. Fr. Balduino, Tribonianismum observanti in *l.* 63. §. 3. *ff. pro soc.* jam respondit V. C. Schultingius ad Ulp. *p.* 637. HEIN. De ser- 5
vo, 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. her. inst.* Neque enim quod de servo communi simpliciter instituto diximus, socium per eum hæredem fieri, locum habet in fructuario, cui hæreditas acquiri non solet, §. *de iis.* 4. *sup. per quas pers.* Quid ergo fiet de fructuario? An liber factus nihilominus operas fructuario interim præstare tenebitur, atque ex re ejus acquiret, quamdiu durat ususfructus; an vero pretio ususfructus dato defungetur? Illud, si sequimur constitutionem *l.* 1. *C. comm. de man.* Hoc, si putamus, ad hunc servum etiam pertinere, quod pauco tempore post de communi servo constitutum est *l.* 1. *C. de com. serv. man.*

Est tamen casus, &c.] Refertur hic ex *l. his verbis.* 48. §. 2. *hoc tit.* casus singularis, quo servus proprius hæres institui non potest, ne cum libertate quidem, cui locus est in muliere adulterii postulata: Hæc prohibetur 6
servum suum suspectum criminis ante finitam cognitionem manumittere: quod ideò provisum est, ne mancipium per manumissionem quæstioni subducatur, *l. prospexit.* 12. *qui & à quib. man.* Cum igitur lex manumissionem & libertatem impediat, nec institutio hæredis in hujusmodi servum collata valere potest. Ait, *servum adulterio maculatum*, id est, suspectum, famâ & opinione vulgi inquinatum: siquidem duos adulterii reos simul marem & fœminam ex eadem causa fieri lex Julia vetabat; ordine tantum peragi poterant, *l.* 8. *C. ad leg. Jul. de adult.* ac proindè etiam in *d. l.* 48. §. 2. undè hæc sumpta sunt, eodem modo, ut hic, legendum esse arbitror; non ut ibi, *adulterii accusatum* Theophilus vertit, ἔνοχον ὄντα τῇ μοιχείᾳ, *obnoxium, implicitum*, non dixit, κατηγορούμενον.

Alienus servus, in quo usumfructum, &c.] Igitur 7
hic servus à fructuario hæres institutus, nec hæres nec liber erit, sed hæreditatem acquiret 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 jusserit, adhuc idem dicendum est: quoniam alieno servo libertas inutiliter datur: neque huc accommodari potest pars constitutionis Justinianeæ, *l.* 1. *vers. sin autem. C. comm. de man.* de servo à vivente fructuario manumisso, ne scilicet is cogatur servire proprietario, quamdiu constat ususfructus; quia, ut dictum est, morte fructuarii jus illius omne extinguitur.

TEX-

TEXTUS.

Si servus heres institutus in eadem causa manserit, vel non.

1. *Servus autem à domino suo hæres institutus, siquidem in eadem causa manserit, fit ex testamento liber, hæresque ei necessarius. Si verò à vivo testatore manumissus fuerit, suo arbitrio adire hæreditatem potest; quia non fit hæres necessarius, cum utrumque ex domini testamento non consequatur. Quod si alienatus fuerit, jussu novi domini adire hæreditatem debet: & ea ratione per eum dominus fit hæres: nam ipse alienatus neque liber, neque hæres esse potest, etiamsi cum libertate hæres institutus fuerit: destitisse enim à libertatis datione videtur dominus, qui eum alienavit. Alienus quoque servus hæres institutus, si in eadem causa duraverit, jussu ejus domini adire hæreditatem debet. Si verò alienatus fuerit ab eo, aut vivo testatore, aut post mortem ejus, antequam adeat, debet jussu novi domini adire. At si manumissus est vivo testatore, vel mortuo, antequam adeat, suo arbitrio adire potest hæreditatem.*

NOTÆ.

1. *Destitisse à libertatis datione*] Quod si testator eum postea redemerit, reviviscit libertas & institutio, *l.* 9. §. 16. *l.* 50. *eod.* 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. hær. l.* 2. §. *ult. de bon. poss. sec. tab.* ubi hæreditatem sive bonorum possessionem cum domino ambulare Ulp. ait.

COMMENTARIUS.

1. *Servo proprio hærede instituto, quis circa acquirendam hæreditatem institutionis effectus? & num.* 2.
3. *Quid circa idem instituto servo alieno?*

HOc constituto, non minus servos posse hæredes instituí, quam homines liberos, porro nunc quæritur de effectu institutionis servi circa acquisitionem hæreditatis, 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 alie-
1 natus. De servo proprio hærede instituto ait: *Siquidem in eadem causa manserit, fit 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 fit, §. 1. *inf. de hær. 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 hæreditate contulit inæstimabile 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.*

Quod si à vivo testatore manumissus, &c.] Casus contrarius, quo scilicet servus proprius hæres institutus in eadem conditione non mansit, duplex est, vel quia post factum testamentum manumissus est; vel quia alienatus. Manumissus suo arbitratu hæreditatem adi-
2 bit: quia non fit hæres necessarius, qui hæreditatem duntaxat, non etiam libertatem ex testamento domini consequitur, *l. antepen. hoc tit. l.* 6. §. 3. *eod.* Utique tamen probè facturus est, si pro beneficio libertatis ante adeptæ hanc gratiam patrono referat, ut suscipiat ejus hæreditatem. Alienatus nec liber nec hæres fit, etiamsi cum libertate hæres fuerit institutus: hoc enim ipso quod alienatus est, mutata voluntas domini, & revocata datio libertatis intelligitur, ut jam perinde haberi debeat, ac si jam tempore testamenti facti alienus fuisset; ac proinde jubenti novo domino hæreditatem acquiret. *l.* 9. §. *servus.* 16. *l. servum.* 50. *hoc tit. l. servo.* 47. *de cond. & dem. l. quæsitum.* 91. §. 3. *de legat.* 1. Enimvero si testator eum postea redemerit, reviviscit, ut ita dicam, libertas & institutio. *d. l.* 9. §. 16. *d. l.* 50. *hoc tit.* Hinc autem intelligimus, regulam juris civilis traditam *l.* 13. §. 1. *de lib. & posth.* 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 instituí posse: cæterum sustineri institutionem non ex persona servi, sed ex persona domini, civis sc. Romani, quasi ille ipse meditatè per servum institutus videatur. Nimirum ut servi etiam hac in re dominis suis utiles esse possint: receptum est, ut persona dominorum iis ad tempus accommodetur, cum alioqui cum servis non sit testamenti factio, *l. non minus.* 31. *hoc tit. l. debitor.* 82. §. 2. *de legat.* 2. Nunc hic itidem de effectu istiusmodi institutionis quæritur, quemadmodum paulo ante quæsitum fuit de effectu institutionis servi proprii.

Si in eadem causa, &c.] In alieno servo hærede in- 3
stituto iidem casus distinguuntur, qui in proprio: nam aut mansit in eadem causa, & dominum suum hæredem facit, nempe si jussu ejus adierit, §. 3. *sup. per quas pers.* aut non mansit, vel quia alienatus est, & jubenti ei domino hæreditatem acquirit, cujus in potestate est tempore aditionis, *l. Antistius.* 62. §. 1. *de acq. hær. l.* 2. §. *ult. de bon. poss. sec. tab.* quo loco Jurisconsultus ait, hæreditatem sive bonorum possessionem ambulare

re cum domino: vel quia manumiſſus eſt, quo caſu ſuo arbitrio hæreditatem adire eamque ſibi acquirere poteſt, Ulp. *tit.* 22. §. 13. Et igitur licet perſona domini in hujuſmodi 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 etſi is poſtea teſtatoris eſſe cœperit, nihilo magis liber aut hæres fiat. *l. ſi alienum.* 49. *hoc tit.*

TEXTUS.

De Servo hæreditario.

2. *Servus etiam alienus poſt domini mortem rectè hæres inſtituitur: quia & cum hæreditariis ſervis teſtamenti factio eſt. Nondum enim adita hæreditas perſonæ vicem ſuſtinet, non hæredis futuri, ſed defuncti: cum etiam ejus, qui in utero eſt, ſervus rectè hæres inſtituatur.*

NOTÆ.

2. *Poſt domini mortem*] Non ita, *Stichus poſt mortem Titii domini ſui hæres mihi eſto*, ut malè Theoph. ſed ita, *Stichus ſervus Titii defuncti hæres mihi eſto.*

Nondum adita hæreditas perſonæ vicem] Ratio dubitandi, quia tempore facti teſtamenti ſervus nullius eſt. *l.* 64. *h. t.* Ratio decidendi, quia jacens hæreditas perſonæ defuncti locum interim obtinet, & pro domino habetur. *l.* 31. §. 1. *eod. l.* 34. *l.* 61. *de acq. rer. dom. inf. de ſtip. ſerv. in pr.*

Non hæredis futuri, ſed defuncti] *dd. loc. cum ſimil.* Imo non defuncti, ſed hæredis futuri, *l.* 24. *de nov.* Solve: hæreditas qua jacens conſiderata defunctum repræſentat, ut actus ex perſona ejus vires capiat, *l.* 52. *h. t. l.* 33. §. *ult. de acq. rer. dom.* adita vero videtur retro repræſentaſſe perſonam hæredis, cui ſoli eventu inſpecto acquiritur. *d. pr. inf. de ſtip. ſerv.* fac. *l.* 73. §. 1. *de verb. obl. l.* 28. §. *ult. l.* 35. *de ſtip. ſerv.*

Ejus, qui in utero eſt, ſervus.] Hoc eandem planè rationem habet, *l.* 64. *h. t.*

COMMENTARIUS.

1. *Diverſa conſideratione rectè dici, jacentem hæreditatem repræſentare & perſonam defuncti, & perſonam hæredis.*
2. *Cur ſervus poſtumi alieni hæres inſtitui potuerit, ipſe poſtumus alienus non potuerit?*

CUm ſervi alieni inſtitutio, ut dictum eſt, ſuſtineatur ex perſona domini, quæſitum eſt, an ſervus alienus rectè hæres inſtituatur etiam poſt mortem domini, hoc eſt, ſervus hæreditarius? Dubitandi cauſa ex eo, quod in propoſito perſona domini, qui nullus eſt tempore facti teſtamenti, *l. ejus ſervum.* 64. *hoc tit.* ſervo accommodari non poſſit. Placuit tamen nihilominus, rectè hunc ſervum hæredem inſtitui, quaſi per interpoſitam hæreditatem à defuncto adhuc, ut ita dicam, perſonetur: quippe hæreditatem jacentem defuncti locum interim obtinere, & pro domino tantiſper fictione juris haberi, *l. non minus.* 31. §. 1. *hoc tit. l. hæreditas.* 34. *l. hæreditas.* 61. *de acq. rer. dom. l.* 13. §. 2. *ad leg. Aquil. l.* 15. *de inter. in jur. l.* 9. *C. depoſ. cum ſimilib.*

Non hæredis futuri, ſed defuncti] Hoc totidem quoque verbis traditur *d. l.* 34. *de acquir. rer. dom.* alibi ſimpliciter dicitur, hæreditatem obtinere defuncti locum. *d. l.* 31. *hoc tit. & inf. de ſtip. ſerv. in pr.* Apud Pomponium tamen contra ſcriptum legimus, hæreditatem interim ſuſtinere perſonam hæredis, *l. novatio.* 24. *in fin. de novat.* quod & ratio juris efficere videtur; ſiquidem qui poſtea hæres extitit, ex mortis tempore defuncto ſucceſſiſſe intelligitur, ſive, quod idem valet retro agitur, hæreditas, quamvis poſtea adita, & cum tempore mortis continuatur, *l. hæres.* 54. *de acq. hær. l. omnis.* 138. *l. omnia.* 193. *de reg. jur.* Sunt, qui putant, non ſatis inter veteres hac de re conveniſſe, inter quos & D. Hotomannus eſt. Nolim ego temerè eo decurrere. Videamus, an non utrumque rectè 1
dici poſſit, hæreditatem repræſentare & perſonam hæredis & defuncti, diverſa conſideratione. Etenim ſi eventum ſpectamus aditæ hæreditatis, perſona hæredis repræſentari, rectè dicitur: hac enim conſideratione ſervus hæreditarius rectè ſtipulatur hæredi futuro, *l. ſi ex re.* 28. §. *ult. l. ſervus.* 35. *de ſtip. ſerv.* nullamque vim habere dicitur ſtipulatio ſervi hæreditarii, niſi adita ſit hæreditas, *l. interdum.* 73. §. 1. *de verb. obl.* item per ſervum acquiri hæreditati, ac per hoc etiam hæredi poſtea facto, *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 acquir. rer. dom.* Cum ait, quotiens ſervus hæreditarius ſtipulatur, vel per traditionem accipit, actum ex perſona defuncti vires ſumere. Eademque conſideratione Paulus in *l. ſervus.* 52. *hoc tit.* ſervum hæreditarium inſtitui poſſe ait, ſi modo teſtamenti factio cum defuncto fuerit, licet cum hærede inſtituto non ſit. Et igitur hæreditas, qua jacens conſiderata, defunctum repræſentat; adita, retro videtur repræſentaſſe 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 poſtumi alieni; nam & hunc ſervum ait rectè hæredem inſtitui. Javolenus contra, hoc ex illo probat, *l. ejus ſervum.* 64. *hoc tit.* Hic iterum videtur 2
obſtare ratio juris, utique veteris, quo jure poſtumus alienus hæres inſtitui non potuit, *inf. de bon. poſſ. in pr.* Hoc enim poſito, conſequens omnino eſſe videtur, nec ſervum hujus poſtumi 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, etiamſi cum hærede ſcripto

pſo non ſit, *l. ſervus. 52. hoc tit.* Adhæc in univerſum inſtitutio ſervi alieni non ita comparata eſt, ut inſtitutus ſemper dominum, in cujus 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. hær.* atque hinc clariſſimè patet, verum eſſe quod diximus, *ſub §. præc.* in his ſervorum inſtitutionibus etiam ſervorum, qui inſtituuntur, perſonam ſpectari.

TEXTUS.

De ſervo plurium.

3. *Servus autem plurium, cum quibus teſtamenti factio eſt, ab extraneo inſtitutus hæres unicuique dominorum, cujus juſſu adierit, pro portione dominii acquirit hæreditatem.*

NOTÆ.

3. *Ab extraneo*] Ab uno ex dominis inſtitutus, acquirit cæteris per *l. 63. §. 8. pro ſoc. l. 49. ad leg. Falc.*

COMMENTARIUS.

De 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 acquirere, idque non pro parte virili, ſed dominica. Juſſum domini præcedere debere conſtat, ac ſine eo ſervum hæreditatem adeundo nihil agere: de quo *ſub §. 3. ſup. per quas perſ.* Quid ergo, ſi unius juſſu adierit? Ne ſic quidem hunc interim pro majore parte, quam dominica, hæredem faciet: cæterum ſociis poſtea non jubentibus adire, tacito jure partes ei accreſcent, *l. ſervus. 67. de acq. hær.* add. *l. ult. de vulg. & pup. l. ſi ſervus. 50. de legat. 1. §. ult. inf. de ſtip. ſerv.*

Cum quibus teſtamenti factio] Hoc additum, quia, ut jam ſæpè diximus, quos ipſos hæredes inſtituere non poſſumus, eorum nec ſervos poſſumus, *l. non minus. 31. hoc tit.* Excepto quod ſervi eorum, qui non abſolutè incapaces ſunt, ſed κατά τι duntaxat, cujuſmodi olim erant fœminæ, orbi, cœlibes, vid. *ſup. pr.* inſtituti ab eo, ex cujus teſtamento domini capere non poſſunt, & antequam dominorum juſſu hæreditatem adeant, alienari, novum dominum hæredem faciant, manumiſſi ipſi ad hæreditatem admittantur, modo nihil in fraudem legis factum ſit, *l. ſi ſervus. 82. de acquir. hær. fac. l. ſi Titio. 55. §. 1. de legat. 2.*

TEXTUS.

De numero hæredum.

4. *Et unum hominem, & plures, uſque in infinitum, quot quis hæredes velit, facere licet.*

NOTÆ.

4. *Uſque in infinitum*] Εἰς ἀπέραντον. Theoph. Sententia eſt, certum numerum hæredum inſtituendorum nemini præſcriptum eſſe, ſed totum hoc arbitrio teſtantis permitti.

COMMENTARIUS.

Uſque in infinitum] Εἰς ἀπέραντον. Infinitum autem accipe pro indefinito incertoque hæredum numero, non pro multitudine, quæ extremis careat: quomodo & alibi ſæpè hoc verbum uſurpatur, *l. qui reſtituere. 68. §. 1. de rei vind. l 4. §. 2. de in lit. jur.* 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. 7. ad Calviſium* ſcribit, palam eſſe, nec hæredem inſtitui nec percipere rempub. poſſe. Ab eo jure poſtea interdum receſſum: confer Ulpian. *tit. 22. §. 5. & 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.* VINN. Poterat res publica inſtitui jure gentium. Et talis hereditas fuit Attali populo Romano relicta. Talis & Volcatii Moſchi, exſulis, relicta Maſſilienſibus. Tac. *Ann. lib. IV. cap. 43.* Pertinuit itaque hæc prohibitio ad municipia, quæ jure civili tenebantur, non ad civitates αὐτονόμους. Præclara ſunt, quæ in hanc rem differit amiciſſimus olim collega Nic. Hier. Gundl. *Diſſ. de principe herede cap. 3. §. 2. ſequ.* HEIN.

TEXTUS.

De diviſione hæreditatis.

5. *Hereditas plerumque dividitur in duodecim uncias; quæ aſſis appellatione continentur. Habent autem & hæ partes propria nomina ab uncia uſque ad aſſem; ut puta hæc, ſextans, quadrans, triens, quincunx, ſemis, ſeptunx, bes, dodrans, dextans, deunx. Non autem utique ſemper duodecim uncias eſſe oportet: nam tot unciæ aſſem efficiunt, quot teſtator voluerit: & ſi unum tantum quis ex ſemiſſe verbi gratia hæredem ſcripſerit, totus as in ſemiſſe erit. Neque enim idem ex parte teſtatus, & ex parte inteſtatus decedere po-*

teſt, niſi ſit miles, cujus ſola voluntas in teſtando ſpectatur. Et è contrario poteſt quis in quantaſcunque voluerit plurimas uncias ſuam hæreditatem dividere.

NOTÆ.

5. *In duodecim uncias*] Hæc ſolennis eſt hæreditatis diſtributio. *l.* 13. §. 1. *h. t.* quia perfectus eſt numerus duodenarius. Diod. Sic. *eclog.* 40. Galen. *de cui an. pec. not. & med.* τελειότητι σύμβολον, Hermias in *Phæd. Plat.* τῶν ἀριθμῶν μυστικώτατον. Ariſtid. περὶ μυσ. add. Cujac. ad *d. l.* 13. Duar. 2. *diſp.* 36. Fabrot. *ad Theoph.*

Non ſemper duodecim uncias] Non eſt neceſſe, ut ſemper diſtributio fiat in 12. uncias: ſed poteſt teſtator vel in plures vel in pauciores uncias hæreditatem dividere, *d. l.* 13. §. 1. 2. 3. *& ult. l.* 18. *cod. l.* 13. *C. de lib. & poſt.* Paul. 3. *ſent.* 4. Poteſt & in partes naturales dividi, puta in duas dimidias, tres tertias, &c. *l.* 2. §. 7. *de collat. l.* 76. *de acq. hær.*

Unum ex ſemiſſe] Vel ex una aliqua alia parte hæreditatis. Idemque eſt, ſi quis inſtitutus ex re certa, veluti ex fundo: perinde enim habetur, ac ſi rei mentio facta non eſſet, *l.* 1. §. 4. *l.* 9. §. 13. *h. t. l.* 41. *in fin. de vulg. & pup.* niſi cohæredem habeat indefinite aut ex parte hæreditatis 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 caſtr. pec. l.* 6. *l.* 19. *de teſt. mil. l.* 2. *C. eod.* quippe qui hic duorum velut hominum perſonam ſuſtineat. *l.* 17. §. 1. *eod.* Igitur ſi miles unum 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 hæreditatem diſtribuere.*
3. *Quod unus tantum, vel ex certa parte hæreditatis, 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 regulæ ſuperiori non eſſe locum.*
7. *Quantum mores hodierni diſſideant à jure civili Romanorum?*

SEquitur pars altera hujus tit. in qua agitur de eo, quod vel unus vel plures hæredes ſcripti ex ratione juris & voluntate teſtatoris conſequantur: quæ res ut commodius proponi, & perfectius intelligi poſſit, ante docere voluit, in quot partes hæreditas plerumque dividatur, civili ſcilicet & ſolenni diſtributione, earumque partium indicare nomina, quo ea in numerato haberent ſtudioſi diſciplinæ juris: idque fecit verbis Ulpiani in *l. ſi ſervum.* 50. §. *ult. h. t.*

In duodecim uncias, quæ aſſis appellatione] As in re numeraria eſt minimus æris nummus. Hinc illa, ad aſſem reddere, ad aſſem omnia perdere. Cum ſermo eſt de ponderibus, de diviſione hæreditatis aut fundi; ſolidum, id eſt, totum quid ſive integrum ſignificat, conſtans ex duodecim unciis, & nimirum idem, quod in ponderibus libra aut pondo. Unde illa, ex aſſe poſſidere, *l. pen. qui ſatiſd. cog.* in aſſem vindicare. *l. poſt emancipationem.* 40. §. 1. *de legat.* 3. Hæres ex aſſe, pro quo etiam libella dixit Cicero *lib.* 7. *ad Attic. Epiſt.* 2. *edit. Victor.* & alia plura ejuſdem generis. Scribit Voluſ. 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 hæreditatibus, 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. hær.* Uſuras quoque Romani partibus aſſis diſtinguebant, eaſque partiebantur in uncias, ſextantes, quadrantes, trientes, quincunces, ſemiſſes, beſſes, &c. ut videre eſt *l.* 7. §. *quæ autem.* 10. *in fin. l. Titium.* 47. §. 4. *de adm. tut. l. liberto.* 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 commodè dividatur; ἡ γὰρ ἥμισυ ἔχει, ἡ δίμοιρον, ἡ τέταρτον, ἕκτον τε ἡ δωδέκατον. Locus Galeni integer refertur à Duareno.

Habent hæ partes propria nomina] Refert jam propria nomina partium aſſis, contentus initium feciſſe ab uncia cum Ulpiano *d. l.* 50. §. *ult. hoc tit.* licet & ipſa uncia in partes minutiores dividi poſſit, veluti in duas ſemuncias, in tres duellas ſive binas ſextulas, in quatuor ſicilicos, in ſex ſextulas, in 24. ſcriptula: de quibus idem Metian. *d. loc.* ubi cum vocabulis ſimul notas partium proponit. Varro *lib.* 4. *de ling. Lat. ſub fin.* nominum rationem reddit, originemque explicat Voluſ. Metian. *de ponderib.* ſed melius Salmaſ. *de mod. uſur. pag.* 251. illud ſciendum eſt, hæreditatem etiam dividi in partes naturales, veluti in duas dimidias, *l.* 2. §. *ſi duo.* 7. *de collat.* in tres tertias, in quatuor quartas, §. *videamus.* 8. *inf. eod.* in ſex ſextas, *l. ſitu.* 76. *de acq. hær.*

Quot teſtator voluerit] Licet ſolemnis & uſitata aſſis diſtributio in duodecim partes ſive uncias, uti dictum eſt, fiat: poteſt tamen paterfam. eam diſtributionem non ſequi, atque in tot partes unciaſve hæreditatem diſtribuere, in quot voluerit, ſive in plures ſive in pau-

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 quadrante, hæredes ſcripſerit, videbitur in partes ſeptem hæreditatem 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 teſt. mil.* militem, qui filiam ex unciis duabus, uxorem ex una uncia inſtituiſſet, 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 reſolvitur, *d. l.* 13. §. 1. *hoc tit.* VINN. Non abſona videtur viri doctiſſimi A. A. Pagenſtecheri conjectura in *Aphoriſm. jur. h. t.* §. 109. hanc aſſis diſtributionem arceſſentis a ritu teſtandi per æs & libram: ſaltim as videtur datus pro aſſe hereditatis. Eo vero quum totus as hereditatis emeretur: poſſes inde & rationem reddere antiqui axiomatis: *nemo poteſt pro parte teſtatus, pro parte inteſtatus, decedere.* HEIN.

Si unus ex ſemiſſe, totus as 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 aſſe inſtitutus eſſet, omnium bonorum
3 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 facilè ejuſmodi interpretationem admittit, ubi unus tantum non dato cohærede ex parte aliqua ſcriptus eſt, quam ubi plures ex pluribus. Nam ſi, verbi gratia, tres, ſinguli ex uncia ſcripti ſunt, commodiſſimè dicitur, arbitraria diſtributione teſtatorem uſum, atque in tres partes æquales univerſam hæreditatem diviſiſſe: quod ſecus eſt, ſi unum 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 coërcet, & 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. quærebatur.* 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. coharedi.* 41. *in fin. de vulg. & pup.* Nam cum harum rerum quædam inter ſe pugna ſit; ſucceſſionis univerſi juris cujuſmodi eſt hæreditas, & acquiſitionis rei ſingularis, poteſtate juris detrahitur rei mentio, & hæredi ſic, quaſi univerſaliter inſtitutus eſſet, ſuccurritur, *l.* 1. §. 4. *l.* 9. §. *ſi duo.* 13. *hoc tit.* Sed & hoc 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 4
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 ajentia & negantia, & ideo eidem ineſſe, aut de eodem ſubjecto verè pronunciari 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 repræſentare & ſuſtinere perſonam defuncti: quæ repræſentatio ut eſt totius perſonæ, ita & totalis, atque ut eſt unius, ita & uniformis eſſe debet: hoc eſt, ut defunctus pro parte repræſentari non debet, ita nec debet per hæredes diverſi generis partim ex teſtamento partim ab inteſtato: ſed quisquis hæres eſt, debet in totum ſubire locum & vicem demortui, eumque repræſentare uno ac ſimplici ſucceſſionis genere, vel in totum ex teſtamento, vel in totum ab inteſtato. Et hoc eſt, quod ſcribit M. Tullius *lib.* 2. *de invent. c.* 21. *unius pecuniæ plures diſſimilibus de cauſis hæredes eſſe non poſſe: nec unquam factum eſſe, ut ejuſdem pecunia alius teſtamento, alius lege heres eſſet.* Cujus rei hanc rationem affert 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.* 4. *ſup. de adopt. l.* 5. *de accept.* 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 naturæ hæc eſt, ut qui naſcitur ſine legitimo matrimonio matrem ſequatur.* Id eſt, lex conſuetudinis generalis deducta ab aliqua ratione naturali, *l.* 24. *de ſtat. hom.* Nam regula iſta è ſolis Romanorum moribus pendet, neque apud alios populos locum habet, ac ne apud ipſos quidem Romanos in teſtamentis militum. Ex hac porro regula deſcendit, quanquam non tanquam ex cauſa proxima aut adæquata, jus accreſcendi inter plures hæredes teſtamentarios, videlicet ut uno deficiente pars ejus accreſcat cæteris, qui heredes extiterunt, *l. un. C.* §. *his 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 hæreditas ſemel ex teſtamento adita fuit, ex accidenti & poſt facto pro parte inteſtatus vi ipſa efficiatur, heredique ſcripto portio emolumenti auferatur, reſciſſo pro parte teſtamento per querelam inofficioſi, *l.* 15. *in fin. l. circa.* 24. *& l. ſeq.* §. 1. *de inoff. teſt.* Cæterum hoc regulam non ſubvertit: quippe cui ſatisfactum eſt, ſi ejus, qui teſtamento jure ab initio facto deceſſit, hæreditas ex teſtamento adita fuerit; ad ea, quæ poſtea fiunt, non pertinet, *per l. pen.* §. 2. *de caſtr. pec.* Et igitur ſi quis ſolus ex certa parte inſtitu-

tus sit, is nihilominus in integrum assem 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. nemo. 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. 13. hoc tit. & in l. si quis. 29. ad. SC. Treb.* totum testamentum ob eam prohibitionem collabi; utique tamen heredes ab intestato teneri quasi ex fideicommisso partem testamento expressam restituere heredi scripto, vid. Gomez. 1. *resol.* 10. *n.* 10. *& seq.* vel, rato manente testamento, prohibitionem insuper habendam, residuasque partes 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. 13. hoc tit.* scribit, & Vasquius *lib. 1. de succ. creat. §. 3. num.* 6. objicit, institutos ex certis rebus, quasi simpliciter instituti sint, hereditate potiri, nisi voluntas patrisfam. manifestissime refragetur: quippe qua clausula non hoc Jurisconsultus significat, si testator prohibuerit reliquam hereditatem accrescere institutis, ob id aut vitiari institutionem, aut partes eas relinquendas legitimis successoribus: sed quod scripti ex inæqualibus partibus certæ rei, qui alioqui ex ratione juris ex æquis partibus heredes forent, perinde ac si nec res nec partes nominatæ essent, *d. l. 9. §. si duo 13. & l. seq.* in manifesta testatoris voluntate hæredes ex inæqualibus partibus fiant, atque ex iis proportionaliter, quas in rebus certis expressit; veluti in specie ab Ulpiano proposita, unus ex triente, alter ex besse, quæ partes nominantur in fundo: atque inducetur hæc inæqualitas non tam ipso jure, quam officio arbitri familiæ erciscundæ, *l. ex facto. 35. in pr. eod.* Est tamen & media sententia, quam proponit & tuetur Salicetus in *l. 13. C. de har. inst.* & à qua non abhorret doctissimus Bachovius, nimirum prohibitionem supra dictam non efficere quidem, quo minus heres scriptus ipso jure ex asse hæres fiat: cæterum hanc ejus vim esse, ut heres ille partes reliquas, quas accrescere testator noluit, tanquam ex fideicommisso teneatur restituere iis, qui ab intestato ad hæreditatem ejus veniissent, 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. 13.* de qua paulo ante. Mediam sententiam excogitavit & Viglius noster: sed ille dum servare cupit voluntatem testatoris, manifeste facit adversus rationem juris comminiscendo tacitam legitimorum heredum in partibus, quas testator scriptum heredem habere noluit, institutionem; qualis institutio jure nostro penitus incognita est: quod cum nec ipse dissimulare audeat, mihi argumento est, eum quoque omnino & sine cunctatione in Saliceti opinionem transiturum fuisse, si quis modo eam proposuisset.

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 hæredibus, *l. 6. de test. mil. l. 2. C. eod.* quod & tunc obtinere credimus, quando unum heredem scripsit ex parte aliqua hereditatis, *per l. quærebatur. 19. d. tit.* Sed etsi plures heredes instituerit, & unus omiserit hereditatem, pars omissa ad alios non redibit, sed deferetur heredibus ab intestato, nisi contraria ostendatur militis voluntas, *l. si duobus. 37. eod.* Et quod juris est in portione bonorum, hoc idem obtinet & in temporis spatio, ut usque ad certum tempus vel ex certo tempore hæredem miles instituere possit, ut quo tempore 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. Grot. 2. *man. cap.* 18. Gudelin. 2. *de jur. noviss. cap.* 5. Christin. *vol.* 1. *decis.* 51. *num.* 48. *& seqq. & decis.* 312. *& vol.* 4. *decis.* 10. *num* 3. Zypæ. *not. jur. Belg. de testam. in pr.* Unde quæsitum est, an per hoc censeri debeat abolitum quoque esse jus accrescendi. Et quidem ubi unus tantum ex re certa vel parte aliqua hæreditatis institutus est, non magis hic moribus nostris residuum accrescet heredi scripto, quam jure civili Romanorum in eadem specie ex testamento militis; sed ad hæredes ab intestato pertinebit, *arg. l. 6. l. quærebatur. 19. de test. mil. l. 2. C. eod.* idque etiam fatentur Christin. *d. decis.* 312. & Gudelin. *d. loc.* quoniam, ajunt, in hujusmodi casibus jus accrescendi non ex conjunctione aut voluntate testatoris, sed ex legis potestate proficiscitur. Idemque haud dubie censuerunt, si plures quidem scripti sint, sed ex partibus inæqualibus; idque propter inæqualitatem partium, quæ etiam jure Rom. accretionem impedit inter collegatarios. De quo sub *§. si eadem. 8. inf. de legat.* Ego idem dixerim & si singulis singulæ partes æquales datæ, & pars aliqua vacet, veluti si tres scripti, singuli ex quarta bonorum parte; videlicet partem vacantem hic non accrescere scriptis, sed jure intestati ad legitimos heredes pertinere. Sed & si, verbi gratia, plures simpliciter instituti sunt, aut in eandem partem hæreditatis 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

ſtati 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 hæredes ab inteſtato probent, militem noluiſſe ea bona, de quibus quæritur, ad fratrem inſtitutum pervenire, portio deficiens hac ipſa ratione ad fratrem pertinebit; quia pro ea parte miles inteſtatus deceſſit. Cæterum contraria ſententia prævaluit hac ratione, quaſi jus accreſcendi in propoſito non deſcendat ex poteſtate juris, ſed ex voluntate teſtatoris, quæ ex ſola conjunctione æſtimetur, D. Grot. 2. *manuduct.* c. 23. Gudelin. *d. c.* 5. Chriſtin. *d. deciſ.* 51. *n.* 48. ac pleriſque perſuaſum fuit, etiam olim in teſtamentis militum, quamvis hi pro parte teſtati & pro parte inteſtati decedere poterant, id obtinuiſſe, niſi hæredes legitimi de contraria voluntate teſtantis docuiſſent, *arg. l.* 1. *C. de teſt. mil.* in dubio enim hanc præſumptionem fuiſſe. Quod miles uti voluerit jure communi. Qui perſpicuus error eſt: nec veterum hanc ſententiam fuiſſe apparet, ex *d. l.* 37. Nam poſito, quod jus accreſcendi ideo in militis teſtamento ceſſat, quia militi conceſſum, ut poſſit pro parte teſtato & pro parte inteſtato decedere; etiam ubi jure communi id permiſſum eſt, idem eſt dicendum, vid. 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.* 110. *& lib.* 3. *de ſucc. creat.* §. 24. *num.* 41. *& multis ſeqq.*

TEXTUS.

De portionibus ſingulorum hæredum. Si teſtator aſſem non diviſerit, aut partes in quorundam perſona non ultra aſſem expreſſerit.

6. *Si plures inſtituantur heredes, ita demum in hoc caſu partium diſtributio neceſſaria eſt, ſi nolit teſtator, eos ex æquis partibus heredes eſſe Satis enim conſtat, nullis partibus nominatis, ex æquis partibus eos heredes eſſe. Partibus autem in quorundam perſonis expreſſis, ſi quis alius ſine parte nominatus erit, ſiquidem aliqua pars aſſi deerit, ex ea parte heres fit. Et ſi plures ſine parte ſcripti ſunt, omnes in eandem partem concurrunt. Si vero totus as completus ſit, ii, qui nominatim expreſſas partes habent, in dimidiam partem vocantur, & ille, vel illi omnes, in alteram dimidiam. Nec intereſt, primus, an medius, an noviſſimus, ſine parte heres ſcriptus ſit: ea enim pars data intelligitur, quæ vacat.*

NOTÆ.

6. *Nullis partibus nominatis, ex aquis*] *l.* 9. §. 12. *hoc tit.* fac. *l.* 19. §. *ult. de leg.* 1. Illud tamen tenendum, conjunctos unius tantùm perſonæ poteſtate fungi, v. g. ſi teſtator ita dixerit, *Titius hæres eſto, Sejus & Mævius hæredes ſunto.* Aut ſic, *Titius & fratris mei filii hæredes ſunto.* 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 gratia 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 hæreditatem dividi, etiamſi teſtamento non facto inæqualiter fuiſſent ſucceſſuri.*
2. *Quantum, expleto dupondio, qui ſine parte ſcriptus eſt, habere debeat?*
3. *Perperam Hotomannum* in l. 17. §. ult. hoc tit. *pro triente ſubſtituere treſſem.*
4. *Qua in re error Hotomanni maximè conſpicuus?*

INtelleximus, quid juris ſit, ſi unus tantum hæres ſcriptus proponatur, nimirum eum & ſolum hæredem fore, atque ex toto aſſe, non tantùm, ſi ſimpliciter aut ſine parte ſcriptus ſit, verùm etiam, ſi ex parte duntaxat hæreditatis, atque adeò, ſi ex certa aliqua re. Pergit nunc hoc §. 1. *&* 2. *ſeqq.* docere Imperator, quid fiat pluribus hæredibus inſtitutis, 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 aquis 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.* 12. *hoc tit.* qua de cauſa idem quoque ſervatur in re pluribus non expreſſis partibus legata. *l.* 19. §. *ult. de legat.* 1. Quin etiam eandem voluntatis interpretationem, æqualemque partitionem ſequimur, & ſi qui ſine partibus inſtituti ſunt, non facto teſtamento in ſtirpes aut portionibus inæqualibus, ab inteſtato fuiſſent ſucceſſuri: quia teſtamento facto jam non jure proximitatis aut repræſentationis veniunt, ſed titulo & jure inſtitutionis ex judicio & voluntate defuncti, qui legitimæ ſucceſſioni per teſtamentum ſuum derogare voluiſſe credendus eſt, niſi ex conjecturis contrarium elici poſſit. Ita poſt alios Weſemb. *hic. & in parat. eod. n.* 6. Mantic. *de conject. ult. vol. lib.* 4. *tit.* 11. *n.* 11. Illud in univerſum tenendum, ſi conjuncti & disjuncti commixti ſint, conjunctos unius perſonæ poteſtate fungi, *l. planè.* 34. *de legat.* 1. *l. un.* §. *his ita.* 10. *verſ. ſin verò. C. de cad. toll.* veluti in hac inſtitutione; *Titius hæres eſto; Sejus & Mævius hæredes ſunto*; ſemiſſem Titius & tantùm ſolus feret, quantum duo conjuncti, Sejus & Mævius, *l. liber homo.* 59. §. 2. *hoc tit.*

Conjuncti etiam, & vel maximè, ſunt, qui nomine collectivo inſtituuntur, *l.13. in pr. eod. l. ult. in fin. C. de impub. & al ſubſt.* de cujus conjunctionis poteſtate Mantic. *d. loc. num.* 12. *& 2. ſeqq.* Vaſq. *lib.* 3. *de ſucceſ. prog.* §. 21. *num.* 33.

Partibus in quorundam perſonis expreſſis] Hic articulus ſecundus eſt, & complectitur tres caſus: nam partes adſcriptæ aut non exæquant aſſem, aut exæquant, aut ſuperant: duo priores hic tractantur, tertius, §. 8. Primum quod attinet, ait, ſi partibus in quorundam perſonis expreſſis adhuc aliquid aſſi deerit, id quod ſupereſt, eum vel eos, quibus pars appoſita non eſt, habituros, verbi cauſa, ſi duo ſcripti ſint ex quadrantibus, tertium ſine parte ſcriptum, quod ex aſſe reliquum eſt, & nimirum ſemiſſem, ablaturum. Hoc & Ulpian. *l. item quod.* 17. *in pr. eod.* atque omni dubio hic item caſus caret. Secundus eſt, ſi partes nominatæ aſſem exæquent ſive expleant; de quo ſic breviter hic Imperator; *Si totus as completus ſit, ii, 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, veriſimilè 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 veniet, aut ſi plures, omnes in eundem, *d. l.* 17. §. 3. & 4. vel ſi dupondius ad aſſem revocetur, quo reſpexit Juſtinianus, venient indefinitè ſcripti in ſemiſſem; eadem enim utrobique proportio
2 eſt. Similiter, ſi quis dupondium diſtribuerit, & tertium ſine parte hæredem ſcripſerit, ad tripondium tranſitum feciſſe intelligitur: & ideò, qui ſine parte inſtitutus eſt, in tertium aſſem veniet, ſive re ad unum aſſem revocata in trientem, §. 8. *inf. eod.* eaque mens eſt Juriſconſulti *in d. l.* 17. §. *ult.* cum ait, diſtributo dupondio ſine parte ſcriptum non in alium aſſem, ſed in trientem venire; non in alium aſſem oppoſitum dupondio ad aſſem prius revocato, ſive qui diſtributione teſtatoris ad 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 ſive in tripondio uni aſſi ſive 12. tancum unciis ἀναλόγως re-
3 ſpondeat. Non eſt igitur ferenda Franciſci Hotomanni confidentia, qui locum iſtum Juriſconſulti mendoſum eſſe contendens, pro *trientem* reponi vult *treſſem*, vel *tripondium*; quaſi Juriſconſultus ita ſcripſiſſet, *Qui dupondio diſtributo ſine parte inſtitutus eſt, non in alium aſſem, ſed in treſſem venit.* Quæ oratio manifeſte aut in totum falſa eſt, aut implicat contradictionem. Falſa, ſi treſſem accipimus pro tribus aſſibus conjunctim ſive pro unciis 36. in quas tota hereditas diviſa proponitur: ſic enim foret, ut totum ferret ſolus, qui ſine parte ſcriptus eſt. Contradictionem habet, ſi eadem vox accipiatur diſcretim pro aſſe tertio aut uno ex tribus. Nam huic enuntiationi; *Qui dupondio diſtributo ſine parte ſcribitur, non venit in alium aſſem*, a-perte 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 eum, 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 proportione ſua indefinita ex treſſe 18. uncias. Sed nihil eſt, quod cum ratione aut proportione magis pugnet, quam hæc Hotomanni opinio: nec hilum proficit mutata lectione: quippe cum in treſſem venire duobus tantum modis quis dici poſſit, & iis quos paulo ante indicavi. Miror, virum alias acutiſſimum non potuiſſe videre harum rerum minime obſcuram diſſimilitudinem. Quo plures in partes res quæque diſcerpitur, eo minus ſinguli ex toto ferant neceſſe eſt. Accidit hoc item in diſtributione hereditatis: ac proinde ſi hereditas diſtributa fuerit in uncias ſive partes 36. ut in quæſtione propoſita, cum exhauſto dupondio aliquis ſine parte heres ſcribitur, non poteſt nec debet is, cui pars adſcripta non eſt, tantum ex toto, hoc eſt, ex hereditate conſequi, quantum is, qui aſſe ſolum exhauſto ſimiliter ſine parte ſcriptus eſt, ubi hereditas diviſa eſt ſolummodo in uncias 24. Quid enim tam manifeſtum eſt, quam minores eſſe uncias in tripondio, quam in dupondio, atque in hoc iterum minores, quam in aſſe, omninoque ratione ad aſſem ſolennem reducta unam unciam proportione reſpondere duabus in dupondio, tribus in tripondio ſive treſſe? Sumamus exempla facillima & prope puerilia cum Hotomanno. *Primus ex* 12. *unciis heres eſto. Secundus heres eſto.* Hic Secundus ſine parte inſtitutus habebit duodecim uncias. *Primus ex duodecim unciis, Secundus item ex* 12. *unciis heredes ſunto. 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 ſive tertiam unciæ partem valent. Error Hotomanni in reductione & 4
detractionibus faciendis maxime conſpicuus eſt. Is in propoſita ſpecie Tertio ſine parte ſcripto initio nihil, Primo & Secundo ſingulis partis ſuæ dimidiam detrahit, id eſt uncias ſex de duodecim, quot ſingulis adſcriptæ, ut efficiat dupondium; in quo cum Tertius 12. Primus & Secundus ſinguli 6. tantum uncias habere reperiantur, ita dupondium deinde ad aſſem revocat, ut Primo iterum & Secundo ſingulis partis ſuæ, quam in dupondio iis reliquerat, dimidia, id eſt, ternæ unciæ detrahantur, Tertio ſenæ, ut unum hic ſemiſſem ſolus, alterum illi duo conjunctim conſequantur.

tur. Quod minime ferendum eſt. Nam cum Tertius interpretatione juris non minus in certam partem vocetur, quam duo illi, in quorum perſona partes expreſſæ ſunt, & vocetur in partem partibus expreſſis æqualem, æqualem quoque detractionem cum cæteris pati debet: ideoque in propoſito, ſi tres aſſes diſtributos ad unum redigere volumus, binæ reductiones, totidemque gradatim & pares in ſingulorum portionibus detractiones fiant. Prima ſit tripondii ad dupondium, in qua ſingulis detrahenda pars tertia, id eſt, unciæ 4. altera dupondii ad aſſem, in qua ſingulis, ut as relinquatur, detrahenda eſt dimidia. Denique eadem ἀναλόγως ratio eſt, cum dupondio ſuperato aliquis ſine parte ſcribitur, & cum dupondio non ſuperato, ſed expleto tantum: itaque ut illic in id, quod tertio aſſi deeſt, ſine parte ſcriptus vocatur, *l. Sabinus.* 18. *eod.* ita hic integrum quidem aſſem tertium, at nihil amplius capere debet, add. Ant. Fab. 5. *conj.* 20. Bachov. *in Treutl. vol.* 2. *diſp.* 11. *theſ.* 4.

TEXTUS.

Si pars vacet, aut exuperet.

7. *Videamus, ſi pars aliqua vacet, nec tamen quiſquam ſine parte ſit hæres inſtitutus, quid juris ſit; veluti ſi tres ex quartis partibus hæredes ſcripti ſunt. Et conſtat, vacantem partem ſingulis tacitè pro hæreditaria parte accedere, & perinde haberi, ac ſi ex tertiis partibus hæredes ſcripti eſſent. Et ex diverſo, ſi plures hæredes ſcripti in portionibus ſint, tacitè ſingulis decreſcere; ut ſi verbi gratia quatuor ex tertiis partibus hæredes ſcripti ſint, perinde habeatur, ac ſi unuſquiſque ex quarta parte hæres ſcriptus fuiſſet.*

NOTÆ.

7. *Ex quartis partibus*] Id eſt, ſinguli ex quadrante, ſeu tribus unciis. Et ita quoque, quod mox ſequitur, *ex tertiis partibus*, id eſt, ex trientibus, ſive unciis quatuor.

COMMENTARIUS.

1. *Explicatur conſtitutio Juſtiniani* in l. 23. C. de legat.

HIc locus pertinet ad articulum tertium, cum heredes omnes inſtituti ſunt ex certis partibus. In hoc articulo ſi teſtator ſolennem aſſis diſtributionem ſecutus, non pauciores, neque plures, partes ſive uncias fecerit, quam duodecim: nihil eſt, de quo dubitari poſſit. Tantum ſi pauciores vel plures fecerit, & juxta rationem juris ad duodecim diſtributionem revocare volumus, quæri poteſt, quantum cuique adjici vel detrahi oporteat? Placuit autem, adjectionem vel detractionem non æqualiter & in partes viriles fieri, ſed pro rata ejus partis, quæ cuique adſcripta eſt. *l.* 13. §. 2. *& ſeqq. hoc tit.*

Si tres ex quartis partibus, &c.] Hoc eſt, ſi tres inſtituti ſint, ſinguli ex quadrante ſive ex tribus unciis. Ait, *vacantem partem.* Id eſt, quadrantem reliquum, ſive tres uncias, quæ aſſi deſunt. *Pro hæreditaria parte.* Hoc clarius apparet, cum adſcriptæ ſunt partes inæquales; veluti ſi teſtator ita dixerit, *Titius ex quadrante, Mævius ex ſemiſſe hæredes ſunto.* Hic enim ex tribus unciis, quæ aſſi explendo deſunt, una Titio, duæ accreſcunt Mævio, *d. l.* 13. §. 3. perinde ac ſi ille ex triente, hic ex beſſe ſcriptus eſſet. Accreſcunt autem partes reſiduæ ſingulis 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 unciis quatuor. *Tacite ſingulis decreſcere.* Pro parte item hereditaria, ut quadrantem ſinguli in aſſe ferant. Et igitur ſi duo ſcripti ſint, Primus ex 12. Secundus ex 6. unciis, Primus ex ſententia veterum habebit hereditatis beſſem, Secundus trientem, *d. l.* 13. §. *ſed ſi.* 4. *hoc tit.* Et ἀναλόγως, ſi Primus ex 12. Secundus ex 8. aut 9. ſcripti ſint, portio Primi major erit ſesquuplo vel epitrito, quam Secundi: à qua tamen veterum ſententia videtur receſſiſſe Juſtinianus, *l. cum quæſtio.* 23. *C. de legat.* niſi dicamus cum Donell. *lib.* 6. *comm. c.* 22. intereſſe utrum aſſe ſive duodecim unciis Primo relictis, mox ſemis aut ſex unciæ Secundo relinquantur ſimpliciter, an ſex unciæ aut dimidia nominatim ejuſdem rei aut totius quod relictum eſt. Et hoc poſteriore caſu locum duntaxat eſſe conſtitutioni Juſtiniani, qui & initio ſpeciem ita proponit; priore non item. In quo Donello aſſentior: nam prior caſus, de quo nulla inter veteres diſſenſio, Juſtiniani deciſione non indigebat. Illud addo, poſſe & aliam rationem in re propoſita iniri, ut progreſſus fiat ad dupondium, & ſingulis pro portione 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 unciis.* 87. *hot tit.* VINN. Conſtitutio Juſtiniani binas tractat ſpecies. Priore ponitur, Titium fundum Cornelianum uni legaſſe in ſolidum, deinde alteri partem ejuſdem dimidiam. Hic Sabiniani ſequendam putabant proportionem geometricam: *l.* 80. *ff. de leg.* 1. *l.* 13. *ff. de lib. & poſtum. l.* 47. *ff. de her. inſtituend.* Proculiani autem præferebant proportionem arithmeticam. Hinc illi priori legatario beſſem; alteri trientem; hi utrique partes æquales adjudicabant. Quorum ſententiam probat Juſtinianus. Poſterior ſpecies ponit, Titium fundum Cornelianum bis legaſſe uni, deinde ſemel alteri, vel eumdem fundum primum Mævio ſeparatim; deinde Mævio & Sempronio conjunctim legaſſe: hic denuo quidam priori beſſem, poſteriori trientem; alii utrique partes æquales adjudicabant, ob eaſdem rationes. Horum ſententiam Juſtinianus confirmat. Merill. *in l. Deciſ. c.* 29. *p.* 372. Nullo modo ergo hæc conſtitutio adverſatur doctrinæ hujus §. in quo non de legato, ſed de aſſe hereditario quæſtio eſt. HEIN.

TEX-

TEXTUS.

Si plures unciæ, quàm duodecim, distributæ sunt.

8. *Et si plures unciæ, quàm duodecim, distributæ sint, is, qui sine parte institutus est, quod dupondio deest, habebit. Idemque erit, si dupondius expletus sit. Quæ omnes partes ad assem posteà revocantur, quamvis sint plurium unciarum.*

COMMENTARIUS.

1. *Casus aliquot hic omissi recensentur.*

REctius hic §. subjectus foret §. 6. propter convenientiam propositorum in utroque casuum, qui ad eundem articulum; atque ex tribus, in quos præsens disputatio divisa est, ad secundum pertinent, nempe 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 assi, ita si testator superato asse, dupondio tamen non expleto, sine parte heredem scripserit, is quod ex dupondio deest, habebit, ad quem testator assem excedens transire intelligitur, *l.* 18. *hoc tit.* Quamobrem si ita scripserit, *Primus ex unciis* VIII. *Secundus item ex* VIII. *Heredes sunto. Tertius heres esto.* Hic Tertius, item octo uncias, quot dupondio desunt, feret. Eadem ratione, si ita scripserit; *Primus ex sex, Secundus ex octo, heredes sunto. Tertius heres esto.* Tertius decem, quæ supersunt in dupondio, habebit, *l. ex unciis.* 87. *hoc tit.* Quod si partes, uti fit, ad unum assem revocamus, in priori specie singuli trientem, in posteriore Primus quadrantem, Secundus trientem, Tertius sine parte scriptus quincuncem feret.

Idemque erit, si dupondius expletus sit] Expletus videtur dixisse pro *superatus:* neque enim hic de expleto asse aut dupondio quæritur, sed de superato; qui casus ab illo diversus est: 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 omissi, & fortassis de industria: veluti 1. si quis solus institutus sit; non simpliciter aut ex parte hereditatis, sed ex re certa, puta ex fundo; quam institutionem valere placet, quasi mentio fundi facta non esset, & institutum bonorum omnium hereditatem consequi, *l.* 1. §. 4. *hoc tit. l. coheredi.* 41. *in fin. de vulg. & pup.* de quo dixi §. 5. *sup. eod.* 2. Si plures instituti omnes item ex re certa: atque hoc casu similiter mentio rei & partium quoque nominatarum potestate legis detrahitur, etiam tunc cum ex partibus rei inæqualibus instituti sunt, nisi aliud suadeat manifesta voluntas testatoris: tunc enim partium expressio valebit ad rerum divisionem, ut officio judicis familiæ erciscundæ pro rata portionis, quam cuique in rebus assignavit testator, hereditas singulis adjudicetur, *l.* 9. §. *si duo.* 13. *l.* 10. junct. *l. ex facto.* 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 in *dict. 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. Graff. §. *institutio. quæst.* 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 Maviam uxorem duxerit.* Hic institutio, in pendenti est, & si quidem extiterit conditio, vires capit, ac conditionis eventus retrotrahitur ad tempus mortis, ut perinde habeatur, ac si pure facta esset institutio: si conditio defecerit, institutio evanescit, deferturque hæreditas ab intestato. *l.* 26. *de cond. inst.* fac. *l.* 8. *de per. & com. rei vend. l.* 11. §. 1. *qui pot. in pign.*

Ex certo tempore, &c.] Ratio est, quia regula, quæ vetat eundem in paganis testato & intestato decedere, etiam in spatio temporis locum habet, *l.* 41. *de test.*

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. t.*

COMMENTARIUS.

1. *Captatoria inſtitutio quæ veteribus dicta?*
2. *Suos heredes omnes ſub alia conditione inſtitui non poſſe, quam quæ 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. *In teſtamentis 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 indicaſſe. Ante quorum explicationem monendi ſumus, ad formam inſtitutionis omnino pertinere, ut ea verbis fiat, iiſque idoneis, ut ex iis liquere poſſit voluntatis intentio; quamvis quibus verbis fiat, imperativis ſive directis, an inflexis nihil referat, *l.* 15. *C. de teſtam. & ibi DD.* Deinde ita fieri debere, ut de perſona heredis certo conſtare poſſit, vel ex nomine, vel ex indubitabili ſigno; alioqui vitiari inſtitutionem, *l.* 9. *in pr.* junct. §. *ſi quis.* 8. *& ſeq. 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 voluerit, heredes ſun-*
1 *to. l. illa inſtitutio.* 42. *l. ſi quis.* 68. *eod.* tum captatoria, quæ fit captandæ alienæ hereditatis cauſa, cum teſtator ſuam hereditatem tanquam in hamo defert, ut allectet alienam; puta hoc modo, *Qua ex parte Titius me heredem faciet, ex eadem mihi heres eſto, l. captatorias.* 70 *cum l. ſeq. eod. l. captatoriæ.* 64. *de legat.* 1. cujuſmodi inſtitutiones etiam in teſtamentis militum improbantur, *l.* 11. *C. de teſt. mil.* Hoc modo concepta inſtitutio valet, *Qua ex parte Titius me heredem fecit, ex eadem heres eſto.* Quoniam in præteritum collata eſt, neque ad captandum, ſed ad remunerandum comparata, *l. illæ autem.* 71. *l. Clemens.* 81. §. 1. *h. tit.* Sed nec inſtitutiones, quæ mutuis affectionibus judicia provocaverunt, pro captatoriis habentur, *d. l. captatorias.* 70. *eod.* Valent itaque haud dubie & mutuæ conjugum inſtitutiones. D. Tulden. *in C. de teſt. mil. n.* 9. ubi obiter refellit Jo. Deckherum hanc ſententiam oppugnantem *lib.* 1. *diſſert.* 7. De captatoria inſtitutione eleganter Menoch. *conſil.* 408. Ant. Fab. *C. ſuo de hered. inſt. defin.* 11. poſt Cujac. 16. *obſ.* 11. Duar. *c.* 3. *hoc tit.* Nunc accedamus ad explicationem textus. VINN. Sed reliquorum omnium induſtriam ſuperavit Vir Illuſtris, Corn. van Bynkersh. *de captator. inſtit.* quæ diſſertatio inter reliqua ejus opuſcula habetur. HEIN.

Sub conditione inſtitui poteſt] Conditio eſt adjectio, qua in futurum eventum, quod dari, aut fieri volumus, ſuſpenditur: eaque vel poſſibilis eſt, vel impoſſibilis. Impoſſibilis inutiliter inſtitutioni adjicitur & pro non 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. Solius perſona filiifam. excipitur, qui vetatur ſub alia conditione heres inſtitui, quam quæ in illius poteſtate ſit, niſi ſub contraria conditione exheredetur, ne, ſi conditio deficiat, reperiatur contra legem præteritus, *l.* 4. 5. 6. *l. jam dubitari.* 86. *hoc tit. l.* 15. *l. ult. de cond. inſt.* Tantundem nunc 2
dicendum de cæteris liberis, qui in poteſtate ſunt, & ſui heredes, poſtquam hi omnes filiofam. 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.* 42. *C. de inoff. teſtam.* Non enim animadvertunt agi iſto loco, non de liberis inſtitutis, ſed exheredatis, quibus aliquid pro legitima relictum ſit. Nam Juſtinianus cum in *l. omni modo.* 30. *& l. ſeq. C. eod.* juſſiſſet ceſſare querelam inofficioſi, ſi quid liberis, omnino relictum eſſet, ſupplerique, ſi minus relictum, quod legitimæ deeſt, mutato veteri jure, quo querela non excludebatur, niſi aut tota legitima portio relicta eſſet, aut ſi minus, adjecta clauſula, ut ſi quid deeſſet, id boni viri arbitratu repleretur, in *d. l. quoniam.* 42. Quæ mox ſequitur, ſuperiores ſanctiones temperat, eaſque ſic vult obtinere, ut liberi portionem legitimam plenam conſequantur, & ſine ullo gravamine aut mora. Noviſſime voluit & titulo inſtitutionis legitimam relinqui. *Nov.* 115. *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 innuitur differentia temporis ſive diei certi atque incerti, & quæ hic traduntur, non ad utrumque, ſed ad alterum tantummodo, certum ſcilicet, pertinere. Ita eſt: Dies aut eſt certus, aut incertus. De incerto illico videbimus. Certum dicimus, cum certum eſt, & venturum eſſe, & quando venturus ſit. Hic dies bifariam inſtitutioni forte apponi poteſt; vel ut terminus à quo, veluti, *Poſt quinquennium quam moriar, heres eſto;* vel ut terminus ad quem, veluti, *Uſque ad quinquennium heres eſto.* Neutro autem modo ap- 3
ponitur utiliter. Et hoc eſt, quod Imp. ait, here-

dem 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 vitio temporis ſublato manet inſtitutio.* Quod dies tollitur, benevolentiæ eſt, ne pereat ultima defuncti voluntas. Quod die non ſublato ſubſiſtere nequeat inſtitutio; ex regula, qua vetatur, idem in paganis teſtato & inteſtato decedere, propoſita & à nobis expoſita. §. *hereditas.* 5. *ſup. eod.* Neque enim ad portionem bonorum tantum, verum etiam ad temporis ſpatium ea regula pertinet, *l. miles ita.* 41. *in pr. de teſt. mil.* Peculiaris quoque ratio eſt, cum dies adjicitur tanquam terminus ad quem; quia juri noſtro non convenit, temporalem heredem habere, ſed is, qui ſemel heres extitit, ſemper heres maneat neceſſe eſt, *l.* 7. §. *ſed quod.* 10. *de minoribus. l. ei qui.* 88. *hoc tit.* De altero illo quæſierit aliquis, cur cum heres ex certo die inſtituitur, non æque placeat ſuſpendi inſtitutionem, & antequam dies veniat, nullum interim heredem eſſe, ac cum quis inſtituitur ſub conditione, & quid interſit, ita ſcribam, *Titius poſt quinquennium heres eſto*, an, *Titius hæres eſto, ſi uxorem duxerit?* Hoc
4 intereſt: Conditionis ea eſt vis ac natura, ut actum omnem, cui adjicitur, 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 pendenti eſt tota diſpoſitio teſtatoris, & ſiquidem defecerit conditio, nulla diſpoſitio facta intelligitur, ſtatimque defertur hereditas ab inteſtato; ſi extiterit, eventus ejus retrotrahitur ad tempus mortis, ut quod ſub conditione diſpoſitum eſt, pure diſpoſitum intelligatur, *l. ſi pupillus.* 26. *de cond. inſtit.* Dies vero certus diverſæ naturæ eſt, primum in hoc, quod nunquam ſuſpendit vim aut effectum juris; tantum ad hoc utiliter rei alicui, veluti legato aut ſtipulationi, adjicitur, 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 ante id tempus heres eſſe impediatur, dies operabitur præter & contra ſuam naturam ſuſpenſo juris effectu, ideoque ſtatim potius admittendus, præſertim cum certum ſit, diem extiturum eſſe, quod ſecus eſt in conditione. Ita poſt Jacob. de Aret. Bart. & Bald. diſputat Gomez. 1. *reſol.* 2. *n.* 8. Deinde & in eo differentia eſt, quod dies non ita, ut conditio, exiſtens retrotrahi poteſt, hoc eſt, quod aditio poſt diem exiſtentem facta non poteſt conjungi & continuari cum tempore mortis teſtatoris, quam tamen continuationem jus requirit, *l. 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 ra-
5 tio non patitur. Noſtri & Gallorum mores hujuſmodi ſubtilitates averſantur: ſed ubi receptum eſt, ut unicuique pro portione bonorum & teſtato & inteſtato decedere liceat, ita & ad tempus quiſque hæredem facere poteſt, & ex certo tempore, ut aut poſt tempus, aut antequam dies veniat, inteſtati hæreditas deferatur; quod jure civili Romanorum ſolummodo ex privilegio obtinebat in teſtamentis militum, *l.* 15. §. 4. *l. miles.* 41. *in pr. de teſt. mil.* vid. notat. *ſub* §. *hæreditas.* 5. *ſup. eod.* Hæc dicta ſunto de die certo. Dies incertus aut prorſus & ſimpliciter talis eſt, cum ſcilicet neutrum horum apparet, nec an venturus ſit, nec quando; veluti ſi ita teſtator dixerit, *Titius hæres eſto, cum conſulatum inierit; cum uxorem duxerit*, aut ſecundum quid, cum alterutrum incertum eſt, & vel ignoratur, an venturus ſit duntaxat? veluti ſi ita ſcriptum ſit? *Titius cum erit annorum quatuordecim, hæres eſto:* vel tantum, quando venturus ſit? qualis eſt dies mortis cujuſque. Et extat de die incerto ge-6
neralis definitio Papiniani in hæc verba: *Dies incertus conditionem in teſtamento facit, l. dies.* 75. *de cond. & dem.* cujus definitionis hæc ſententia eſt, ut conditio teſtamento adjecta non detrahitur ſed ſuſpendit diſpoſitionem, ita & dies incertus; atque ut exiſtente demum conditione vires accipit diſpoſitio, ita & exiſtente demum die incerto. Et 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, extiturum 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 ſcriptus ante 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 adſcribatur, 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 extiturus ſit, detrahendum eſſe, inſtitutionemque pro pura habendam: quæ & communis interpp. ſententia eſt in *l.* 9. *C. hoc tit.* teſte Gomez. 1. *reſol.* 2. *n.* 11. Illud aperte falſum eſt, quod hoc loco ſcribit Bachovius, tale legatum: *Titio, cum morietur, decem do, lego.* conditionale eſſe, contra textus expreſſos in *d. l. hæres meus.* 79. *de cond. & dem.* & *in d. l.* 4. §. 1. *quand. dies leg. ced.* Singularis caſus inſtitutionis ex die incerto eſt, cum quis inſtituitur in tempus capiendæ 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.* 62. ſic temperandum exiſtimat, ut locum habeat, cum incapacitas eſt ex parte inſtituti duntaxat, non etiam ſimul ex parte teſtatoris: nam ſpurium hoc modo; *cum*

caperet

7 *capere poterit*, à patre inſtitui non poſſe. De illo quæſitum eſt, ſi, verbi gratia, uxori bonorum omnium uſusfructus legatus ſit, & poſt mortem ejus Titius hæres inſtitutus, an legatum valeat? Et multis viſum eſt, tale legatum eſſe inutile; quoniam dies uſusfructus legati non prius cedit, quam hæreditas adita ſit, *l. un. §. 2. quand. dies uſusfr. leg. ced. 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 uſusfructus adita poſt mortem uxoris hæreditate, quia uſusfructus morte extinguitur. Pluribus tamen viſum eſt valere, quibus aſſentior. Etenim in caſu propoſito inſtitutio hæredis conditionalis non eſt, ſed pure in proprietate facta ex mente teſtatoris intelligi debet, utpote qui legatum purè deberi 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 hæres inſtitutus adire vivente uxore nolit? Poſſe eam in caſu propoſito de facto uti & frui, Baldus reſpondit in *l. extraneum. 9. C. hoc tit.* ſed tutius eſt, ut judicis officium ſuper hoc imploret, vid. Covar. *2. var. reſ. 2. num. 5.* Gail. *2. obſ. 143. n. 2.* Graſſ. *§. legatum. q. 23. n. 2.* Mantic. *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, ἄπορον vitiat inſtitutionem, *l. 16. eod.* VINN. Aſt proprie conditio impoſſibilis conditio non eſt, quia actum non ſuſpendit ab incerto eventu: immo potius eventus eſt certiſſimus. HEIN.

COMMENTARIUS.

1. *Conditionem ἄπορον, aut difficilem propter perſonæ cui appoſita eſt, qualitatem, &c. pro impoſſibili non haberi.*
2. *Ultimas voluntates appoſitione conditionis impoſſibilis non vitiari; conventiones contra & cur tam variè.*
3. *Diſpoſitionem hujus §. auctore Grotio, non convenire moribus noſtris.*
4. *Conditioni impoſſibili ſimilem eſſe eam, quæ quid turpe continet, & ideo hanc quoque pro non ſcripta haberi in ultimis voluntatibus.*

IMpoſſibilis conditio eſt, definitore Juſtiniano, cui natura impedimento eſt, quo minus exiſtat; veluti, *ſi digito cœlum tetigeris, §. ſi impoſſibilis. 11. inf. de inut. ſtip.* Sed & quæ facta natura & per ſe poſſibilia ſunt, poſſunt caſu aut adjectione temporis fieri impoſſibilia: veluti, exigere pecuniam, monumentum facere, Gadibus Romam pervenire, ſunt δυνατά. at exigere pecuniam à ſe, monumentum poſt mortem teſtatoris in triduo proximo facere, biduo Gadibus Romam pervenire, ἀδύνατα. 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 1
conditio ſit ἄπορον, 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 fideicommiſſo 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 Mævia. 45. hoc tit. l. 3. de cond. & dem.* Planè conditio difficilis huc non pertinet, quantumvis propter perſonæ, cui appoſita eſt, qualitatem aliamve cauſam videatur impoſſibilis: ſed niſi conditioni pareatur, relictum in teſtamento non capitur. Finge libertatem ſervo relictam hac conditione, *ſi hæredi 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 ſervo quatuor annos nato libertas detur cum erit annorum centum: de quo vid. Franc. Amaya *lib. 2. obſ. jur. cap. 11.* Alio autem jure utimur in ſtipu- 2
lationibus & conventionibus; quippe quæ nullius momenti ſunt, & in totum vitiantur appoſita conditione impoſſibili, *§. ſi impoſſibilis. 11. inf. de inut. ſtip. l. 7. de verb. obl. l. non ſolum. 31. de obl. & act.* ubi etiam diverſi juris indicatur ratio; nimirum quia manifeſtum eſt, eos, qui in contrahendo apponunt aut apponi patiuntur conditionem, quam ſciant eſſe impoſſibilem, non eſſe hoc animo, ut ſe aut alios ſibi obligent, ſed jocari, ludere, omnino ea cogitatione eſſe, ut nihil agi exiſtiment. At teſtatorem in ordinatione ſupremæ voluntatis, in re tam ſeria & cogitatione mortalitatis, ſerio agere non ludere voluiſſe, quod in ſpeciem impietatis cadit, credendum 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.* VINN. Hinc plane hæc juris principia deſerit Pontifex, qui conditiones impoſſibiles adjectas ſponſalibus pro non adjectis haberi jubet, niſi ſint contra matrimonii ſubſtantiam *cap. fin. X. de cond. adpoſ. in deſponſat.* Quaſi nihil interſit, ſive alter mihi ignoranti conditionem impoſſibilem injunxerit, ſive ipſe in illam conſenſerim: quod ſit in pactionibus & contractibus. HEIN. D. Grotio videtur, hanc interpretationem mi- 3

nus convenire moribus noſtris: Nam cum in his regionibus omnem ſupremam diſpoſitionem interpretemur ſecundum id, quod propius vero eſt ſenſiſſe teſtatorem, nobis hujuſmodi inſtitutionem potius pro ridicula & nulla habendam eſſe, ut etiam ipſi Romani in cæteris cauſis id intellexerunt, dempta ultima
4 voluntate. Impoſſibili conditioni ſimilis eſt conditio turpis, quam interpretes vulgo ut ſpeciem impoſſibili ſubjiciunt, & appellant impoſſibilem de jure. Ea eſt, quæ quid continet, quod pugnat cum pietate, bonis legibus aut moribus. Nam, ut bene & piè Papinianus noſter in *l. filius.* 15. *de cond. inſt. Quæ facta lædunt pietatem, exiſtimationem, verecundiam noſtram, & generaliter, quæ contra bonos mores fiunt, ea nec facere nos poſſe credendum eſt.* Et ideo etiam, ſi quid 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 conditione 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 *ſup. §. prec.* Pacta quoque & ſtipulationes turpi conditione appoſita nullius momenti ſunt, ut 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 puta,* 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, copulatæ orationis partes omnes veras eſſe oportere, ſi ea vera eſſe ponatur: totam autem falſam eſſe, ſi vel una pars falſa ſit: cui conveniens eſt, quod hic ſcribit Juſtinianus, ſi plures conditiones conjunctim inſtitutioni adſcriptæ ſint, omnibus parendum eſſe, ut ſcilicet verificetur tota 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 hæ enunciantur de ea conditione, 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.* & ſi 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 ſcil. 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 libet* voce divulſa, id eſt, cui placet. Theoph. ὁὶ ἂν βούλεται. 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. jure* 24. *de cond. & dem. l. in jure.* 161. *de reg. jur.* & ibi doctiſſimè Pet. Fab.

TEXTUS.

De his, quos nunquam teſtator vidit.

12. *Ii, 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.*

ETiam qui nobis ignoti ſunt, hæredes à nobis inſtitui poſſunt, modo ne ex alio capite ſint incapaces, puta quia peregrini, *l. extraneum.* 9. *C. hoc tit. l. quidam.* 46. *eod.* Poterat duplex hic eſſe dubitandi cauſa, tum quod certum eſſe debet conſilium teſtatoris, certaque perſona inſtituti, Ulp. *tit.* 22. §. 3. tum quod eos ferè hæredes inſtituere ſolemus, quorum merita affectionem noſtram provocaverunt, *l.* 9. *pro ſoc.* Verum enimvero ubi teſtatoris voluntas in perſonam aliquam certam deſtinata eſt; incertum ejus conſilium incertave inſtituti perſona dici nequit; licet circa accidentia perſonæ, puta nomen, faciem, incertitudo ſit: & poteſt quis etiam erga ignotum ita affe-

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, urbesve 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 *peregri natos*, dictione divisa; quomodo in omnibus quoque libris manuscriptis legi testatur Hotomannus, quos quidem videre illi contigit: aitque, cum ista lectione consentire & Theophilum: quo tamen nomine reprehenditur à Bachovio, quasi lectori imponat, cum etiam Theophilus habeat; ἐπὶ ξένης ἀλλόγοντα. Verum si bona fide agit Bachovius, necesse est, valde oscitanter Theophilum ab eo inspectum esse: quippe cum Theophilus non proponat fratrem ipsum ἐπὶ ξένης ἀλλόγοντα 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. Joan. del Castillo Sotomayor *tract. de usufr. c.* 60. Quinetiam secundum quarundam civitatum leges ne locum quidem in testamentis habet hæredis institutio. Sic enim dictant leges Parisiensium, Aurelianensium, Gandavensium, Cortracensium, &c. quod tamen ita passim accipitur, ut, si hæres institutus sit, pro legatario tantum is habeatur. D. Gudelin. *lib.* 2. *de jur. Nov. c.* 5. D. Christin. *vol.* 1. *decis.* 247. *num.* 8. *& decis.* 305. *num.* 17. *& seqq.*

TITULUS DECIMUSQUINTUS.

DE VULGARI SUBSTITUTIONE.

Dig. Lib. 28. *Tit.* 6. *C. Lib.* 6. *Tit.* 25. *&* 26.

1. *Ratio ordinis, simul quam variè verbum substitutionis à nostris usurpetur?*
2. *Divisio substitutionis in directam & fideicommissariam; ac utriusque speciei explicatio.*
3. *Nomine substitutionis simpliciter posito intelligi directam: quæ & perfectius definitur.*
4. *Vulgatæ divisiones substitutionis notantur: ostenditurque, commodissimè eam dividi in duo genera duntaxat.*
5. *Summa eorum, quæ hoc tit. explicantur.*

1 POstquam ea omnia Princeps tradidit, quæ ad testamenta rectè ordinanda & hæredum institutionem pertinent, reliquum videbatur, ut protinus disputaret, quibus modis testamenta rectè ab initio ordinata postea infirmentur: cæterum cum testatori permissum sit non tantum hæredem testamento instituere, sed etiam in locum deficientis hæredis instituti 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 loquuntur 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 proponebatur.* 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 ceperit, eundem fundum Sejo do, lego. l. ut hæredibus.* 50. *de legat.* 2. Nam hæc quoque directa substitutio est, & ideò legatum agnoscente primo legatario evanescit, *l.* 6. *C. de legat.* Fideicommissaria est, quæ fit verbis precariis, cum scilicet testator vel hæredem instituto 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 divisionem ut perfectam, accipiatur saltem ut generis ὡς ἐν, & eo pertineat, ut varium vocis usum, quem in jure habet, intelligamus. Illud equidem certum est, 3 nomen substitutionis simpliciter positum in usu juris (sive propriè sive per excellentiam) solam denotare substitutionem directam, atque eam, qua hæres hæredi substituitur; unde passim videmus, substitutionem opponi fideicommissis, *l.* 6. §. *Titius.* 5. *ad sen. Treb. l. tutores.* 39. §. 3. *de adm. tut. l. cum pater.* 77. §. *volo.* 13. *de legat.* 2. cum similib. quorum etiam tractatio proprium locum atque hinc satis longè remotum occupavit cir-

ca finem hujus libri: *in Pand. lib.* 36. cum de ſubſtitutionibus agatur *lib.* 28. Igitur quod ad propoſitum attinet, ſi quæratur quid ſit ſubſtitutio, ea ſic licet definiatur; Subſtitutio eſt ſecundo vel ulteriore gradu facta inſtitutio: vel brevius & ſimplicius, eſt ſecundi hæredis inſtitutio, *l.* 1. *l. ex facto.* 43. §. *Lucius.* 2. *in fin. hoc tit.* Nam omnem ſubſtitutum veteres ſecundum hæredem vocant, licet longa ſerie ſubſtitutio facta ſit, & quis tertio vel quarto vel ulteriore etiam gradu locove ſcriptus reperiatur; habito ſcilicet reſpectu non ad ordinem ſcripturæ, ſed ſucceſſionis: & quia omnis ſubſtitutus collatus cum eo, cui ſubſtituitur, & ex cujus perſonæ relatione nomen ſubſtituti accipit, ſemper ſecundus eſt. Vulgo hæc ratio affertur, quia omnis inſtitutio, quæ fit poſt primam, & in locum primi hæredis deficientis rectè dicatur ſecunda, quemadmodum ſecundæ nuptiæ dicuntur, quæcumque contrahuntur poſt primas. VINN. Non uſque quaque vera eſt hæc Vinnii obſervatio. Qui enim ſubſtituti ſubſtitutis, ii ſubinde vocati heredes tertii, quarti, quinti: non ſecundi. Hinc *tertiorum heredum* me-
4 minit Sueton. in *Claud. cap.* VI. HEIN. Species ſubſtitutionis alii plures, alii pauciores faciunt. Doctores communiter quinque, vulgarem, pupillarem, exemplarem, breviloquam, & compendioſam. Exemplarem vocant ſubſtitutionem mente capti: breviloquam, quam alii melius reciprocam, cum hæredes inſtituti invicem ſubſtituuntur: compendioſam, quæ verborum hoc compendio. *Quandocunque deceſſerit* comprehendit plures ſubſtitutionum ſpecies, plures caſus & tempora: veluti ſi pater ad eum modum ſubſtituerit filio impuberi continebitur hic & vulgaris & pupillaris, & ſi fortè filius mente captus ſit, etiam exemplaris: poſtremo militaris quoque privilegiata, ſi miles ſit, qui ſubſtituit, Gomez. 1. *reſol.* 7. & 8. Graſſ. §. *ſubſtitutio. q.* 3. *q.* 51. & *multis ſeqq* Sichard. *in l.* 8. *C. hoc tit.* Ant. Merend. 4. *cont.* 6. Duarenus autem ad hunc *tit. c.* 3. & Soar ad Gomez. 1. *reſol.* 3. ponunt haſce quatuor, vulgarem, pupillarem, quaſi pupillarem, & militarem, rejectis breviloqua & compendioſa, ut modis ſubſtituendi, non ſpeciebus ſubſtitutionis. Longè rectius noſtro quidem judicio Vigl. Mynſ. Hotom. *hic.* Donell. 6. *com.* 23. duas duntaxat ſpecies ſtatuunt, vulgarem & pupillarem, ad quarum alterutram formas omnes ſubſtituendi referunt, & ſpecies revocant. Etenim ſi genera ſubſtitutionum à caſuum differentiis diſtinguenda ſunt, plura poni 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 conditio vulgaris ſubſtitutionis, alter, ſi hæres erit, qui ſecundus, & proprius pupillaris, *l.* 4. *l. Lucius.* 25. *h. t. l.* 8. *C. eod* poteſtque ſubſtitutio exemplaris, quam vocant, ἀναλόγως referri ad pupillarem, & commodiore nomine appellari quaſi pupillaris, de qua agitur §. 1. *tit. ſeq.* Compendioſa & reciproca diverſas ſubſtituendi formulas denotant, conceptas ſemper in primum vel ſecundum aut utrumque caſum. Quod autem miles filio puberi vel etiam extraneo in ſecundum quoque caſum directo ſubſtituere poteſt, abnorme atque ex privilegio eſt: neque ob id neceſſe eſt ſeparatam ſpeciem conſtituere. Cæterum nec hæc ipſa bipartita diviſio alia eſt, quam generis homonymi: quippe ſola vulgaris ſubſtitutio propriè ſubſtitutio eſt, pupillaris non tam ſubſtitutio, quam inſtitutio prima, utpote per quam ſubſtitutus non teſtatori ſuccedit & gradu ſecundo, ſed pupillo & gradu primo tanquam ab ipſo primo loco inſtitutus. Ant. Merend. 4. *contr.* 6. *n.* 12. & 13. Obtinuit tamen ut & hæc diceretur ſubſtitutio, quia ſecundo loco fieri debet poſt inſtitutum patri hæredem, ut declarat Ulp. *l.* 2. *in fin. h. t.* ſive quia ſubſtitutio impuberis pars eſt & ſequela teſtamenti paterni, §. *liberis.* 5. *tit. ſeq.* Hæc ſtudioſis juris præmonſtrare operæ duxi, ne doctorum ſcripta adeuntes in veſtibulo hærerent aut offenderent. Præ- 5
ſenti in titulo agitur de ſubſtitutione vulgari, paucis ſanè & parce pro materiæ amplitudine & ſubtilitate. Proponuntur primo formulæ ſive modi aliquot vulgariter ſubſtituendi; poſt aliquid aſpergitur de effectu, ut ſciamus quas in partes, nullis ſubſtitutioni adſcriptis, ſubſtituti vocati intelligantur, & quatenus extendenda ſubſtitutio. Dicitur vulgaris à vulgari & uſitato ſubſtituendi modo, vel quia 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.

TEXTUS.

De pluribus gradibus hæredum.

Poteſt autem quis in teſtamento ſuo plures gradus 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 inſtituere poſſit.*

NOTÆ.

Subſtitutione] Subſtitutio eſt ſecundi vel ulterioris hæredis inſtitutio, *l.* 1. *hoc tit.* Eſt autem duplex, una vulgaris, quæ cuivis à quovis teſtatore fieri poteſt in hunc caſum, ſi priore gradu inſtitutus hæres non erat: altera pupillaris, quæ à parentibus fit liberis impuberibus, quos in poteſtate habent, in caſum contrarium, ſi filius inſtitutus hæres erit, & intra pubertatem deceſſerit: ad quam ſpeciem ἀναλόγως referri poteſt & illa mente capti, de qua §. 1. *tit. ſeq.* fideicommiſſariæ ſubſtitutiones huc non pertinent: de quib. *inf. tit.* 23.

Noviſſimo loco in ſubſidium] Defunctorum intereſt, ut habeant ſucceſſores, *l.* 6. *de interr. in jur. fac.*

COMMENTARIUS.

1. *Subſtitutionem in codicillis factam ſuſtineri in vim fideicommiſſi.*
2. *Gradus hæredum non ex ſcripturæ ordine, ſed ex ſucceſſionis ſerie, quam teſtator fecit, æſtimari.*
3. *Conditionem hanc,* ſi hæres non erit, *continere & caſum impotentiæ & noluntatis; & an uno horum expreſſo, contineatur & alter?*

4. *Con-*

4. *Conditionem*, ſi hæres non erit, *diverſimodè accipi pro diverſa qualitate hæredum & perſonæ inſtituti.*
5. *Suum hæredem, accepto vulgariter ſubſtituto, ex neceſſario fieri voluntarium, ſalva tamen qualitate ſui heredis.*
6. *Subſtitutionem vulgarem in ſuo hærede non operari in caſum impotentiæ, ſed noluntatis & abſtinentiæ.*

IN *teſtamento*.] Rectè *in teſtamento*, ut & Marcian. *l. poteſt.* 36. *eod.* unde hæc deſcripta: nam in codicillis, ut inſtitui hæres non poteſt, ita nec ſubſtitui; ſiquidem & ſubſtitutio inſtitutio eſt, & utroque modo hæreditas directo datur; quod in codicillis non licet. §. *pen. inf. de codicill. l. quod per manus.* 10. *de jur. cod.*

1 Sciendum tamen eſt, etſi ſubſtitutio in codicillis facta non valeat jure directo, benigna tamen interpretatione ſuſtineri in vim fideicommiſſi, quaſi hæredes legitimi rogati videantur, hæreditatem ſubſtituto reſtituere. Sententia communis & uſu recepta non Doctorum 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 deinceps, *l.* 2. §. *deſertur.* 4. *de bon.*

2 *poſſ. ſec. tab.* In qua dinumeratione non ſcripturæ ordo, ſed ſucceſſionis ſpectari debet: ut ecce, in hac formula, *Titius hæres eſto, ſi Sejus hæres non erit; Sejus hæres eſto.* Sejus, qui ordine ſcripturæ ſecundus eſt, gradu & ordine delatæ hæreditatis eſt primus, Titius ſecundus, ac proinde ſubſtitutus. *l. ſi ita.* 28. *de hær. inſt. l.* 2. §. *pen. & ult. hoc tit.* Nec 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 hær. inſtit.* nec ſubſtituto locus eſt, quamdiu admitti poteſt prior hæres inſtitutus, *l.* 3. *l. quamdiu.* 69. *de acq. hær.* idque omninò poſtulat ordo graduum pro affectu erga hæredes à teſtatore deſcriptus, apud quem ut priore amoris gradu inſtitutos eſſe apparet, quam ſubſtitutos, ita dubium non eſt, quin ad illos malit, quam ad hos hæreditatem ſuam pervenire.

Si hæres non erit.] Hic caſus primus dicitur, & eſt conditio vulgaris ſubſtitutionis propria. Non ſemper autem hic caſus plena oratione exprimitur, ut fit hoc loco: ſed ſæpè uno verbo ſubſtituendi ſignificatur, ut ſi teſtator ita dicat, *Titio Mævium ſubſtituo*; aut pluri-

3 bus inſtitutis ita: *eoſque invicem ſubſtituo.* Caſus autem iſte, *Si hæres non erit*, generalis eſt, continens in ſe & caſum noluntatis, ut loquuntur, *ſi hæres eſſe nolit*; & impotentiæ, *ſi non potuerit hæres eſſe. fac. l. ſi quis.* 56. *ſol. matrim.* Uterque caſus ſpeciatim exprimitur *l.* 3. *C. de hær. inſtit.* Sub caſu impotentiæ iterum ſunt inferiores & veluti ſpecies infimæ, veluti, *ſi mortuus ſit, ſi deportatus.* Quorum omnium 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 impotentiæ, alterum interpretatione ſupplendum eſſe; & perinde habendum ac ſi uterque expreſſus eſſet: & manifeſtè obſtat huic ſententiæ. *l.* 10. *de lib. & poſt.* Sanè non dixerim, eum, qui expreſsè & ſpecialiter ſubſtitutus eſt in caſum deportationis hæredis inſtituti, intelligi debere etiam ſubſtitutum in caſum mortis. Quod autem in inſtitutione nepotis Aquiliani caſus mortis per interpretationem producitur ad caſum deportationis & ſimilium: mirum non eſt: quoniam omnium ex ſententia Galli eadem ratio eſt. *l. 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.* quanquam non tam prudentum interpretatio hoc jus introduxit, quam ſpecialis conſtitutio D. Marci *l.* 4. *hoc tit.* add. Cujac. *ad d. l.* 10. *de lib. & poſt.* Duar. *c.* 9. *hoc tit.* Porro con- 4
ditio hæc: *Si hæres non erit*, pro diverſa qualitate hæredum perſonæque inſtituti & ipſa diverſimodè accipitur. In extraneo hærede, qui ſui juris ſit, hoc ſignificat, ſi neque ſibi hæreditatem acquiſierit, neque alium mutata conditione hæredem fecerit. In ejuſdem qualitatis hærede, qui alieno juri ſubjectus eſt, eodem ſermone hoc ſignificatur, ſi neque ipſe hæres erit, neque hæreditatem ei, cujus in poteſtate eſt, acquiſierit, §. *ult. inf. eod.* ubi hac de re latius atque ex profeſſo. In ſuo hærede eadem formula hoc ſignificat, ſi ſe paterna hæreditate abſtinuerit, ſi cum effectu 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 quaſt.* 30. §. *ſed & ſi.* 10. *de fideic. libert.* cujus rei notabilis effectus indicatur in ſpecie *l. ult. de acq. hær.* tamen cum de excludendo ſubſtituto quæritur, & vi atque interpretatione horum verborum. *Si filius mihi hæres non erit*, ex voluntate ſubſtituentis, quam jus civile hic ſequitur & approbat, non nuda iſta exiſtentia, ſed immixtio filii cum aditione hæredis extranei comparanda eſt: alioqui ne ſubſtitui quidem filio in iſtum caſum poſſet: nam ſi nullo modo efficere filius poteſt, ut non ſit hæres, fruſtra ei ſubſtitutus datur in eum caſum, quo hæres non ſit, quo procul dubio continetur etiam caſus noluntatis. Ac dicen- 5
dum omnino videtur ſuum hæredem, qui in vulgarem caſum ſubſtitutum accepit, ex neceſſario hærede fieri voluntarium, & id quidem ex ratione ipſius juris civilis, quo ſcilicet patri permiſſum 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, abſtinendi 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 hær. inſt.* Doctores vulgo contendunt, per vulgarem ſubſtitutionem in totum tolli jus ſuitatis, *arg. d. l.* 12. *& l.* 16. *de lib & poſt.* Graſſ. §. *ſubſtitutio. quæſt.* 9. *num.* 3. ſed hoc nullo modo admit-

mitti poteſt: alioqui nec in pupillari ſubſtitutione expreſſa unquam ineſſe poſſet vulgaris, nec in vulgari pupillaris; & transmiſſio, quæ ſolius ſuitatis ante legem Theodoſii effectus erat, per vulgarem ſubſtitutionem eo tempore fuiſſet impedita: quæ omnia falſa ſunt, priora duo 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. tab. hæred. 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 duæ hæ ſunt qualitates diverſæ, neceſſarium eſſe & ſuum eſſe, quarum hac ſalva, aut ſaltem vulnerata tantum, illa tolli poteſt, uti factum videmus edicto prætoris, quo manente ſuitate data eſt
6 abſtinendi poteſtas. Concludendum ergo, ſubſtitutionem vulgarem in ſuo hærede non operari in caſum & ſpeciem impotentiæ, ſed in caſum noluntatis & abſtinentiæ duntaxat; utique ſi filius patri ſuperſtes fuerit: nam ſi is vivo adhuc patre deceſſerit, nullis liberis relictis, qui quaſi agnaſcendo teſtamentum rumpant; dubium non eſt, quin ſubſtitutioni locus ſit. Zaſ. *tract. ſubſt. cap.* 1. *in quarto effectu.* Gomez. 1. *reſ.* 3. *n.* 15. 16. *&* 24. Bachov. *in Treutl. vol.* 2. *diſp.* 11. *th.* 7. Chriſtin. *vol.* 5. *deciſ.* 16. *num.* 4. D. Jo. à Sande *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 ſibi vult proſpicere, ne inteſtati exitum faciat: is poterit in defectum priorum ſervum ſuum poſtremo loco inſtituere hæredem neceſſarium, quod illi quoque facere ſolent, quibus facultates ſuæ ſuſpectæ ſunt, ut auctionis infamiam, quam metuunt deficientibus voluntariis hæredibus, modis omnibus à ſe avertant, & quod in alios non potuerunt, in ſervos tandem transferant. §. 1. *inf. de hæred. 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. inſt.*

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.* omiſſus eſt, fortè de induſtria, quia eadem illius, quæ primi, ratio eſt. Illud autem in his omnibus tenendum, ut ſubſtitutis locus fiat, neceſſe eſſe, ut 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 ſunto, 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 hær. inſt.* 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: & ita divus Pius reſcripſit.*

NOTÆ.

2. *Ex diſparibus partibus*] Species: *Octavius ex uncia hæres eſto, Nonius ex beſſe, Decius ex quadrante; eoſque invicem ſubſtituo.* Hic repudiante Decio dividetur 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.*

Com-

COMMENTARIUS.

1. *Hæredes ex imparibus partibus inſtitutos, atque invicem ſimpliciter ſubſtitutos, ex ſubſtitutione in partes hæreditarias vocatos intelligi: & quomodo hæc regula temperanda? n.* 2.

PLuribus hæredibus etiam ex certis partibus inſtitutis, ſi unus ſimpliciter ſubſtitutus fuerit, hic illis deficientibus totum aſſem ex ſubſtitutione feret: ſi plures pluribus eodem modo ſubſtituti, ſinguli ex partibus 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 ſubſtituens in ſubſtitutione eaſdem 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.
1 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 ratione: 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 appoſita 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. *defin.* 3. Chriſtin. *vol.* 4. *deciſ.* 13. *n.* 7.

Invicem ſubſtituerit] In duobus heredibus invicem ſubſtitutis huic quæſtioni locus eſſe non poteſt: ſiquidem uno ex duobus deficiente alterum ſemper, quod reliquum eſt, habere oportet, & in ſolidum heredem fieri. Sed minimum tres inſtitutos eoſque invicem ſubſtitutos ponamus neceſſe eſt; verbi cauſa, uti Ulpianus ſpeciem proponit, *d. l.* 24. *hoc tit.* ſi unus ex uncia, ſecundus ex beſſe, tertius ex quadrante ſit inſtitutus, repudiante tertio in novem partes dividetur quadrans, feretque octo partes qui ex beſſe inſtitutus eſt, unam partem, qui ſcriptus ex uncia. Manifeſtum igitur eſt, male omnino Theophilum hunc locum interpretatum eſſe, dum in duobus inſtitutis invicemque ſubſtitutis exemplum poſuit.

Quas in inſtitutione expreſſit] Ulp. *d. l.* 24. hoc ſic
2 temperat, *niſi alia mens fuerit teſtatoris.* Quibus verbis interpretes denotari & excipi putant etiam caſum, quo non ſimpliciter & tribus verbis omnes invicem ſubſtituuntur, aut quidam ſub appellatione heredum alicui ex coheredibus, puta hoc modo, *Si Titius heres non erit, quiſquis erit, ex parte quoque Titii eſto:* aut, *Cæteri quos primo loco ſcripſi, ſunto:* ſed repetitis in ſubſtitutione propriis ſingulorum nominibus, veluti hoc modo, *Titius ex quincunce, Mævius ex triente, Sempronius ex quadrante heredes ſunto. Si Titius heres non erit, Mævius & Sempronius ex parte quoque Titii heredes ſunto.* Hic ſecundum communem ſententiam Mævius & Sempronius in portione deficientis Titii viriles, hoc eſt, æquales, non hereditarias partes habebunt; idque ex non obſcura voluntate teſtatoris, qui in ſubſtitutione propria cujuſque nomina repetens, jam non ad partes in inſtitutione datas, ſed ad perſonas & numerum ſubſtitutorum ſubſtitutionem retuliſſe dicendus ſit, *arg. l. nonnunquam.* 25. *ad ſen. Treb. l. ſi heredes.* 124. *de legat.* 1. *l. ſi communis.* 37. *de ſtip. ſerv.* Atque hanc ſententiam etiam D. Viglius probat, ac præceptori ſuo D. Franciſco Curtio, cui ea diſplicebat, propterea quod 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. *reſ.* 5. *n.* 20. D. Tulden. *comm. hic. c.* 2. Chriſtin. *vol.* 4. *deciſ.* 13. *n.* 7.

TEXTUS.

Si cohæredi ſubſtituto alius ſubſtituatur.

3. *Sed ſi inſtituto hæredi, cohærede ſubſtituto dato, alius ei ſubſtitutus fuerit; Divi Severus & Antoninus ſine diſtinctione reſcripſerunt, ad utramque partem ſubſtitutum admitti.*

NOTÆ.

3. *Sed ſi inſtituto hæredi*] Species: *Primus & Secundus hæredes ſunto: Si P. hæres non erit, S. hæres eſto: ſi S. hæres non erit, Tertius hæres eſto*; verius eſt, in utramque partem hic Tertium ſubſtitutum eſſe, *l.* 27. *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 interſit, prior ſubſtitutus poſt inſtitutum, an ante deceſſerit; nihil quoque utrum ante primam ſubſtitutionem ſecunda facta ſit, an poſtea hoc modo: *Primus & Secundus hæredes ſunto: ſi Secundus hæres non erit, Tertius hæres eſto. Si Primus hæres non erit, Secundus hæres eſto, l.* 41. *pr. eod.*

COMMENTARIUS.

1. *An in ſpecie hic propoſita utraque pars defecta jure ſubſtitutionis ad ſecundum ſubſtitutum pertineat?*
2. *Scævola cum Papiniano conciliatus.*

SI paterfamilias Titio & Mævio 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 hæres non erit*, generalia sint; & utramque 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 tantùm 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 distinctione ad utramque partem] Si scilicet neuter hæres extiterit. Videamus primùm de partibus: deinde explicabimus, quid illud sit, quod ait, sine distinctione. De partibus dubitari poterat, non an ambæ ad substitutum pertineant, sed an pertineant jure substitutionis, tanquam ad substitutum utrique. 1 Nam si verbi causa Mævius, 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 priùs accrevit; vel quia nunc ipsi accrescit Sempronio. Verùm priùs 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 usufruct.* Quod si Titium hæredem extitisse ponimus, expiravit substitutio, *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 dicatur Sempronius in utramque partem in specie proposita 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 substitutio Titii, ut Titio substitutus etiam ei, cui Titius substitutus est, tacitè 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 proposito. 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. hær.* Quid autem illud est, quod 2 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 sunto; 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 hærede filiam exhæredavit; & si filius intra pubertatem decessisset, filiam eidem substituit; filiæ, 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. Accursius, quem bona pars DD. sequitur, ait, Scævolam sic respondisse, quia in casu illic proposito secunda substitutio jam extincta erat pubertate filiæ; sic enim ille locum legit: *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 coheres substituitur, sed filia exheredata, eandem voluntatis interpretationem non admitti, ut scilicet substituti substitutæ videantur etiam substituti instituto. Atqui idem adhuc dicendum videtur favore pupilli, ad cujus utilitatem pertinere creditur, ut substitutum habeat, *l. Julianus.* 42. *de acq. her.* Deinde si in pupillari substitutione alio jure utebantur cur non simpliciter Jurisconsultus respondet, hereditatem instituti jure substitutionis ex secunda substitutione non deferri? Nisi compositorum socordiæ adscribendum, quod responsum Scævolæ in Pandectas retulerint, cum rescripto Impp. Severi & Antonini distinctio illa, qua Scævola utitur, sublata esset, mallem cum Viglio dicere, Imperatorum rescriptum loqui de duabus partibus unius hereditatis, Scævolam respondisse de duabus hereditatibus, ad quas rescriptum istud temere producendum non sit, sed in quibus vetus distinctio adhuc obtineat, utrum prior substitutus ante, an post institutum decesserit.

TEX-

TEXTUS.

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 acquiſierit. *Idque Tiberius Cæſar in perſona Parthenii ſervi ſui conſtituit.*

NOTÆ.

4. *In partem admittitur*] Theoph. τὸ ἥμισυ λαμβάνει. rectè: pars enim ἁπλῶς poſita dimidiam ſignificat, *l.* 43. *de uſufr. l.* 164. §. 1. *de verb. ſign.* In ſpecie *d. l.* 40. Sempronius cohæres 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. hær.* ſed in propoſito propter falſam opinionem & incertitudinem voluntatis teſtatoris, media via electa eſt, ut alias ſæpe.

Tiberius Cæſar] Pompon. *l.* 41. *de hær. inſt.*

COMMENTARIUS.

1. *Si filiusfam. heres inſtitutus ſit, eique, ſi heres non eſſet, ſubſtitutus datus, utrum repudiante filio pater, an ſubſtitutus admittendus?*
2. *Pleræque aliæ quæſtiones, quæ hic tractari ſolitæ, obiter excuſſæ & definitæ.*
3. *Utrum in caſu hic propoſito inter dominum inſtituti & ſubſtitutum hereditas ex æquo dividenda, an ſic, ut ille dodrantem, hic quadrantem duntaxat ferat?*

IN explicatione pr. hujus tit. diximus, hæc verba, *Si hæres non erit*, in perſona patrisfam. ſignificare, ſi nec ipſe heres erit, nec alium heredem mutata poſtea conditione fecerit. In eo, qui alieno juri ſubjectus eſt, eodem ſermone hoc ſignificari, ſi vel ipſe heres non erit, vel ei cujus juri ſubjectus eſt, hereditatem non acquiſierit. Et igitur ſi paterfam. heres inſtitutus in eum caſum ſubſtitutum accepit, *Si hæres 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 acceperint, & aut ipſi 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.* Cæterum 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 filius-1 fam. 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 parte reſpondet: Viglius ad *hunc* §. pro ſubſtituto. Ego cum Viglio cenſeo, ſubſtitutum patri præferendum, quippe cum ille ex manifeſto judicio teſtatoris veniat, hic non item: tum etiam, quia repudiante filio exiſtit conditio ſubſtitutionis, quæ in extraneo herede inſtituto, qui alieno juri ſubjectus eſt, hunc ſenſum habet, ſi neque ipſe heres erit, neque eum, cujus in poteſtate eſt, heredem fecerit, quorum neutrum fit in propoſito, *l.* 3. *C. de her. inſt.* Ad hæc ſi cohæres filio datus repudiante filio patrem excludit, quanto magis ſubſtitutus: conſtat enim, jus ſubſtitutionis potentius eſſe jure accreſcendi, *l.* 2. §. *ſi duo.* 8. *de bon. poſſ. ſec. tab.* In contrarium movetur Duarenus his rationibus. Primum quia Juſtinianus *l. ult.* §. 2. *C. de bon. quæ lib.* filio repudiante jus adeundi patri concedit, perinde ac ſi ipſe inſtitutus eſſet. Sed reſpondemus, conſtitutionem iſtam, ut exorbitantem, cancellis ſuis continendam, neque extendendam eſſe in præjudicium ejus, qui venit ex teſtatoris expreſſo judicio, ſubſtituti videlicet: quem utique magis teſtator dilexit, quam patrem cujus contemplatione inſtitutio facta non præſumitur, ſed amore filii 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.* 8. *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. quæ lib.* junct. *d. l. ſi paterfam.* 40. *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 aditione, ex perſona propria vi conſtitutionis Juſtinianeæ, quæ eum habet pro inſtituto, ubi ſcil. alius à teſtatore non vocatur: nam voluntatem teſtatoris modis omnibus ſartam ac tectam leges omnes conſervant. Non aliter autem dominus aut pater per ſervum aut filium 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 quivis heres inſtitutus hereditatem recuſans, adire dici poſſet eos, qui ab inteſtato veniunt, heredes facere, & coheres coheredem; atque ita fieret, ut fere ſemper excluderetur ſubſtitutus, contra manifeſtam voluntatem teſtatoris. Nec movere debet quod Ulpian. reſpondet, filium repudiando patri non nocere, *l. 13. §. 3. de acq. her.* Hoc enim non eam ſententiam habet, filio repudiante patrem nihilominus per eum heredem fieri: ſed repudiationem filii non obſtare, quominus filius jubente poſtea patre adhuc adeat. Poſtremo hoc modo argumentatur Duarenus; Si pater & filius una eademque perſona 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 remoto, etiam pater ejus remotus intelligi debet. Verum hujuſmodi fictionibus juris non eſt abutendum ad evertendas voluntates defunctorum, quæ in teſtamentis totum faciunt, *l. ex facto. 35. §. rerum. 3. de her. inſt.* Ita cum Viglio ſentiunt & Salicet. *in d. l. ult. C. de bon. quæ lib.* Polit. *de vulg. ſubſt.* Fachin. 4. *cont.* 63. Ant. Fab. *deciſ.* 33. *err.* 7. Don. 6. *comm.* 24. Bachov. *in Treutl. vol.* 2. *diſp.* 11. *theſ.* 7. diſſentiunt cum Duareno Bart. *in l. 1. hoc tit.* Gloſſ. Cyn. Caſtr. *in d. l. ult.* Merend. 4. *cont.* 8. Graſſ. §. *ſubſtitutio. quæſt.* 9. *num.* 4.

2 Solent & aliæ 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, fiſcus potior ſit, an ſubſtitutus, hoc eſt, utrum in propoſito fiſcus hæreditatem indigno auferat, an locus ſit ſubſtituto? Ego cum Duar. *d. cap.* 10. & DD. comm. Graſſ. *d. quæſt.* 9. *n.* 8. pro fiſco contra ſubſtitutum reſponderem, per *text. in l. cum quidam.* 12. & *jus regulare t. tit. de his quæ ut indign.* neque pœna inſtituti heredis debet eſſe præmium ſubſtituti, ut generaliter definit Papinian. *l. ſi ſequens. 15. de ſenat. Silan.* Non idem juris eſt in inſtitutione plane incapacis, puta deportati: nam talis inſtitutio cum pro non ſcripta habeatur, *l. 1. C. de her. inſt.* teſtamentum à ſubſtitutione exordium capiet, *arg. l. 3. §. ult. de lib. & poſt.* Alia quæſtio eſt, uter præferendus, ſubſtitutusne, an is, in quem extra cauſam ſubſtitutionis hereditas non adita transmittitur. Jure veteri, ſui heredes poteſtate nudæ exiſtentiæ hæreditatem transmittebant 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 exiſtentiæ hereditatem tranſmittat ad ſucceſſores ſuos, an admittendus potius ſubſtitutus. Et communis quidem ſententia eſt, ſubſtitutum admittendum excluſo tranſmiſſario ſive herede inſtituti, quoniam ſubſtitutio vulgaris perimat jus ſuitatis. Sed hoc perſpicue falſum eſt, ut oſtendimus *ſup. in not. ſub. fin. pr. eod.* ubi pleniſſime probavimus, jus ſuitatis in propoſito ſalvum manere, licet neceſſitas remiſſa intelligatur, neque ſubſtitutionem vulgarem in ſuo herede operari in caſum impotentiæ, ſed abſtinentiæ duntaxat. Inſignis vero error eſt Jo. Deckheri *lib. 1. Diſſert. 14. num.* 43. aſſerentis, ideo per vulgarem ſubſtitutionem tolli tranſmiſſionem, quæ ex jure ſuitatis eſt, quia ſuus heres inſtitutus non aliter ex teſtamento heres fit, quam ſi ſe immiſceat: notiſſimi enim juris eſt, ſuos heredes tam ex teſtamento, quam ab inteſtato ſtatim atque ipſo jure heredes exiſtere, §. 2. *inf. de har. qual. l. 1. §. qui ſunt. 7. ſi quis omiſſ. ca. teſt. l. 3. C. de jur. delib.* vid. Ant. Fab. *deciſ.* 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 tranſmittendi, 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. *d. quæſt.* 9. *num.* 3. neque Jo. Deckherus, *ubi ſup.* quicquam affert, quod me in contrarium trahat. Tertio, utrum tranſmiſſio juris deliberandi ex lege Juſtiniani *d. l. cum in antiquioribus. 19. C. de jur. del.* excludat ſubſtitutionem, an hæc illam. Hic ego pro ſubſtituto reſponderem contra tranſmiſſarium Juſtinianeum, cum Salic. *in d. l. 19.* Ang. Rip *in l. 1. hoc tit.* Zaſ. *tract. ſubſt. cap. 1. in tertio effect. verſ. tertia ſpecies.* Polit. *de vulg. ſubſt. num.* 92. *& ſeqq.* Ant. Fab. *d. deciſ. 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. unic. §.* 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, Diſſ. *hic.* Duar. *d. c.* 10. & DD. comm. Gomez. 1. *reſ.* 3. *num.* 25. Graſſ. *d. quæſt.* 9. *num.* 3. Chriſtin. *vol.* 4. *deciſ.* 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 Anton. Fab. 3. *conject.* 4. Don.

6. *comm.*

6. *comm.* 24. ſed contraria de jure verior videtur, *per d. l.* 5. & textus perſpicuos *in l. ult. de ſucceſſ. edict. l.* 7. §. *ſed quod Papinianus.* 10. *& ib.* Cujac. & Paul. Buſ. *de minoribus.* Neque temere beneficium reſtitutionis extra perſonam minoris in alterius favorem porrigi debet. Zaſius *tract. ſubſt. cap.* 1. *verſ. ſecundo limitate.* Duar. *d. cap.* 10. Ant. Merend. 4. *cont.* 9. Bachov. *in Treutl. vol* 2. *Diſput.* 11. *th.* 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.

Mævius in partem admittitur] Non exprimit in quotam: & ita quoque ſimpliciter ſcriptum eſt in *l. & hoc.* 41. *de hær. inſt.* hæreditatem dividi inter dominum
3 inſtituti & ſubſtitutum. Sed utrum ex æquo, ut dimidiam partem hereditatis dominus, dimidiam item ſubſtitutus ferat; an ut ille dodrantem, hic quadrantem duntaxat, 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 inſtituerit, quem ingenuum putabat. Obſtat tamen huic ſententiæ *d. l. ſi. paterfam.* 40. *de her. inſt.* ubi Julianus in hac ipſa ſpecie aliam partitionem facit, & duos vult ſemiſſes fieri, ita ut alter ſemis inter dominum & ſubſtitutum æquis portionibus dividatur: cumque de altero ſemiſſe nihil definiat, eum domino plerique aſſignaverunt. D. Cujacius exiſtimat, pro *alter ſemis*, uti in extremo *d. l.* 40. legitur, legendum *as*, mendumque natum ex errore notarum. Alciatus 1. *diſp.* 2. ſcribit, ſe in veteri exemplari ita legiſſe *in pr. d. l. eique, ſi heres non eſſet, Sempronium coheredem ſubſtituerit.* Quam lectionem verba in calce ejuſdem reſponſi poſita mire juvant. Ait enim Julianus; *Igitur in hoc caſu duo ſemiſſes fient.* Cur ait, *in hoc caſu*, niſi ut ſignificet, ſe talem caſum propoſuiſſe, cui conveniret hæc diviſio? nempe quando ſervo, qui liber putabatur, coheres ſubſtitutus eſt: in aliis autem non idem juris eſſe. Igitur in caſu à Juliano propoſito de uno ſemiſſe ambigi non poterat; quippe 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 cordatiores omnes ſentiunt, quorum pars emendationem Cujacii, pars Alciati lectionem probant, aut, quod ipſe addit, intelligunt, in re ipſa conſentientes. Plane ſi manifeſte appareat, teſtatorem per eum, quem opinionis errore liberum eſſe credens heredem inſtituit, ad alium quenquam hereditatem pertinere noluiſſe, conditio ſubſtitutionis extitit, & ſoli defertur hereditas ſubſtituto, *l.* 3. *C. de her. inſt.* VINN. Cui non dictus Hylas? Me tamen nec cum Cujacio, nec cum Alciato facere fateor. Rem paucis dicam. In illa *l.* 40. *ff. de her. inſt.* manifeſto ſunt duæ ſpecies. Prior hæc eſt: Paterfamilias inſtituerat Titium ſervum, quem ingenuum putaverat, eique ſubſtituerat Sempronium. Titio juſſu domini adeunte, quærebatur, an Sempronius eſſet in partem admittendus? & reſpondit Julianus: *Poteſt dici, Sempronium in partem hereditatis* (puta dimidiam, quæ quota non expreſſa ordinarie intelligitur, *l.* 164. §. 1. *ff. de V. S. l.* 43. *ff. de uſufr.*) *admitti.* Addita ratione, pergit Julianus: *Quæ adjectio ad* EOS *pertinet, qui patresfamilias heredes ſcripti, poſtea in ſervitutem deducti fuerint. Igitur* IN HOC CASU *ſemiſſes fient, ita ut alter* SEMIS *inter eum, qui dominus inſtituti heredis fuerit, & ſubſtitutum æquis portionibus dividatur.* Et hæc manifeſto eſt altera ſpecies. Paterfamilias inſtituerat Titium, tunc ingenuum, ſed poſtea deductum in ſervitutem, ſubſtituto ei Mævio. Quærebatur, Titio juſſu Domini adeunte, an & hic ſubſtitutus in partem admittendus ſit? Reſpondit, admittendum; ſed non in dimidiam, ſed in quadrantem. Domini enim Titii ideo hic melior videbatur conditio, quod non, ceu in priore caſu, teſtator circa heredis ſtatum erraverat. Simile quid in mentem venit Marco Lyklamæ in *Membranis*, & Oſw. Hilligero in *Donell. enucleat.* De Parthenio, & utrum is Tiberii an Titi ſervus fuerit, elegans & erudita eſt Ἀφύπνωσις in Gundlingianis *Tom. VI. partic.* XXX. *art.* III. *p.* 445. *ſeqq.* HEIN.

TITULUS DECIMUSSEXTUS.

DE PUPILLARI SUBSTITUTIONE.

Dig. Lib. 28. *Tit.* 6. *C. Lib.* 6. *Tit.* 26.

Unde hæc ſubſtitutio dicatur pupillaris, & quo adſpectu ſubſtitutio. Simul argumentum tituli.

SEquitur directæ ſubſtitutionis ſpecies altera, quæ à ſubjecto dicitur pupillaris, quia ſilicet ſolis fit pupillis, non ut prior illa, promiſcuè quibuſvis. Etſi autem is demum pupillus dicitur, qui cum impubes ſit, in poteſtate patris eſſe deſiit, *l. pupillus.* 239. *de verbor. ſign.* tamen quia vis omnis teſtamenti & ſubſtitutionis confertur in mortem teſtatoris, id eſt, in id tempus, quo filius pupil-

lus futurus est, rectè hoc respectu pupillaris vocatur. Prior illa vulgaris, ut benè 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 proindè 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, perindè ac si ipse pupillus sibi heredem 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, nempè sic appellatur ex comparatione hæredis paterni, eo quod pater sibi prius, deindè secundo loco filio hæredem instituere debet, & non à testamento filii incipere, *l. 2. in fin. hoc tit.* Porro substitutio pupillaris, ut genus ἐν, 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; quasi seu exemplaris fit mente captis, 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 pupillari, sive mente capti: & mox effectus pupillaris substitutionis repetitur: dein parentibus formidolosis tuta monstratur substituendi ratio. Hinc jam amplius, quibus pupillariter substitui possit, declaratur: tum proponitur generalis quædam & communis forma: ac 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 fit hæres: si verò extiterit hæres filius, & ante pubertatem decesserit, ipsi filio fit 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 ideò 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 suus hæres esse desierit, &c. d. l. 2.* Oportet autem & testamenti & mortis tempore impuberem in familia esse. *l. 41. §. 2. eod.*

Veluti si quis] Formula gemellæ substitutionis. Verum ex D. Marci constitutione substitutio simplex aut vulgaris aut pupillaris, id est, quæ alterutro casu expresso fit, in utrumque casum facta intelligitur. *l. 4. hoc tit.* fac. *l. 2. & l. 4. C. eod.* Olim de expressa pupillari, an vulgarem tacitè contineret, quæsitum in Curiano judicio, de quo Cicer. multis locis, & Quintil. 7. *c.* 7.

Sive hæres 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 rit. nupt. l. 68. de leg. 1.* Non rectè igitur Theophil. *hic.*

Si extiterit hæres] Hic casus propter utilitatem pupilli extitisse intelligitur, etiamsi bonis paternis se abstineat, *l. 12. hoc tit. l. 42. de acq. hær. l. 28. de reb. auct. jud.* & hoc est, quod vulgo interpp. dicunt, nudæ sui hæredis existentiæ vi confirmari tabulas pupillares. fac. *l. 44. de re jud. l. 41. de acq. hær.*

Ipsi filio fit hæres] Non tantùm in bonis, quæ à patre obvenerunt; sed etiam, quæ aliunde, *l. 10. §. 5. hoc tit.* exclusis filii legitimis hæredibus, & ipsa etiam matre, *l. 8. §. 5. de inoff. test. c. 1. X. 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. *Nepoti licet in potestate constituto, quem pater antecedit, pupillariter substitui non posse, nisi ex formula legis Vellejæ.*
3. *Utrum, ut valeat substitutio pupillaris, necesse sit, liberos in potestate esse, & cum fit substitutio, & cum pater moritur; an satis sit, tales esse tempore mortis?*
4. *Exponitur locus Ulpiani in* l. 2. in fin. pr. hoc tit.
5. *Vulgari casu expresso, etiam pupillarem contineri, nisi voluntas testatoris aperte refragetur.*
6. *An ex converso, expresso casu pupillaris, contineatur & vulgaris?*
7. *Responsum Javoleni expositum* in l. paterfam. 28. de reb. auct. jud.
8. *Quando accidat, ut pupillus hæres non existat, & substitutus vi formulæ vulgaris admittatur?*
9. *Quando intelligatur pupillus patri hæres extitisse hoc effectu, ut mortuo intra pubertatem hæres ei fiat pupillariter substitutus?*

10. *Per*

10. *Per ſubſtitutionem pupillarem excludi haredes omnes legitimos, etiam matrem.*
11. *Excludi matrem à ſubſtituto pupillari, etiam quoad legitimam.*
12. *Oſtenditur idem juris eſſe & in pupillari tacita, cum refutatione objectorum.*
13. *Cur pupillo expedire viſum ſit, teſtamentarium à patre haredem accipere?*

Liberis impuberibus] *L. 2. in pr. eod.* puberibus in tantum non licet, ut etiamſi ab initio facta impuberi ſubſtitutio ſit, pubertatis tamen adventu vis ejus extinguatur. §. *pen. inf. eod.* Cur autem ſolis liberis impuberibus hoc modo ſubſtitui permiſſum ſit, in fine hujus §. dicetur.

1 *In poteſtate*] Etenim patriæ hoc datum poteſtati eſt: & ideò pater filio emancipato ita ſubſtituere non poteſt, *d. l. 2. in pr.* multoque minus mater liberis ſuis. Nam quod in ſpecie *l. ſi mater. 33. eod.* pupillares tabulæ appellantur, quas mater filio impuberi fecit, ex eo minimè concludendum eſt, poſſe & matrem liberis impuberibus pupillariter ſubſtituere. Proponitur enim mater filio impuberi ſubſtitutionem feciſſe non in caſum ſecundum, ſi hæres erit, ſed in primum, ſi hæres non erit. Vulgaris igitur illa, non pupillaris ſubſtitutio eſt. Pupillares autem tabulas illas Africanus appellavit, primùm ratione objecti, quia ſubſtitutio facta filio, dum adhuc eſſet in ætate pupillari: deindè, quia ſubſtitutio conferitur in mortem impuberis, & in ea ſpecie effectum quodammodo ſubſtitutionis pupillaris habet, ſaltem quod attinet ad bona matris, ut recte monet, atque hoc Africani reſponſum temperat Cujac. 2. *ad African.* Conſilium hoc prudentum fuit, à quibus excogitata quoque eſt cautio & velut ratio quædam, qua cum vi & effectu pupillaris ſubſtitutionis etiam filio emancipato ſubſtituatur. *l. cum ex filio. 39. hoc tit.* add. Duar. *ad hunc tit. cap. 14.* Non ſatis autem eſt, liberos in poteſtate eſſe, niſi ſimul proximum in familia teſtatoris gradum obtineant, hoc eſt, ſui heredes ſint teſtatori: nam ſi, verbi cauſa, pater nepotem antecedat, non poterit avus huic nepoti pupillariter ſubſtituere, quia poſt mortem avi recaſurus eſt in poteſtatem patris ſui, *d. l. 2. in pr.* quo fit, ut jam non propter ætatem, aut quia impubes, teſtamentum facere non poſſit, aut heredem ex teſtamento habere: ſed quia filiusfam. cui nec puberi teſtamenti faciendi jus eſt, & de cujus ſucceſſione jure veteri omnino quæri non potuit. Plane ex formula legis Vellejæ etiam nepotibus, quos pater præcedit, ſubſtitui poteſt, *d. l. 2. in pr.* ut ſic avus teſtetur; *Filius heres eſto. Si filius me vivo ſuus heres eſſe deſierit, tum qui mihi ex eo nepos eſt, heres eſto. Si nepos heres erit, & intra pubertatem decedat, Sejus heres eſto.* Quæ nepotis inſtitutio fit ex ſecundo cap. legis Vellejæ, *l. Gallus. 29. §. ſequenti.*

3 13. *de lib. & poſt.* De illo quæritur, utrum ut ſubſtitutio pupillaris valeat, neceſſe ſit liberos in poteſtate eſſe utroque tempore, & quo fit ſubſtitutio, & quo pater moritur, an vero tales eſſe ſufficiat ſaltem tempore mortis? Accurſ. Bart. *in d. l. 2.* & vulgo interpp. Graſſ. §. *ſubſtitutio. quæſt. 23. num. 5.* ſufficere credunt, qualitatem illam adeſſe tempore mortis. Doctiſſimi Juriſconſulti ſuperioris ævi, Polit. Zaſ. Govean. *in d. l. 2.* Vigl. *hic. num. 7.* Covar. *in cap. Raynut. de teſtam. §. 5. num. 2.* Duar. *comm. 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 alicujus actus, ea ineſſe debet eo tempore, quo actus geritur, *l. ſi alienum. 49. §. 1. de her. inſt. §. 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 ſit irrita.* Quibus verbis Juriſconſultus aperte ſignificat, præter tempus mortis aliud quoque eſſe, quo oporteat impuberes eſſe in familia: hoc autem tempus non aliud intelligi poteſt aut debet, quam id, quo fit ſubſtitutio. Pro contrariæ ſententiæ firmamento adducitur, *d. l. 2. in fin. pr.* ubi ſic Ulpian. ſcribit, *Sed ſi extraneum quis heredem ſcripſerit, poterit ei ſubſtituere, ſi modo eum in locum nepotis adoptaverit, aut adrogaverit, filio præcedente.* Ex hoc loco Accurſ. & Bart. probari putant, ſatis eſſe ad pupillarem ſubſtitutionem, ſi vel tempore mortis tantum in poteſtate reperiatur 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 4 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. & poſt.* ac proinde extraneo impuberi heredi vulgariter ſubſtituto, & 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 exegeſi §. 2. *ſup. de exher. lib.* Cum igitur hic quæratur de eo, qui extraneus ſit, non tempore ſubſtitutionis, ſed inſtitutionis: tantum abeſt, ut hic locus confirmet contrariam ſententiam, ut eam etiam refellat. Non poſſum ergo non mirari Bachovium, qui hanc explicationem, quæ tam aperte & verbis & menti Juriſconſulti ac rationi juris per omnia con-

convenit, divinatoriam appellat. Illa, quæ ipſe pro tuenda communi ſententia affert, nihil aliud eſſe, quam meras divinationes, facile quivis animadvertere poterit.

Veluti ſi quis, &c.] Formula mixtæ & gemellæ ſubſtitutionis, quæ à Modeſtino duplex dicitur, quia utrumque caſum complectitur, & ſubſtitutionis vulgaris & pupillaris, *l.* 1. §. 1. *hoc tit.* Atque olim quidem, ut credibile eſt, qui ſibi & liberis ſuis in utrumque caſum proſpectum vellent, ex conſilio Juriſconſultorum disjunctiva hac formula uſi fuerunt; vel quia ex plurium ſententia ſubſtitutio non operabatur ultra caſum expreſſum, vel quia ob diverſitatem ſententiarum rerumque judicatarum id incerti adhuc juris erat. Poſtea autem Impp. Marci & Severi conſtitutione introductum, ut ſi pater impuberi filio in alterum caſum ſubſtituiſſet, in utrumque caſum ſubſtituiſſe intelligeretur, *l.* 4. *in pr. eod.* 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 hares erit, & impubes deceſſerit*, tacite ſubſtitutum videri *d. l.* 4. *in pr.* niſi voluntas teſtatoris apertè refragetur. *l.* 4. *C. eod.* Etenim quod pupillaris ſubſtitutio hic quoque admittitur, id fit ex ſola conjectura voluntatis, quæ hinc ducitur, quod credibile ſit, eum, qui aliquem ſibi hæredem eſſe voluit, ſi filius non eſſet, voluiſſe quoque eundem eſſe hæredem filio, ſi filius hæres eſſet, & intra pubertatem moreretur: utroque enim caſu pariter ſubſtitutum dilexiſſe videtur, nec ſibi magis proſpexiſſe, quam impuberi filio; cui etiam utile eſſe creditur, hæredem à patre accipere. *l. Julianus.* 42. *de acq. hær.* In voluntate autem teſtatoris manifeſtè contraria hujuſmodi conjecturis non utimur. Quapropter ſi ille vel nominatim alium in ſecundum caſum ſubſtituit, vel in conditione vulgaris ſuſtitutionis 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 utrique 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 ſubſt. pupill. quæſt.* 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 tacitè 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 Impp. Marci & Severi relatis à Modeſtino *d. l.* 4. *in pr.* quæ hæc ſunt; *cum pater impuberi filio in alterum caſum ſubſtituiſſet, in utrumque &c.* Non ait Juriſconſultus, *cum pater in primum caſum*, quomodo Impp. loqui debuerant, ſi tantum in vulgari caſu expreſſo pupillarem contineri ſignificare voluiſſent, ſed *cum in alterum caſum*, hoc eſt, unum ex duobus, ſine ulla diſtinctione, primus an ſecundus tantum expreſſus fuerit. Secundo & evidentius auctoritate ejuſdem Modeſtini in terminis quæſtionem hanc proponentis & decidentis in *d. l.* 4. §. 2. Qui duos habebat filios, unum puberem, alterum impuberem utroque 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 patrem, ſi in utrumque caſum expreſſè impuberi ſubſtituat, hoc apparet eum facere propterea quod in ſpecie mutuæ ſubſtitutionis, qualem ille propoſuerat, nimirum cum uterque alteri ſubſtituitur, filius impubes puberi vulgariter, pubes impuberi pupillariter, voluntatis quæſtio moveri poſſet, an non quemadmodum pater in unum duntaxat caſum, hoc eſt, in vulgarem puberi ſubſtituit, ita viciſſim in unum quoque caſum tantum, hoc eſt, in pupillarem videri debeat impuberi ſubſtituiſſe: at hujuſmodi quæſtioni poſt D. Marci conſtitutionem locus non eſt, cum non uterque alteri in caſus diverſos, ſed uni duntaxat, cui in utrumque caſum ſubſtitui poteſt, ſubſtituitur alter ſive ſolum in primum, ſive ſolum in ſecundum caſum. Denique à ratione non magis alienum eſt, hanc inducere voluntatis conjecturam, quod ſubſtitutus in ſecundum caſum videatur etiam ſubſtitutus in primum, quam quod in primum ſubſtitutus intelligitur quoque ſubſtitutus eſſe in ſecundum. Imo fortior voluntatis conjectura pro illo, quam pro hoc, quod etiam D. Chriſtin. *vol.* 4. *deciſ.* 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 ſubſtituit, & ad quem conſequenter mortuo filio pariter cum bonis filii poſtea quæſitis ſua quoque pertinere voluit, magna cauſa præſumptionis eſt patrem voluiſſe etiam filio hærede non exiſtente ſibi hæredem eſſe in ſuis ſolius bonis: quæ præſumptio tanto major in hoc caſu, quam in ſuperiore, quanto magis apparet teſtatorem dilexiſſe eum, quem una cum ſuis bonis filii quoque bona, ſi quæ poſtea obvenerint, 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 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 abſtinuit, 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 pupil-

pillarem, pupillo abſtinente, hæreditatem patris adire non poſſe vi aliqua tacitæ ſubſtitutionis vulgaris, eadem ratione collegeris, nec legitimos hæredes, abſtinente pupillo, poſſe patris hæreditatem cernere. Et quidni præſupponendum eſſe dici poſſit, in quæſtione à Javoleno propoſita ſubſtitutum quoque repudiaſſe manifeſte damnoſam hæreditatem, utcumque virtute tacitæ ſubſtitutionis vulgaris ſibi delatam? Ac mihi quod ad iſtam quæſtionem attinet, idem ſenſiſſe videtur Javolenus, quod ſucceſſor ejus Julianus, cujus ſententia, ut pupilli utilitatem impugnans, notatur à Marcello & Ulpiano, *l. Julianus. 42. de acq. har.* 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 poſtumum hæredem inſtituerat, eique, ſi antequam in tutelam ſuam veniret, deceſſiſſet, Curium hæredem ſubſtituerat. Cum poſtumus natus non eſſet, exorta de hæreditate controverſia eſt inter hæredes teſtatoris legitimos & ſubſtitutum. Q. Mucius defendit, legitimis hæredibus locum eſſe factum, quoniam Curius ita ſubſtitutus erat poſtumo: ſi poſtumus impubes moreretur; jam vero poſtumum 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 judicium, ut communem ſententiam vindicat ab illis, quas Vigl. & Fab. proferunt, abſurditatibus, ita ipſum, cum res adhuc dubia maneret, propter auctoritatem, ut credibile eſt, Q. Mucii, conſtitutione Impp. Marci & Severi confirmatum eſt. Planè in ſubſtitutione exhæredato facta eandem interpretationem non eſſe admittendam facilè concedam.

Quam in ſuam tutelam venerit] Antiqua locutio, qua veteres pupillarem ætatem ſignificabant, hoc eſt, eam, quæ tutorum poteſtati ſubjecta eſt: nam pubertate tutela finitur; & poſt eam ætatem adoleſcens ſuæ tutelæ eſſe incipit, quamvis curatorum adhuc auxilio 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 har. inſtit.* Julian. *l. 8. §. 1. de bon. poſſ. ſec. tab.* Paul. *l. ſi filiæfam. 51. de legat. 3.* Prætor in edicto ſuo *l. 5. §. 2. quib. ex cauſ. in poſſeſſ.*

Siquidem non extiterit hæres filius, tunc ſubſtitutus patri fit hæres] Quando ergo accidit, ut pupillus hæres 8 non exiſtat, & ſubſtitutus vi vulgaris formulæ patri hæres fiat? An tunc ſolum, cum pupillum ante patrem defungi 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 cenſeo, etiam tunc, cum impubes patri ſupervixit, & expreſſè bonis paternis ſe abſtinuit, 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 nomine tenus, 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 abſtinuit, hæredem extitiſſe. Nam licet etiam is, qui ſe abſtinuit, jure civili adhuc pro hærede habeatur, unde dicitur non eſſe ſine hærede, qui ſuum hæredem, licet ſe abſtinentem, habet; *l. cum quaſi. 30. §. ſed & ſi. 10. de fideicomm. lib.* atque hæc res etiam ſua habeat effecta: *l. 12. hoc hoc tit. l. filius. 41. cum l. ſeq. l. ult. de acq. har. 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. præced.* conditio iſta, *Si hæres non erit*, etiam caſum noluntatis contineat, & conſequenter tanquam conditio poteſtativa neceſſitatem tollens filium hac in re ad inſtar redigat hæredis voluntarii, per *l. 4. in pr. l. jam dubitari. 86. de hæred. inſtit. l. 12. de cond. inſt.* ut jam pro conceſſa ſibi à patre poteſtate ſuo arbitrio velle aut nolle poſſit, & citra beneficium prætoris jure civili ſe abſtinere; ſanè in caſu noſtro hæreditas pro acquiſita neutiquam haberi debet. Rep. quæ notavimus ad *d. princ. præc. tit.*

Si vero extiterit hæres filius] Videamus item quando filius patri hæres extitiſſe intelligatur cum hoc effectu, ut filio intra pubertatem mortuo hæres ei fiat pupillariter ſubſtitutus. Et certi juris eſt, ſi filius de- 9
ceſſerit poſt immixtionem, ſubſtitutum admitti hæredemque fieri filio. Nec dubitatur, quin idem juris ſit, ſi filius mortuus ſit non declarata voluntate ſua ſuper immixtione aut abſtentione. Verum illud belliſſimè quæritur, an etiam filio, qui expreſſè abſtinuit, intra pubertatem mortuo, ſubſtituto pupillari locus fiat, & quod dicitur, nuda ſui hæredis exiſtentia confirmentur tabulæ patris & pupilli? Dixeris enim, nudam exiſtentiam vim iſtam habere non poſſe, ac proinde ſubſtitutum in propoſito excludi: quem ſi admittimus, nudæ exiſtentiæ tribuimus 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 accipienda eſſe, ſi immiſcere ſe paternæ hæreditati noluerit, etiam ex contrario quæ ſunt pupillaris ſubſtitutionis, *Si filius hæres erit*, ſic accipi oportebit, ſi bonis patris ſe immiſcuerit; ut utrobique immixtio, non nuda exiſtentia, cum aditione conferatur. Quibus etiam accedit, quod apud Julianum relatum eſt, ſi duo fuerint à patre inſtituti cum filio impubere, eidemque ſubſtituti, neceſſe eſſe ad tabulas patris confirmandas unum ex iis hæreditatem patris adire, *l. 11. §. 1. ad ſen. Treb.* Cæterum quominus ita ſtatuamus, impedimur textu expreſſo *l. 12. hoc tit.* item his locis, *l. Julianus. 42. de acq. har. l. paterfam. 28. de reb. auct. jud. poſſ.* ubi diſputant Juriſconſulti, an pupillo, qui abſtinuit bonis patris, mortuo, ſubſtituto concedi debeat ſeparatio bonorum patris & filii, ut ex ſubſtitutione pupilli tantum hæreditatem adeat? ſtultè & ineptè, ſi ſubſtitutus abſtinente pupillo nullo modo ex ſubſtitutione venire poteſt. Dicendum ergo omnino eſt, etiam in caſu præſenti, cum pupillus abſtinuit, ex

ſubſtitutione pupillari hæreditatem deferri ſubſtituto, nudæque ſui hæredis exiſtentiæ vi confirmari tabulas pupillares: quod etiam perſpicuè probat *l. ex contractu.* 44. *de re jud. l. filius.* 41. *de acq. hæred.* Nec vero adeo abſurdum videri debet, quod in ſubſtitutione pupillari vim additionis tribuimus exiſtentiæ; in vulgari autem non nudæ exiſtentiæ, ſed immixtioni: non enim neceſſe eſt, ut nomen hæredis aut exiſtentiæ in utriuſque ſubſtitutionis conditione eodem modo explicetur aut accipiatur. Nam ut concedamus, etiam in pupillari ſubſtitutione patrem his verbis, *Si filius mihi hæres erit*, de hærede, qui cum effectu hæres futurus ſit, cogitaſſe: ratio tamen juris & favor pupilli poſtulant, ut ſola exiſtentia quoad effectum, de quo quærimus, pro aditione habeatur, & ſuſtineantur tabulæ pupillares. Planè ſi filio datus ſit cohæres extraneus, vulneratur ſuitas, ut loquitur Porc. *ad tit. de Attil. tut.* atque hic quia vires teſtamenti à cohærede quoque pro parte pendent, ad confirmationem tabularum & ſubſtitutionis pupillaris non ſufficit filium ſola poteſtate juris pro parte ſua hæredem extitiſſe, ſed ſi hic ſe abſtinuerit, ut tabulæ valeant, neceſſe eſt, ut patris hæreditas ab extraneo adeatur, *d. l.* 11. §. 1. *ad Sen. Treb.* Atque ita quoque explicanda *l.* 2. §. 1. *hoc tit.* Etenim ſui hæredis nuda exiſtentia, quæ fit ἐν ἀτόμῳ & ipſo momento mortis paternæ, non poteſt in ſolidum confirmare teſtamentum, ubi eodem tempore adeſt hæres alius, qui adire poteſt, vid. Bart. *in l.* 12. *hoc tit.* & *d. l.* 11. §. 1. *ad Treb.* qui meo judicio felicius hæc expedit, quam vel Cujac. 26. *obſ.* 1. vel Ant. Fab. *dec.* 31. *err.* 8. add. Bachov. *in Treutl. vol.* 2. *diſp.* 12. *theſ.* 3.

Ipſi filio fit hæres ſubſtitutus] Et in tantum ſuccedit, quantum filii fuit, cum is moreretur, ſive à patre obvenerit, ſive quæſitum aliunde. Teſtamentum enim pupilli hic eſt, in quo teſtator non ſuis bonis, ſed impuberis hæredem ſubſtituit, *l. ſed ſi.* 10. §. *ad ſubſtitutos.* 5. *hoc tit.* Excipitur ſubſtitutus adrogati, ad quem nihil amplius ex ſubſtitutione pertinere poteſt, quam quod ad impuberem pervenit ex bonis aut beneficio adro-
10 gatoris, *d. l.* 10. §. *in adrogato.* 6. Quia vero ex notiſſima ratione juris, quamdiu ex teſtamento defertur hæreditas, aut ſaltem ſpes eſt fore, ut deferatur, hæredes ab inteſtato ſuccedere non poſſunt, certum eſt legitimos pupilli hæredes, id eſt, eos omnes, qui citra ſubſtitutionem pupillo ab inteſtato ſucceſſuri fuiſſent, à ſubſtituto 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 teſtamentum eorum inofficioſum dicere poſſit, aut ex *Nov.* 115. ipſo jure evertere, utique ſi vera eſt communis opinio; quod nunc non diſputo. Cum igitur mater hoc jus habeat, cum liberi per ſe teſtamentum faciunt, videri poteſt idem jus etiam tunc matri competere, cum non liberi ipſi ſibi, ſed pater eis teſtamentum faciat: nam quod quis ex perſona & nomine alieno faciat, 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 hær. inſt. c. quod per alium de reg. jur. in* 6. *cum ſimilib.* Contrarium tamen diſertè ab Ulpiano reſponſum *l.* 8. §. 5. *de inoff. teſt.* eſt, nempe matrem impuberis non poſſe teſtamentum inofficioſum dicere, adjecta hac ratione, quia pater hoc ei fecit: quibus verbis hoc ſignificare voluit Juriſconſultus, querelam inofficioſi teſtamenti hoc colore inſtituendam quaſi non ſanæ mentis fuerit, qui teſtamentum ordinavit: hujus autem rei pupillum argui non poſſe, qui ipſe teſtamentum non fecit, uxori vero contra mariti teſtamentum querelam non competere: quæ ratio etiam admiſſa communi DD. opinione accommodari poteſt ad jus novum: quicquid enim novi juris à Juſtiniano conſtitutum eſt, id eo tantum pertinet, ſicut ipſe teſtatur, ut præteritionis & exhæredationis amoveatur injuria, quæ nulla matri à pupillo illata. Neque vero pater, cum liberis ſuis teſtamentum facit, teſtatur ex perſona & nudo nomine liberorum, ſed jure proprio atque ex perſona ſua, vi ſcilicet & poteſtate juris patrii. Hoc ipſum manifeſtè quoque confirmat *l.* 9. *C. hoc tit.* quo loco Juſtinianus prohibet admitti querelam contra ſubſtitutionem mente capti, idque ait ſe conſtituere ad exemplum ſubſtitutionis pupillaris. Negata 11
querela, conſequens omnino eſt, matrem à ſubſtituto pupillari excludi etiam quoad legitimam: idque conſtitutione Bonifacii VIII. nominatim expreſſum eſt *cap.* 1. *in fin. de teſt. in* 6. *Licet filius*, inquit Pontifex, *teſtamento ſuo matrem portione jure naturæ debita privare non poſſit: pater tamen in teſtamento, quod filio impuberi facit, poteſt.* Bocerus *comment. ad hunc* §. putat, matrem, etſi per querelam reſcindere teſtamentum non poteſt, alia tamen via legitimam conſequi poſſe, nimirum condictione ex lege; quoniam 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. *præſumpt.* 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, & exhæredato quoque dat ſubſtitutum. Atque illud omnino fixum eſſe debet, qui ſuo jure queri de inofficioſo non poteſt, quamvis ex teſtamento nihil conſecutus ſit, eum nec petere poſſe legitimam, ut benè diſputat Fachin. *lib.* 4. *contr.* 42. & eſt communis hæc opinio, Gomez. 1. *reſ.* 4. *n.* 7. Vaſq. *lib.* 2. *de ſucc. prog.* §. 11. *n.* 24. Graſſ. §. *ſubſtitutio. qu.* 12. *n.* 5.
Porro ſi hoc obtinemus in ſubſtitutione pupillari ex- 12
preſſa, nulla ratio eſt, cur non idem ſtatuamus in tacita, quæ vulgari expreſſa continetur. Nam cum ex conſtitutione Impp. 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 evertere. Quæ ſententia etſi à DD. comm. improbata eſt, tamen apertè ſatis confirmatur à ſenſu contrario *in l.* 2. *C. h. t.* in qua Impp. reſpondent, ideo in ſpecie illic propoſita matrem admitti, quia teſtator

filio

filio impubere, & aliis quibuſdam perſonis non ejuſdem conditionis hæredibus inſtitutis & invicem ſubſtitutis, non intelligitur ſenſiſſe de alio caſu, quam qui in omnium perſona locum habere poteſt, id eſt, de vulgari tantum: quo non obſcurè ſignificatur, ſi perſonis omnium uterque caſus conveniret, 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 inſt. & ſubſt.* Ad priorem expedita reſponſio eſt, conſtitutionem D. Marci non pertinere ad teſtamentum militis, de quo loquitur *d. l. 8.* quippe militum teſtamenta non reguntur legibus aut conſtitutionibus; ſed ex nuda, ſimplici, ac prout verbis expreſſa eſt, voluntate æſtimantur, *l. 6. C. de teſt. mil.* ut proinde in horum teſtamentis vulgaris expreſſa non contineat tacitam pupillarem: idemque eſſet, etſi non mater in ſpecie illic propoſita, & deciſa, ſed frater aut alius pupilli legitimus hæres fuiſſet. In *l. ult. C. de inſt. & ſubſt.* hic caſus proponitur; Teſtator poſtumum & uxorem hæredes ſcripſit, & ſi poſtumus natus non eſſet, Mævium ſibi hæredem eſſe voluit. Natus eſt poſtumus, & impubes ſuperſtite matre deceſſit. Papinianus & Ulpianus putaverunt, voluntatis eſſe quæſtionem, & matrem potius, quam ſubſtitutum, ad ſucceſſionem impuberis admittendam: & ſecundum eos Juſtinianus quæſtionem ſic decidit, ut nolit, ſubſtitutionem iſtam vim tacitæ pupillaris habere adverſus matrem, id eſt, ſi poſtumus natus impubes viva matre deceſſerit: ſin illa prior mortua ſit, valere adverſus cæteros. Quis vero non videt, hujus conſtitutionis ſpeciem & rationem ſingularem eſſe, ac proinde non facilè ad alios caſus porrigendam? Oſtendunt hoc 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, poſtumoque cohæres data, etſi poſtumum naſci non contingeret. Hinc enim non levis conjectura pro matre oritur, quod ſcilicet teſtator uxorem ſuam, quam ita dilexit, ut eam ſibi quoque cum filio hæredem eſſe voluerit, minimè credendus ſit voluiſſe excludere à luctuoſa hæreditate filii. Deinde quod ſubſtitutio facta proponitur, non in caſum illum generalem & germanum ſubſtitutionis vulgaris: *Si filius poſtumus hæres non erit*; ſed in caſum ſpecialem, & nominatim in hunc, *Si poſtumus natus non erit.* Unde iterum nova conjectura pro matre, nimirum non temere, ubi mater in medio eſt, & præſertim cohæres poſtumo data, hunc caſum, *ſi poſtumus natus non erit*, trahendum eſſe ad oppoſitum: *ſi poſtumus natus fuerit, & impubes deceſſerit*; ne fiat contra voluntatem teſtatoris, qui non videtur eum, quem poſtumo ſubſtituit, & ſibi hæredem deſignat nominatim in eum caſum, quo poſtumus natus non fuerit, & quo exiſtente nec mater, nec filius, nec hæreditas filii intelligi poteſt, etiam in contrarium caſum, ſi natus fuerit poſtumus, & viva matre deceſſerit, ipſi poſtumo 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 quæratur, 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.* Diſſ. Gloſſ. & DD. comm. *in d. l. 8.* Gomez. *1. reſ. 4. n. 8.* Covar. *in cap. Raynutius. 2. de teſt. §. 4. n. 6.* Fachin. *4. contr. 40. & 41.* D. Tulden. *comm. hic cap. 3. & ad C. h. t.* Perez. *ibid. n. 26. & 27.* Criſtin. *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 pleriſque Belgii provinciis, ſubſtitutioni pupillari plane non eſt locus: de quo pluſcula ſub *§. ult. inf. eod.*

Moribus inſtitutum] Vulgaris ſubſtitutio confirmatur lege 12. tabb. his verbis; *Uti quiſque legaſſit ſuper pecunia ſua.* Pupillaris ad eam legem non pertinet; quippe in qua pater non de ſua pecunia ſuisve bonis, ſed alienis, id eſt, 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. tabb. permiſſum erat in tutela, ut liberis impuberibus in poteſtate conſtitutis teſtamento tutorem daret, hoc conſuetudine paulatim tractum ad pecuniam quoque & fortunas liberorum, ut in his patri liceret liberis in ea ætate, qua ipſi teſtamentum facere non poſſunt, teſtamento hæredem dare, continuata vi patriæ poteſtatis etiam quantum ad bona liberorum attinet, poſt mortem patris uſque in eam ætatem, qua jam ipſi liberi ſibi teſtamentum facere poſſent, id eſt, uſque ad eorum pubertatem, qua adveniente ſubſtitutio expiraret. Atque hoc ipſum in gratiam ipſorum im- 13
puberum introductum eſt, quibus non ſolum honorificum ſed etiam utile viſum, hæredem teſtamentarium & eum, qui patris judicio datus eſſet, habere, *l. 42. de acq. hær.* Ob id autem pariſſimum utile, quod ea ratione fiat, ut agnatorum inſidiis minus expoſita ſit vita pupilli, quamdiu ignoratur, quis ei ſucceſſor futurus ſit, propter quam cauſam cavere olim patres ſolebant, ne pupillares tabulæ vivo adhuc & impubere filio aperirentur, *§. ſin autem. 3. inf. eod.* VINN. Vulgo quidem negant pupillarem ſubſtitutionem eſſe ex XII. tabulis propter *l. 2. pr. ff. de vulg. & pupill. ſubſtitution.* ubi ejus origo MORIBUS adſcribitur, quum contra vulgaris diſerte ex XII. Tabulis manaſſe dicatur in *l. 10. §. 5. ff. eod.* Sed non pugnant illa, moribus aliquid introductum, & tamen ex XII. tabulis eſſe, quum in illas migraſſe πάντας τὰς πατρικὰς ἐξουσίας vel ἀγοράφους ἐξουσίας, teſtetur Dionyſ. Hal. *lib. 11. p. 96. & lib. X. p. 676.* Sanxerant Decemviri: *Paterfamilias uti legaſſit ſuper pecunia tutelave ſuæ rei, ita jus eſto.* RES ratione patris erant & liberi, qui & mancipari poterant Caji *Inſtit. lib. 1. tit. 6. §. 3.* & vindicari *l. 1. §. 2. ff. de rei vind.* quin iis ſurreptis locum habebat actio furti. *l. 38. §. 1. ff. de furt.* Quemadmodum itaque tutela teſtamentaria eſt ex XII. tabulis, quia paterfamilias poteſt *legare de tutela ſuæ rei:* ita ejuſdem originis erit pupillaris ſubſtitutio, quia

Decemviri patrifamilias conceſſerant *legare ſuper pecunia ſua rei.* HEIN.

TEXTUS.

De ſubſtitutione mente capti.

1. *Qua ratione excitati, etiam conſtitutionem poſuimus in noſtro Codice, qua proſpectum eſt, ut ſi qui mente captos habeant filios, vel nepotes, vel pronepotes, cujuſcumque ſexus vel gradus, liceat eis, etſi puberes ſint, ad exemplum pupillaris ſubſtitutionis, certas perſonas ſubſtituere: ſin autem reſipuerint, eandem ſubſtitutionem infirmari ſancimus: & hoc ad exemplum pupillaris ſubſtitutionis, quæ, poſt quam pupillus adoleverit, infirmatur.*

NOTÆ.

1. *Conſtitutionem*] *l.* 9. *C. de impub. & al. ſubſt.* olim opus erat ſpeciali privilegio, *l.* 43. *hoc tit.*

Ut ſi qui habeant filios] Licet non habeant in poteſtate, *d. l.* 9. ibi, *qui vel quæ, teſtatori vel teſtatrici.*

COMMENTARIUS.

1. *Qua ratione & conſilio exemplaris ſubſtitutio introducta?*
2. *Utroque parente ſuperſtite & exemplariter ſubſtituente, patris potius, quam matris ſubſtitutionem ratam eſſe.*
3. *Subſtitutionem exemplarem etiam ad furioſos & prodigos, adeoque ad mutos & ſurdos quoque poſſe porrigi.*
4. *Etiam impuberibus mente captis & à patre, in cujus potestate ſunt, exemplariter 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 exheredatis exemplariter ſubſtitui poſſit?*
8. *An ſubſtitutio exemplaris per reſipiſcentiam infirmata vires recipiat redeunte morbo?*

HOc §. agitur de ſubſtitutione mente capti, quæ pupillari ſubſtitutioni finitima eſt, atque ejus ſpecies quædam imperfecta: unde à nonnullis quaſi 1 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 prætexta 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 oſtendetur in progreſſu.

Qua ratione] Nimirum eadem illa, quam modo 2 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. VINN. At non plane eadem eſt ſubſtitutionis ratio. *Pupillaris*, enim ἀμέσως nititur patria poteſtate; *exemplaris* σοφίᾳ illa parentum naturali. Quare illa fit à ſolo patre; hæc ab utroque parente. HEIN.

Ut ſi qui] Sine diſtinctione ſexus aut gradus aut poteſtatis parentum; ne quis ex ſimilitudine ſubſtitutionis pupillaris hoc ad eos parentes tantum referat; qui liberos habent in poteſtate. Subſtitutio enim hæc non ex ratione aliqua juris civilis, ſed ex ſola humanitate, affectione, pietate & cura parentum erga liberos introducta eſt, quæ eadem eſt in omnibus parentibus, *d. l.* 9. quod tamen timidius diceremus, niſi ipſis legis verbis parentibus omnibus eadem poteſtas tribueretur; *parenti, qui vel quæ teſtatur; teſtatori vel teſtatrici.* Poterit igitur & mater hoc modo ſubſtituere, & avia, & pater filio emancipato. 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. *& ſeqq.* 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 fit bonis liberorum omnibus; & inſolens eſt, aliquem cum duobus teſtamentis decedere: quanquam 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 ſæpe 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 veteres dubitatio fuit, an id quoque

que ad furioſi filium porrigendum eſſet; quoniam in mente captis nullæ ſunt morbi induciæ, furioſi autem plerumque intervallis quibuſdam ſenſu ſaniore ſunt, quod tempus expectandum videri poterat: quam tamen dubitationem ſuſtulit Juſtinianus, producta D. Marci conſtitutione ad furioſi quoque filium, *l. ſi furioſi. 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 facto. 43. in pr. verſ. nam & ſi. hoc tit. l. 2. C. de cur. furioſ.* ubi furioſus & mente captus pro eodem ponuntur. Et rectè igitur Theoph. vertit. μεμηνότας ἤγουν ἀφρονοῦντας. 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. Raynut. §. 6. n. 1.* Graſſ. §. *ſubſtitutio. quæſt. 44. n. 4. & 6.* quamvis aliud viſum Viglio *hic.* Govean. *in d. l. ex facto. 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. quæſt. 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. pen. & ult. C. qui teſt. fac.* Quare &, ſi mater ſubſtituit, mortua ea, ſuperſtite patre mente capto, evaneſcet ſubſtitutio ſecundum pleroſque: ego arbitrarer, quamdiu pater vivit, ne concedendum quidem matri eſſe, ut ſubſtituat, de quo latè Vaſq. 2. *de ſucceſſ. progr. §. 17. n. 43 & ſeqq.*

Etſi puberes ſint] Secunda differentia, quæ principalis eſt inter hanc ſubſtitutionem & pupillarem. Ait, 4 *etſi puberes.* Licetne ergo etiam impuberibus exemplariter ſubſtituere? De patre, qui emancipavit, non quæritur, nec de matre ſubſtituere volente, quoniam in his terminis ſola exemplaris locum habet: ſed de patre, in cujus 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 mente capto dare queat. Quamobrem magis eſt, ut dicamus, poſſe patrem etiam exemplariter filio ſubſtituere, ut duret ea ſubſtitutio etiam poſt pubertatem, quamdiu manet eadem mentis conſtitutio, ita & Duar. *in tit. de vulg. & pup. c. 19.* & DD. comm. Vaſq. *d. §. 17. n. 68.* Graſſ. *d. §. q. 41.* Diſſent. D. Pacius *in not. marg.*

Ad exemplum pupillaris ſubſtit.] His verbis ſignificatur, licere patri filio mente capto ſubſtituere in caſum ſecundum, *Si filius hæres erit*, ut receptum eſt in pupillari. Deinde etiam debere patrem, qui exemplariter ſubſtituit, ſibi prius teſtamentum facere, ſibique in eo hæredem inſtituere, quam filio ſubſtituat, perinde ut in ſubſtitutione pupillari, §. *liberis. 5. inſ. eod.* 5

Certas perſonas] Differentia tertia. In ſubſtitutione pupillari licet impuberi filio quosvis 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. h. tit.* Et notandum quod 6 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 querela 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 verbi. 7 d. conſtitutionis & alia diſſimilitudo. Nam impuberibus pupillariter ſubſtitui poteſt, etſi nihil eis relinquatur, dummodo exhæredentur: mente captis non aliter ſubſtitui concedit conſtitutio, quam ſi legitima eis relicta fuerit: & cum igitur hodie legitima liberis relinquenda ſit titulo inſtitutionis, *Nov. 115.* non aliter teſtamentum paternum conſiſtere, aut querelam inofficioſi evadere plerique exiſtimant, quam ſi liberi in eo hæredes inſtituti fuerint, ſaltem in parte aut ex re aliqua; quo caſu ſi minus legitima relictum ſit, id quod deeſt, eos conſecuturos condictione, ex *l. 30. C. de inoff.* nimis enim ſuperſtitioſos eſſe, qui negant ſubſiſtere teſtamentum, niſi tota legitima relicta ſit. Concludunt igitur, exhæredato non rectè, exemplariter ſubſtitui, neque rationem humanitatis pati, ut afflicto addatur afflictio, 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 relictum 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. posset everti: cujus querelæ ne hodie quidem vis ulla, ubi ob justam causam ingratitudinis testamento insertam hæres docere potest, exhæredationem factam esse: & quod novissimè Imp. voluit, legitimam relinqui tit. institutionis, id non hunc habet sensum, si ita relicta non sit, utcunque ritè facta sit exheredatio, testamentum ipso jure non subsistere, sed tunc per querelam posse subverti: de quo uberius *inf. tit.* 18. Duar. *ad hunc tit. c.* 20. Covar. *in cap. Raynutius* §. 6. *n.* 2. & 3. Bocer. *hic. n.* 21.

Sin autem resipuerint, infirmari] Deficiente nimirum conditione hujus substitutionis: ut enim pupillaris substitutionis hæc propria est, *Si filius impubes decesserit*; ita exemplaris hæc propria, *Si mente captus in eadem constitutione mentis decesserit*: ac proinde ut illa pubertate, ita hæc finitur resipiscentia: quomodo veteres quoque principalia rescripta interpretati sunt, quibus specialiter aliquibus concessum erat, liberis puberibus ob infirmitatem aliquam, propter quam ipsi testari non poterant, testamentum facere: iniquum enim esse, testamenti factionem adimere homini sani sensus & mentis, *l. ex facto.* 43. *h. t.* ubi indicatur alius quoque modus, quo hæc substitutio infirmatur, sui
8 heredis agnatio. Quid autem si filius in eandem mentis abalienationem reciderit? Zasius *tract. subst. exempl.* post Baldum & Salicet. *in d. l.* 9. *C. hoc tit.* distinguit inter modicum & longum intervallum, ut illo casu duret, hoc evanescat substitutio, quod & 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 etiamsi filius tempore mortis paternæ adhuc sit sanæ mentis, *lib.* 2. *de succeff. progreff.* §. 17. *n.* 48. *& seqq.* quæ etiam est communis opinio secundum Jason. & alios à Vasq. & Covar. allegatos. Ratio juris suadet, ut dicamus, cum Donell. 6. *comm.* 27. siquidem filius vivo adhuc patre in eundem morbum reciderit, magis esse, ut substitutio duret, *arg. l.* 6. §. 2. *de hær. inst.* §. 4. *inf. de hær. qual.* nisi 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. Mantic. *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 hæredem instituisset: aut certè unum testamentum est duarum causarum, id est, duarum hæreditatum.*

COMMENTARIUS.

REdit Imp. ad institutam initio disputationem de substitutione pupillari. Ait, in ea substitutione duo quodammodo esse testamenta. Quæ verba captanda non sunt. Etenim non hic eorum sensus est, in pupillari substitutione, quatenus sola & per se spectatur, duo esse testamenta; quæ oratio implicaret contradictionem: quippe in pupillari substitutione soli pupillo hæres datur, cujus idcirco etiam testamentum dicitur, licet patrem auctorem habeat, *l.* 20. *hoc tit. & passim*; ea 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 additiones necessariæ, *l.* 2. §. 1. *h. t. l.* 11. §. 1. *ad Trebell.* duplex item apertura tabularum, si pupillares seorsum obsignatæ, *l.* 8. *test. quemad. aper.* quod pater una hora sibi, altera filio hæredem facere potest, *l.* 16. §. 1. *hoc tit.* sibi per scripturam, filio per nuncupationem, & contra, *d. l. patris.* 20. *eod. l.* 8. *in fin. sec. tab.* quod filio substitutus, eo abstinente non cogitur paternis creditoribus respondere, *l. Julianus.* 42. *de acquir. hared.* & 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. auct. 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 substantiæ, quia pupillare testamentum per se non subsistit, sed paterni accessio est, quo rupto, rescisso aut irrito facto, simul concidit, *d. l.* 2. §. 1. *l.* 10. §. 3. *l.* 16. §. 1. *eod. l.* 11. *test. quemad. ap.* §. 5. *inf. hoc tit.* Atque hinc est, quod in tabulis patris & filii una Falcidia servatur, *l.* 11. §. *quod vulgo.* 5 *ad leg. Falc.* quod juri accrescendi locus est inter patris & pupilli tabularum legatarios, ut inter re conjunctos, *l. plane.* 34. §. *sed si.* 10. *de legat.* 1. & si quæ sunt alia generis ejusdem. Consulatur D. Hotomannus, qui singula accurate persecutus est.

TEXTUS.

Alia forma substituendi pupillariter.

3. *Sin autem quis ita formidolosus sit, ut timeat, ne filius suus pupillus adhuc ex eo, quod palam substitutum acceperit, post obitum ejus periculo insidiarum subjaceat, vulgarem quidem substitutionem palam facere, & in primis testamenti partibus ordinare debet: illam autem substitutionem, per quam, si hæres extiterit pupillus, & intra pubertatem decesserit, substitutus vocatur, separatim in inferioribus partibus scribere debet, eamque partem proprio lino, propriaque cera consignare: & in priore par-*

parte teſtamenti cavere, ne inferiores tabulæ vivo filio & adhuc impubere aperiantur. Illud palam eſt, non ideò minus valere ſubſtitutionem impuberis filii, quod in iiſdem tabulis ſcripta ſit, quibus ſibi quiſque hæredem inſtituiſſet: quamvis pupillo hoc periculoſum ſit.

NOTÆ.

3. *Proprio lino*] Vide *comm. infr.* Exempla ſubſtitutionis pupillaris factæ in ima cera, ſive ultima parte tab. habes in *l. ult. de fideic. libert. l.* 8. §. *ult. ſec. tab.*

In priore parte cavere] Etſi non cavit, voluiſſe tamen intelligitur, qui ſeparatim obſignavit tabulas pupilli, *l.* 8. *teſt. qu. ap.*

COMMENTARIUS.

QUia ſubſtitutio hæc pupillo periculoſa videtur, conſilium hoc loco parentibus datur, ut eam in ima parte tabularum ſcribant, linoque proprio trajecto conſtrictam obſignent, caveantque, ne vivo & adhuc impubere filio aperiantur.

Periculo inſidiarum ſubjaceat] Vulgaris ſubſtitutio rarius periculum liberis impuberibus creat, quia adita hæreditate ſpes omnis ſucceſſionis ſubſtituto præciditur. Poteſt tamen & ipſa cauſam præbere inſidiis. Apud Ciceronem in *orat. pro Cluent. cap.* XI. legimus, mulierem quandam Mileſiam, accepta à ſecundis hæredibus pecunia partum ſibi medicamentis abegiſſe: cujus rei meminit Tryph. *l. Cicero.* 39. *de pœn.* Citius autem periculum metuitur à ſubſtituto pupillariter, ſi is mortuo patre, pueri cuſtode, ſe eſſe ſubſtitutum cognoſcat: hic enim majorem occaſionem habet vitæ pupilli ſtruendi inſidias, eumque antequam pubeſcat, è medio tollendi. In cujuſmodi ſcelus impulſus hac occaſione fuit tutor ille, quem Sergius Galba ob id cruce affecit; nimirum quod pupillum, cui ſubſtitutus hæres erat, veneno neceſſet. 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. *v.* 12. de improbo inſidiatore pupilli, cui hæres ſubſtitutus erat;

-------- Pupillumve utinam, quem proximus hæres
Impello, expungam.

Eodemque pertinent illa Horatii *lib.* 2. *ſatyr.* 5. *v.* 48.

Arrepe officioſus: & ut ſcribare ſecundus
Hæres, ut ſi quis caſus puerum egerit Orco,
In vacuum venias.

Primis teſtamenti partibus] Tabulæ teſtamenti in plures partes dividi poſſunt, ſingulæque partes ſeorſum obſignari, ita ut priores ſine poſterioribus commode aperiri & reſignari queant. Primam teſtamenti partem Horatius *d. ſatyr.* 5. *v.* 53. *ſequ. primam ceram* vocat, ſicut Tranquillus *in Julio cap.* 83. partes inferiores, *imam ceram.* Cicero *Verr.* 3. *extremam ceram codicis.* Quod intelligendum eſt è conſuetudine veterum Romanorum, qui in tabulis ceratis ſcribere ſolebant. Quamvis interdum etiam chartis & membranis uterentur. §. *nihil autem.* 12. *ſup. de teſtam. ord.* conſule D. Salmaſ. *lib. de mod. uſur. c.* 11.

Separatim in inferioribus partibus] Exempla ſubſtitutionis pupillaris factæ in infima ſive noviſſima parte teſtamenti habemus apud Marcell. *l. ult. de fideic. lib.* Paul. *l. ult. ad ſen. Treb.* 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 tabulæ niſi pertuſæ, ac ter lino per foramina trajecto, obſignarentur.* Add. Alciat. 4. *parad.* 6. Cajus 2. *Inſt.* 4. §. 3. de hac cautela ſic ſcribit; *Sed pupillaris ſubſtitutio ita ſecreta eſſe debet, ut ad notitiam ſubſtituti pervenire non poſſit, ne vitæ pupilli ſubſtitutus aliquas inſidias moliatur. Nam in extrema pagina teſtamenti fieri debet, ut pars illa, in qua pupillaris ſubſtitutio ſcripta eſt, quamdiu pupillus annos pubertatis egrediatur, obſignata permaneat, & prior pars teſtamenti, in qua hæres ſcriptus eſt, reſeratur.*

Cavere, ne inferiores tabulæ aperiantur] Pupillares tabulas aperiri plerumque vetabat parens, *l.* 3. *C. quemadm. teſt. ap.* aut vetuiſſe intelligebatur, ſi ſeorſum eas ſignatas reliquiſſet, *l.* 8. *ff. eod.* Quæſieris, quid juvet, hanc 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 tit.* Nam facta palam ſubſtitutione vulgari etiamſi altera celetur, in idem incommodum incidi; quia ſubſtitutus ignorare non poteſt, mortuo impubere, ſe ei hæredem fore ex tacita pupillari. Sed facilis eſt reſponſio, nimirum ex conjectura voluntatis hoc introductum, ut ſubſtitutioni vulgari expreſſæ, pupillaris inſit: in voluntate teſtatoris manifeſte contraria ſecus eſſe, *d. l.* 4. §. 2. *& l.* 4. *C. eod.* Neque enim unquam in re manifeſta aut ubi de voluntate conſtat, præſumptioni aut conjecturis locus eſt. *l. continuus.* 137. §. 1. *in fin. de verbor. obl.* Quamobrem cum in caſu præſente 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, ὁ νόμος, ἀλλὰ σύνεσις: 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. patris.* 20. §. 1. *h. t.*

TEX-

TEXTUS.

Quibus ſubſtituitur.

4. *Non ſolum tamen hæredibus inſtitutis impuberibus liberis ita ſubſtituere parentes poſſunt, ut ſi hæredes eis extiterint, & ante pubertatem mortui fuerint, ſit eis hæres is, quem ipſi voluerint: ſed etiam exhæredatis. Itaque eo caſu, ſi quid exhæredato pupillo ex hæreditatibus, legatisve aut donationibus propinquorum atque amicorum acquiſitum fuerit, id omne ad ſubſtitutum pertinebit. Quæcunque diximus de ſubſtitutione impuberum liberorum, vel hæredum inſtitutorum, vel exhæredatorum, eadem etiam de poſtumis intelligimus.*

NOTÆ.

4. *Sed etiam exhæredatis*] *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 poſtumis] *l.* 2. *eod.* 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 ſuitatis? Quæſtio ſubtiliſſima.*

Sed etiam exhæredatis] Non ait, præteritis, quia ſic teſtamentum patris ipſo jure nullum eſſet. *l.* 1. *de injuſt. rupt. l inter cætera.* 30. *de lib. & poſt.* 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 hodie bonorum adventitiorum proprietas patri non quæritur, non eo tamen minus ſubſtituere filio exhæredato poterit. Neque in eo injuria fit exhæredato, quod pater ei hæredem dat: quin potius ad utilitatem pupilli hoc ſpectare creditur. *l. Julian.* 42. *de acq. hær. fac. l.* 6. *in pr. de interrog. in jur.* Sed quibus verbis hæc ſubſtitutio concipienda eſt? Non enim poteſt concipi eadem formula, qua utimur in ſubſtitutione filii hæredis inſtituti: *Si hæres erit, & intra pubertatem decedet.* 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. VINN. Sed hoc ipſo confirmatur ſententia noſtra, quod hæc teſtamenti factio ſit ex XII. tabulis. Quamvis enim ſubſtitutio hæc nec vulgaris dici poſſit, nec pupillaris: eam tamen admittendam putarunt Romani, quia ſic quoque paterfamilias teſtatur *de pecunia ſua rei.* HEIN.

Pupillo ex hæreditatibus legatiſve] Nam uti modò dictum eſt, non ſuis, ſed impuberis bonis teſtator ſubſtituit. Turbavit hic multos vitioſa lectio, *l. miles.* 41. §. 4. *de teſt. mil.* Sic enim is locus in vulgatis codicibus legitur; *Exhæredato miles & emancipato filio ſubſtituere poteſt. Verùm hoc jus in his exercebitur, quæ ab ipſo ad eum, cui ſubſtituit, pervenerunt: non etiam in his, quæ habuerit, vel poſtea acquiſierit.* Quod ſi exhæredato filio à milite ſubſtitutus ea tantum accipit, quæ à teſtatore profecta ſunt, nihil amplius ei tribuendum, ſi ſubſtitutus ſit à pagano. Cæterum alia omnia ratio juris efflagitat: 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 pertinebit] Hoc igitur certo conſtitutum eſt, licere patri ſubſtituere filio impuberi etiam exhæredato, atque ex hac ſubſtitutione ad ſubſtitutum pertinere adventitia exhæredati emolumenta. Sed hac occaſione duo quæſita ſunt: primum, an quemadmodum pater exhæredato rectè ſubſtituit, ita etiam ab eo legatum aut fideicommiſſum rectè relinquat? alterum, an à ſubſtituto exhæredati legatum aut fideicommiſſum dare valeat? Primum quod attinet, placet, patrem à filio, quem exhæredavit, legare aut fideicommiſſum relinquere non poſſe. *l. cohæredi.* 41. §. 3. *hoc tit.* Alia enim ratio eſt ſubſtitutionis, alia legatorum ſive fideicommiſſorum. Legata & fideicommiſſa onera ſunt: ac proinde aliis imponi non poſſunt, quam iis, quos defunctus honoravit, & tantùm pro modo relicti, *d. l. cohæredi.* §. 3. *l.* 1. §. *ſciendum.* 6. *de legat.* 3. *l.* 9. *C. de fideic.* Subſtitutio verò onus nullum continet, (neque enim onus eſt hæredem habere,) ſed eſt proviſio, pertinens ad commodum ipſius pupilli. Atque hinc quoque judicandum de altero. Nam ſi ab exhæredato legari non poteſt, nec poterit à ſubſtituto ejus. Ratio enim non patitur, ut plus juris habeat teſtator circa perſonam ſubſtituti, quam habet in eo, cui ſubſtituit. *l. qui fundum.* 87. §. *qui filios.* 7. *verſ. dicet aliquis. ad leg. Falc. l. ab exhæredati.* 126. *de leg.* 1. Planè quemadmodum filius exhæredatus, ſi legatum vel fideicommiſſum à patre accepit, fideicommiſſo itidem à patre gravari poteſt: *d. l. cohæredi.* §. 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 benè obſervavit D. Viglius. Nè olim quidem,

ut

ut hoc obiter addam, legari à ſubſtituto exhæredati poterat; quantumvis legatum etiam amplum à patre accepiſſet, *l. miles.* 41. §. 3. *de teſt. mil.* nimirum quia ex ratione juris veteris legata à legatario ejuſve hærede non rectè relinquebantur, at benè fideicommiſſa. *inf. de ſing. reb. per fideic. rel. in pr. d. l.* 5. §. 1. *de legat.* 3.

Eadem etiam de poſtumis intelligimus] Quæſtionem, an hodiè poſt *Nov.* 115. *c.* 3. poſtumus exhæredari, & conſequenter, an ei exhæredato ſubſtitui poſſit? alii 4 loco reſervamus. Illud pro coronide hic indagare lubet, verumne ſit, quod nonnullis viſum eſt, per exhæredationem tolli jus ſuitatis? 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 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 hær. 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. & poſt.* Ex contrario verò non tolli per exhæredationem jus ſuitatis, duobus argumentis perſpicuè 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 ſolutum fuiſſe jus patriæ poteſtatis. Nec mihi objeceris, jus ſuitatis non ex eo ſolum æſtimari, quod quis in poteſtate ſit, & primum gradum in familia teneat; verum etiam, & maximè ex cauſa ſucceſſionis: exhæredatum autem à ſucceſſione excludi. Etenim quamdiu pater vivit, exhæredationis nulla vis eſt, eoque etiam mortuo adhuc in irritum redigi poteſt, deſtituto vel reſciſſo per querelam inofficioſi patris teſtamento, *l. filium.* 20. *in pr. contr. tab.* ut proinde jus filii ſui hæredis per exhæredationem ſublatum fuiſſe dici non poſſit. Alterum argumentum ſumitur ab effectis ſuitatis propriis. Primum ex eo, quod, ut hoc §. docetur, filio exhæredato rectè pater pupillariter ſubſtituit. Suum autem hæredem eſſe oportet, cui ita ſubſtituatur. *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. tut.* Tertio, quod exhæredati filii perſona obſtet nepoti, quominus ſuus hæres fiat avo, & præteritus quaſi agnaſcendo rumpat avi teſtamentum. *l.* 6. *pr. de injuſt. rupt. teſt. l.* 7. *unde lib.* Si enim per exhæredationem perimeretur jus ſuitatis, nepos protinus occuparet locum patris, atque in ſui hæredis locum ſuccedendo avi teſtamentum rumperet, non ſecus ac is rumpit, cujus pater mortuus aut emancipatus eſt. §. 2. *ſup. de exhær. lib. l.* 13. *de injuſt. rupt.* Poſtremo à jure quoque ſuitatis procedit, quod filio, qui in poteſtate eſt, exhæredato ad tranſmittendam querelam nec bonorum poſſeſſio, nec additio hæreditatis neceſſaria eſt. Cur enim alioqui contra filius emancipatus niſi iſta fecerit, non videtur litem præparaſſe? *l.* 7. *de inoff. teſtam.* Neque verò adeò difficilis reſponſio eſt ad argumenta duo poſteriora, quibus diximus probari videri, exhæredatione jus ſui hæredis planè extingui. Etenim quod Ulpian. ait *d. l.* 1. §. *ſed & ſi* 5. *de conjung. 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 jungeſetur. Eodem modo reſponderi poteſt ad *d. l.* 9. §. 2. *de lib. & poſt.* jus filii eo loco abſciſſum dici comparativè, 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.* quæ 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. teſtam.* Verum enimvero ſi exhæredatio confirmata fuerit adita 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. Hotom. 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.

TEXTUS.

Pupillare teſtamentum ſequela paterni.

5. Liberis autem ſuis teſtamentum nemo facere poteſt, niſi & ſibi faciat; nam pupillare teſtamentum pars & ſequela eſt paterni teſtamenti: adeò ut ſi patris teſtamentum non valeat, nec filii quidem valebit.

NOTÆ.

5. *Niſi & ſibi faciat*] *d. l.* 2. §. 1. Imo 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, Sejus 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.* 42. *eod. in* 6. puto tamen hodie tabulas pupillares non infirmari, quamvis exhæredatus querela inoff. teſtamenti obtinuerit, per *Nov.* 115. *c.* 3. *in fin.*

COMMENTARIUS.

1. *Patrem prius ſibi debere teſtamentum facere, deinde filio, nec converſo modo à filii teſtamento incipere; niſi conjunctim unoque textu utrumque fiat.*
2. *Patris teſtamento non ſubſiſtente, & filii nullum eſſe, aut corruere.*
3. *Cur reſciſſo per querelam teſtamento patris ſubſtitutio pupillaris concidat, petita cont. tab. bonorum poſſeſſione non item?*
4. *Jure noviſſimo etiam expugnato per querelam teſtamento patris ſalvam manere ſubſtitutionem pupillarem.*

PErmiſſum quidem patri eſt, ſuo teſtamento perfecto, alio tempore filio teſtamentum facere, *l.* 16. §. 1. *hoc tit.* aut ſibi per ſcripturam, filio per nuncupationem, vel contra, *l. patris.* 20. *eod.* & vel inſtituto filio vel exhæredato. 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 fine illo non conſiſtere, ex tritiſſima juris regula, *l. nihil dolo.* 129. §. 1. *de reg. jur. c. acceſſorium.* 42. *eod. in* 6. Cæterum hoc in paganis obtinet; militi enim ex privilegio indultum ut ſoli filio hæredem facere poſſit, tametſi ſibi non fecerit, *d. l.* 2. §. 1. *l. in fraudem.* 15. §. *pen. de teſtam. milit.*

1. *Niſi & ſibi faciat*] Imo, niſi ſibi prius faciat, deinde filio, nec converſo modo à filii teſtamento incipiat, *d. l.* 2. §. *prius.* 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 conſtet, unum eſſe teſtamentum. Nam iſta ratio non evertit Juliani ſententiam, ut Goveano videtur, ſed confirmat. Objici quippe poterat, duo hic teſtamenta eſſe, unum patris, alterum filii, §. 2. *ſup. 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 duntaxat 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 filius meus intra pubertatem deceſſerit, 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 quidem.* 14. *de pecul. leg. fac. l. ſi ita.* 28. *de hær. inſt.* Ad hunc modum hæc explicant Zaſ. *ad d. l.* 2. §. 4. *n.* 8. Duar. *in comm. ad hunc tit. c.* 14. Vigl. *hic.* citans Jaſon. & DD. ultramontanos. Angelus etiam communem hanc eſſe ſententiam teſtatur.

Nec filii quidem valebit] 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.* 42. *eod. in* 6. Hinc fit, ut non tantum ab initio pupillares tabulæ non ſubſiſtant, ſi patris teſtamentum ab initio nullum ſit; verum etiam corruant, ſi patris teſtamentum, quod rectè factum erat, poſtea infirmetur, puta aut rumpatur agnatione vel quaſi agnatione ſui hæredis, *l.* 2. *in pr. hoc tit.* aut inofficioſum in totum pronuntietur, *l.* 8. §. *ſed nec.* 5. *in fin. de inoff. teſt.* aut irritum fiat teſtatore capite minuto, aut non adita ex teſtamento hæreditate, *d. l.* 2. §. 1. *l.* 10. §. 4. *eod.* 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 exiſtentiæ hæc vis eſt, ut confirmet tabulas pupillares, *l.* 12. *h. tit.* de quo plene ſcripſimus ad *pr. hujus tit.* Illud alicui mirum videatur, quod cum reſciſſo per querelam teſtamento ſubſtitutio pupillaris concidat, eam tamen placeat valere, cum præterito filio contra tabulas bonorum poſſeſſio petita eſt, *l. ex duo-*

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, quaſi teſtator ſanæ mentis non fuerit, cum teſtamentum ordinaret, *l.* 2. *l.* 13. *de inoff. teſt.* ut proinde eo reſciſſo perinde omnia haberi debeant, ac 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 prætoria 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 ſu-
4 perius diſputavimus ſub *tit. de exhar. lib.* Hodie ex novella Juſtiniani lege, etiam per querelam inofficioſi teſtamentum patris expugnatum fuerit, pupillaris ſubſtitutio ſalva manebit, quemadmodum & legata cæteraque capita firma manent præter inſtitutionem. *Nov.* 115. *cap.* 3. *in fin.* unde *auth. ex cauſa. C. de lib. prat* & ibi comm. DD. Equidem ſcio, Dynum & 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 & Covarruviæ probari *in c. Raynut.* §. 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 ſcil. 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 everſo per bonorum poſſeſſionem cont. tab. teſtamento patris conſervata fuit, *l. ex duobus.* 34. *in fin. cum l. ſeq. hoc tit.*

TEXTUS.

Quot liberis ſubſtituitur.

6. *Vel ſingulis autem liberis, vel ei, qui eorum noviſſimus impubes morietur, ſubſtitui poteſt. Singulis quidem, ſi neminem eorum inteſtatum decedere voluerit: noviſſimo, ſi jus legitimarum hæreditatum integrum inter eos cuſtodiri velit.*

COMMENTARIUS.

1. *An poſtquam mater unà cum fratribus defuncti ad legitimam hæreditatem vocata eſt, adhuc locus ſit diſpoſitioni hujus §?*
2. *An non ſaltem, quo mater excludatur, dici poſſit, fratres per fideicommiſſum mutuo ſubſtitutos eſſe?*

QUi plures liberos impuberes habet, ſi 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 uni tantum ſubſtituit, hic ſolus teſtatus decedet, cæteri inteſtati. Unde ſi poſtremo morituro tantùm 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. Porrò an propriè vox inteſtatus, impuberibus, furioſis & ſimilibus perſonis attribuatur, ita ut ſtatuta de ſucceſſione inteſtatorum loquentia ad eas quoque perſonas intelligi debeant pertinere, tractamus *inf. tit.* 1. *lib.* 3. *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 ſuperſtites perveniant: quorum tandem omnium bona in ultimi defuncti hæreditate reperta ſubſtitutus ejus conſequetur. Unde quæritur, cum 1
hodiè ex *Nov.* 118. *cap.* 2. mater defuncti unà cum fratribus ad legitimam hæreditatem vocetur, adeoque fratres conſanguineos tantùm ſive ὁμοπατρίους 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 tantùm ſubſtituitur, jus legitimarum hæreditatum inter fratres integrum cuſtodiri. Si verò mutua hic fingatur ſubſtitutio, priorum morientium ſuperſtites non legitimi hæredes, ſed ex teſtamento eſſent, omneſque decederent teſtati. Proindè dicendum, ut olim in caſu propoſito inter fratres, quippe qui ſoli à lege vocabantur, legitimæ hæreditates ſalvæ manebant, ita hodiè etiam matri, poſtquam ea unà cum defuncti fratribus admiſſa eſt, jus legitimæ ſucceſſionis integrum manere, atque ad ſubſtitutum eas duntaxat partes pertinere, quæ in hæreditate ultimi defuncti reperiuntur. Sed dixerit adhuc aliquis, quidni hic fideicommiſſum 2

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 conſulitur; Teſtator certum fundum legavit Titio & Mævio, fideique eorum ita commiſit, *ut qui ex eis ultimus deceſſiſſet, eum fundum, cum moreretur, reſtitueret Sempronio.* Reſpondet Jurisconſultus, in eo fideicommiſſo teſtatorem duos videri gradus ſubſtitutionum feciſſe, unum, ut is, qui ex duobus prior moreretur, alteri reſtitueret, quod colligit ex verbis, *qui ultimus deceſſerit*; alterum, ut noviſſimus reſtitueret Sempronio. Sed non eſt hæc ſpecies ſimilis noſtræ. Rectè Juriſconſultus in *d. l. Titia.* 87. §. 2. ex eo, quod teſtator proponitur eum, qui ex duobus, quibus fundum legaverat, poſterior moreretur, rogaſſe, ut eum fundum alii reſtitueret, colligit alterum fideicommiſſum: non enim rogatus proponitur de reſtituenda duntaxat parte ſua, ſed de toto fundo, ac proindè 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, ſuperſtiti 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 tantùm bonis ſubſtitutio facta proponitur.

TEXTUS.

De ſubſtitutione nominatim aut generaliter facta.

7. *Subſtituitur autem impuberi aut nominatim, veluti,* Titius hæres eſto: *aut generaliter, ut,* Quiſquis mihi hæres erit. *Quibus verbis vocantur ex ſubſtitutione, impubere mortuo filio, illi, qui & ſcripti ſunt heredes, & 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. *Ejuſdem formulæ hunc effectum eſſe ut ſubſtituti eaſdem ex ſubſtitutione partes conſequantur, quas in patris hæreditate habuerunt.*

SUbſtitutio pupillaris vel ſpecialiter & nominatim concipitur, puta hoc modo, *Filius meus hæres eſto. Si filius impubes deceſſerit, 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 rectè conciperetur, nam hæc formula, *Quiſquis mihi hæres non erit*, &c. in infinitum producitur. Non eſt verò eadem vis generalis & ſpecialis ſubſtitutionis, ut in calce exegeſeos 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 iis 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 judicio defuncti, ſed vi poteſtatis vel dominicæ vel patriæ 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 hær. inſt.* nec is, cui ex fideicommiſſo 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 quæſita habeat. Non enim inſpicitur, apud quem patris hæreditas ſit, ſed quis à patre expreſsè & immediatè ad hæreditatem vocatus. Ideoque, ſi ſervus quæſita 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 acquiret, ſi fortè manumiſſus fuerit; vel ſi alienatus, novo domino, cujus juſſu adierit. At verò, ſi exiſtente conditione pupillaris ſubſtitutionis adhuc in ejuſdem domini poteſtate ſit, nihil prohibet, quominus juſſu ejus nunc item ex ſubſtitutione pupilli hæreditatem adeat, eamque novo hoc ſuo facto acquirat domino; ut poſt Jo. Fab. *hic.* & DD. comm. *in l. filiofam.* 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 hær. inſt.* Simili igitur modo, ſi filiusfam. 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: proindè, ſi hæres ſcriptus paternam hæreditatem repudiaverit, nihil ei proderit ad hæreditatem pupilli conſequendam, quod teſtamento patris hæres ſcriptus eſt: nam alias 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 eaſdem ex ſubſtitutione partes conſequuntur in bonis pupilli, quas in ipſius patris fam. hæreditate habuerunt, *d. l.* 8. §. 1. *in fin.* Ut hic quoque locus ſit regulæ traditæ in §. 2. *præc. tit.* teſtatorem eas videri in ſubſtitutione partes cuique dediſſe, quas in inſtitutione expreſſit. In ſubſtitutione nominatim facta, ſive ſpeciali, converſo ferè modo hæc ſe habent. Nam primo neceſſe non eſt, ut is, qui nominatim ſubſtitutus pupil-

ſi 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, modo 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. præced.*

TEXTUS.

Quomodo ſubſtitutio pupillaris finitur?

8. *Maſculo igitur uſque ad quatuordecim annos ſubſtitui poteſt: fœminæ uſque ad duodecim annos. Et ſi hoc tempus exceſſerint, ſubſtitutio evaneſcit.*

NOTÆ.

8. *Evaneſcit ſubſtitutio*] Quamvis longius tempus comprehenſum fuerit, *l.* 14. *eod.* quod autem evaneſcit, nec ad cauſam fideicommiſſi proficit.

COMMENTARIUS.

1. *Pupillarem ſubſtitutionem extingui anno quartodecimo aut duodecimo, completo, licet non ſuperato.*
2. *Si longius tempus comprehenſum fuerit, an poſt pubertatem ſubſtitutio valeat jure fideicommiſſi?*
3. *An ad cauſam fideicommiſſi trahatur, ſi demum à pubertate ſubſtitutio incipiat?*

DIctum ſupra eſt, pupillarem ſubſtitutionem introductam eſſe ex hac cauſa, quod cum liberi in ea ætate eſſent, ut ipſi ſibi teſtamentum facere non poſſent, utile atque ex re ipſorum viſum fuerit, ut parentes eis facerent. Quamobrem cum ad eam ætatem pervenerunt, qua jam ipſi teſtari poſſunt, ceſſante fine ſubſtitutionis, merito placuit, eam extingui: alias, quod iniquiſſimum eſt, civi Romano puberi teſtamenti factio auferretur, *l. ex facto.* 43. *hoc tit.*

Uſque ad quatuordecim annos, &c.] Maſculi enim anno quartodecimo, fœminæ duobus annis maturius puberes fiunt, *ſup. quib. mod. tut. fin.* à qua ætate jam ipſi teſtamentum facere poſſunt, *l.* 5. *qui teſt. fac.* Ait, *uſque ad quatuordecim annos*, quibus verbis ſignificat, omne ſpatium, quod eſt intra pubertatem, liberum eſſe patri ad ſubſtituendum filio, finem autem hujus arbitrii eſſe pubertatem. Quapropter ſi quis verbi cauſa ita ſubſtituit: *Si filius meus intra decimum annum deceſſerit*, &c. pupilluſque ad eos annos pervenerit, expirat ſubſtitutio, licet poſtea deceſſerit intra annum decimum quartum. *l. ſi ita* 21. *d. l. ex facto.* 43. §. 1. *eod.* At ſi in ſubſtituendo annos pubertatis egreſſus ſit, finietur nihilominus ſubſtitutio pubertate. *l. in pupillari.* 14. *eod.*

Si hoc tempus exceſſerint] Liberi nimirum, quibus facta eſt ſubſtitutio, maſculi annos quatuordecim, fœminæ duodecim: neque enim patitur contextus, ut ad parentes, qui ſubſtituerunt, hæc referantur. Quod vero ait, exceſſerint, id verbum non puto præcisè hic accipiendum eſſe, quaſi non ſatis ſit annum quartumdecimum aut duodecimum compleſſe, eoque non completo, ſed ſuperato demum extingui ſubſtitutionem; ſed potius explicandum ex iis locis, ubi ex profeſſo agitur de ætate, qua cives teſtamentum facere poſſunt. Atqui ex quo quis incipit teſtamentum facere poſſe, finem capere debet hæc ſubſtitutio, utpote quæ hoc uno fundamento nititur, quod ii, quibus fit, ſibi non poſſint hæredem facere. Aliud tamen D. Viglio viſum. 1

Evaneſcit] Etiamſi longius tempus comprehenſum fuerit, *d. l.* 14. *hoc tit.* Sed longiore tempore comprehenſo, an non ſaltem poſt pubertatem ſubſtitutio valebit jure fideicommiſſi? Finge ita factam, *Si filius intra annum viceſimum deceſſerit, Titius hæres eſto.* Ex hac ſubſtitutione conſtat, filio intra pubertatem defuncto directo jure ſuccedi, poſt id tempus non item. Sed quæritur, an non ſaltem poſt pubertatem proficiat ad cauſam fideicommiſſi, ut perinde ex eo tempore haberi debeat, ac ſi filius poſt pubertatem intra annum viceſimum moriens rogatus eſſet hæreditatem patris ſubſtituto reſtituere? Communis ſententia eſt, teſtibus Zaſ. *c.* 5. *de ſubſtit. compend.* Covar. *in c. Raynut. de teſtam.* §. 9. *num.* 29. Jaſ. *in l. precibus.* 8. *C. hoc tit. num.* 11. ejuſmodi ſubſtitutionem pubertate ita finiri, ut nulla ejus vis amplius ſuperſit. Quæ ſententia mihi veriſſima videtur. Etenim inconveniens omnino eſt, ut una ſubſtitutio diverſo jure pro diverſitate temporis cenſeatur, ſcilicet, ut valeat intra pubertatem directo, & bona tam patris, quam filii, ex quibus una facta eſt 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 ſignificantiſſimo *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 benè diſputant Mantic. 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 pubertatem certis annis excedit. Sed quoniam iidem DD. & cum his comm. interpretes non concedunt, quod nos pro vero & certo aſſumimus, nimirum ne illam quidem ſubſtitutionem, quæ à pubertate incipit hoc modo, *Si filius meus poſt quartum decimum annum deceſſerit*; ad cauſam fideicommiſſi proficere, id nobis prius quam hinc abeamus, probandum eſt. Non valere quaſi fideicommiſſum, argumento ſit *l. ſi ſervus legat.* 108. §. *ſi ſervus alienus.* 9. *de legat.* 1. *l.* 9. *C. de teſt. man.* quibus in locis ſervo alieno directa libertas fruſtra dari dicitur. Quod ſi favor libertatis verbum directum ad fideicommiſſum non trahit, nulla res omnino trahet. Et cur teſtatoris voluntatem, quæ contra leges eſt, adjuve- 2 3

mus, ut benigna interpretatione inducamus fideicommissum, de quo non apparet testatorem cogitasse? Neque enim ut quid valeat jure fideicommissi, sufficit, tale id esse, quod jure fideicommissi valere posset, si testator voluisset, nisi & voluerit. *l.* 1. *l.* 13. §. 1. *de jur. cod. l. ex ea scriptura.* 29. *qui test. fac. l. quærebatur.* 19. *de test. mil. l. cohæredi.* 41. §. 3 *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 patiatur, ut ex hac substitutione, hæredem habeat directo, ut habeat saltem ex fideicommisso, postquam patri concessum, legitimum filii hæredem fideicommisso obstringere. Cæterum sustinebitur hoc fideicommissum usque ad tempus pubertatis; cum vero pupillus adoleverit, evanescet, ne, quod propter utilitatem impuberis introductum est, puberi jam facto obsit in libertate testandi, *arg. l. si fundum.* 92. §. 2. junct. *l. quod fideicommiss.* 93. *de leg.* 1. *l. cohæredi.* 41. §. 3. *hoc tit. l. ex facto.* 43. §. 1. *eod.* junct. *d. l. Scævola.* 76. 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. *præs.* 34. & 55. & quæ nos *sub* §. *seq.* VINN. Nec tamen omnes. Nam sunt, quibus contraria sententia videtur probabilior: quia quidquid in fideicommissum legitime flecti potest, facile flecti solet. §. 3. *Inst. quib. mod. test. inf. l.* 2. *C. comm. de leg. l.* 69. *pr. ff. de leg.* 2. *l.* 15. *C. de testam.* Quæ attulit Vinnius, ad jus vetus pertinent, quum nondum tantum auctoritatis tribueretur fideicommissis tacitis. Vinnii principia in foro vix admittuntur. HEIN.

TEXTUS.

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 ejus vel totam vel pro parte restituere: quod jus quale sit, suo loco trademus.*

NOTÆ.

9. *Vel filio puberi*] *L.* 7. *eod.* ubi Papinian. scribit, verbis civilibus substitutionem post quartum decimum annum 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 exemplari?*

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. & Mantic. *ubi supra.* Solis militibus 1 concessum est, ut etiam liberis emancipatis, aliisve extraneis qui hæredes extiterunt, directo substituant: sed hoc jus in his exercetur, quæ à milite ad eum, cui substituit, pervenerunt, non quæ aliunde. *l.* 5. *l. miles ita.* 41. §. 4. *de testam. milit.* Ejusdem privilegii est, quod miles liberis suis etiam post pubertatem directo substituere potest, sive compendio sive expressa certa post pubertatem ætate; ut utraque substitutio intra pubertatem valeat jure communi sive directo, *l. centurio.* 15. *hoc tit.* post eam ætatem ex privilegio militis jure fideicommissi, *l. precibus.* 8. *C. eod.* & bona duntaxat patris contineat cum fructibus inventis in hæreditate, *d. l.* 15. id est, ut rectè Govean. & Bus. *ibid.* Perez. *ad tit. C. de imp. & al. subst. 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

hære-

hæreditatis reſtitutionem venire oportet: neque ad hos fructus pertinet *l. in fideicommiſſaria.* 18. *in pr. ad Sen. Trebell.* idque etiam crebrius placuit: licet Anton. Fab. *d. loc.* Duar. *d. comm. c.* 23. Hotoman. 1. *amicab.* 17. Don. *in d. l. precibus.* 8. contendant, hujuſmodi ſubſtitutiones à milite factas etiam poſt pubertatem valere jure directo. VINN. Nec male hi interpretes, ex mea quidem ſententia. Favent enim illis *l.* 5. *ff. de teſtam. milit.* & *l.* 15. *ff. h. t.* ubi ſubſtitutus dicitur *capere* bona patris. *Capi* autem dicuntur ea, quæ jure directo valent, uti legata per vindicationem. Ulpian. *tit.* XXIV. §. 2. *ſeqq.* Ita fere Merill. *Obſ. lib.* VI. *cap.* 5. ubi & argumenta ab aliis in contrarium adlata eleganter diluit. HEIN. Porro de fideicommiſſaria ſubſtitu-
2 tione tractatur in *fin. hujus libri tit.* 23. Apud Batavos & Zelandos ſubſtitutioni pupillari locum non eſſe, utpote quæ originem trahit 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 tamen Friſia) idem refert D. Gudelin. *lib.* 2. *de jur. noviſſ. c.* 5. *ſub fin.* Nam etſi nos quoque poteſtatem in liberos noſtros habemus, non talem tamen habemus, qualem Romani, quæ etiam ad bona liberorum propria ſe extendat: atque inauditum eſt, tantam nunc eſſe patriam poteſtatem, ut pater filio hæredem dare queat, qui ſuccedat in univerſa filii bona, non ſolum quæ à patre ipſo, ſed etiam quæ aliunde accepit, atque adeo dare etiam exhæredato: ſed utimur ſubſtitutione fideicommiſſaria. Idem 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. & Gudelin. *ubi ſup.* Groenew. *de leg. abr. hic.* Cæterum hoc non obſtante nuper Curia Hollandiæ hujuſmodi teſtamentum 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 averſari videntur, dare alii, quantumvis filio, hæredem: & admiſſa exemplari ſubſtitutione in liberis mente captis, ex ratione conſtitutionis Juſtiniani eadem porrigenda erit etiam ad liberos impuberes, etiamſi ſanæ mentis ſint, per ea, quæ *d.* §. 1. *n.* 3. Curiam tamen pro teſtamento 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*, & intra certum tempus deceſſerit, alius directo ſubſtituatur, valeant jure fideicommiſſi, quaſi factæ in codicillis, *arg. l. Scævola.* 76. *ad Sen. Trebell.* & exemplo ſubſtitutionum militarium, *l. centurio.* 15. *ff.* junct. *l. precibus.* 8. *C. hoc tit.* Gudelin. *lib.* 2. *de jur. noviſſ. c.* 5. Cyprian. *cenſ. Belg. hic.* Groenew. *tract. de legib. abrog. eod.*

TITULUS DECIMUSSEPTIMUS.

QUIBUS MODIS TESTAMENTA INFIRMANTUR.

Dig. Lib. 28. *Tit.* 3.

Ratio ordinis.

EXpoſita ſunt ea omnia, quæ ad conſtitutionem teſtamenti neceſſaria, diximus initio tractatus de teſtamentis ordinandis. Sunt autem hæc tria; ut perſona teſtantis talis ſit, quæ teſtamenti factionem habeat; ut teſtamentum fiat adhibitis ſolemnitatibus, tum communibus & externis, videlicet præſentibus ſeptem teſtibus idoneis, &c. tum internis, & quorundam teſtatorum 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 hactenus quæſitum eſt, juſtum ſive jure factum teſtamentum, *l.* 4. *qui teſtam. fac.* Quia vero non ſatis eſt ad deferendam ex teſtamento hæreditatem, id ab initio juſtum 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 infirmentur.

Teſtamentum jure factum uſque eo valet, donec rumpatur irritumve fiat.

NOTÆ.

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.* privato enim, ut in ſcholis dicitur,

præ-

præsupponit habitum. Quæ vero testamenta non jure facta sunt, injusta & nulla dicuntur, veluti ubi solemnia desunt, aut filius in potestate præteritus est, *l.* 1. *l.* 3. §. 4. *l.* 6. §. 1. *eod.*

COMMENTARIUS.

Donec rumpatur irritumve fiat] Ratio infirmandi testamenti non una est: nam & sententia judicis *rescinditur*, si querela instituta inofficiosum pronuntiatum fuerit, de quo *tit. seq.* & à prætore data bonorum possessione contra tabulas, *tit. de bon. poss. cont. tab.* & citra factum judicis aut prætoris infirmatur sola potestate juris: idque iterum duobus, iisque discretis modis, quorum altero *rumpi* dicitur, altero *irritum fieri*. De testamento rupto disputatur usque ad §. 4. inde de irrito adjectis in calce aliquot declarationibus. Quia 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 prætorio testamentum rescinditur, demum dicemus in secunda specie acquisitionis per universitatem, *inf. lib.* 3. *tit.* 10.

TEXTUS.

Quando testamentum dicatur rumpi. Primùm de adoptione.

1. *Rumpitur autem testamentum, cum in eodem statu manente testatore ipsius testamenti jus vitiatur. Si quis enim post factum testamentum adoptaverit sibi filium per Imperatorem eum, qui est sui juris, aut per prætorem, secundum nostram constitutionem, eum, qui in potestate parentis fuerit, testamentum ejus rumpitur quasi adgnatione sui hæredis.*

COMMENTARIUS.

Cum in eodem statu manente testatore] Totiens rumpi testamentum dicitur, quotiens evertitur manente testatore in eodem statu: cum vero statum mutat, id est, capite minuitur, non rumpi, sed irritum fieri testamentum propriè dicitur. §. 4. *inf. eod.* Apparet igitur, *in eodem statu* hic dici oppositivè respectu ejus modi, quo testamentum infirmatur ob id, quod testator in eodem statu non mansit: quare expungenda est è paraphrasi Theophili negatio; & pro μὴ μείναντος, legendum μείναντος ἐπὶ τῇ αὐτῆς καθεστάσεως: quomodo & in duobus regiis codicibus legi testatur Fabrotus. Porro ut testatoris statu 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 adscisimus, 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.* quæ 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 indistincte quavis adoptione, sicuti adrogatione, rumperetur, *l.* 8. *de injust. rupt. test.* Cæterum hi ita rumpunt, si præteriti sint: nam si qui hæres antea institutus erat, postea à testatore adrogetur vel adoptetur, potest dici, ei satisfactum esse, *l. si quis.* 18. *eod. tit. l. filio.* 23. §. 1. *de lib. & posth.* Quid si exhæredatus fit? Et Ulpianus Marcelli & Papiniani sententiam probat, ut exhæredatio extraneo scripta ei postea adoptato non noceat, noceat autem filio emancipato, qui postea adrogatus sit, *l.* 8. §. *si quis.* 7. *& seq. cont. tab. d. l.* 23. *in pr. de lib. & posth.* credo, quia in persona extranei exhæredatio inepta & nulla est, de quo consule Vigl.

Quasi agnatione sui hæredis] *L. verum.* 8. *de injust. rupt.* multoque certius sui hæredis agnatione 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 hæredis vivo avo successerit, quasi agnascendo testamentum avi, quo præteritus est, rumpit, *l. postumorum.* 13. *d. tit.* quæ species fortè hic ideo non repetuntur, quia alibi propositæ sunt, §. 1. *& 2. sup. de exhæred. lib.* Huc etiam pertinent liberi naturales suscepti ex concubina, & post factum testamentum legitimati, sive insequenti matrimonio, sive curiæ oblatione, sive per rescriptum Principis. Nam cum hi etiam jura suorum hæredum consequantur, §. 2. *inf. de hær. quæ ab int. Nov.* 89. *c.* 8. *& 9.* necesse est, ut & ipsi, à patre præteriti, testamentum rumpant quasi agnatione.

TEXTUS.

De posteriori testamento.

2. *Posteriore 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 hæreditatem 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 æquè nullas*

nullas vires habet, cum ex eo nemo hæres extiterit.

NOTÆ.

2. *Superius rumpitur*] Etiamſi 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. h. t. l. 1. §. pen. l. pen. §. 2. ſec. tab.*

Aut conditione defectus] Etenim tam ſolemne riteque per omnia factum teſtamentum habetur, quo hæres inſtitutus eſt ſub conditione, quam quo purè, §. 9. *ſup. de hær. inſt.*

COMMENTARIUS.

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, inductione, &c. agentia accommodari debeant & ad teſtamenta nuncupativa, de quibus inſtrumentum conficitur, ut nunc moris eſt?*
4. *Cur prius teſtamentum etiam tabulis manentibus integris ſemper rumpatur à poſteriore?*
5. *Ad infirmandum prius teſtamentum neceſſe non eſſe, ut id in poſteriore nominatim revocetur.*
6. *Error Bachovii notatur & corrigitur.*
7. *Quid ſi prius teſtamentum contineat clauſulam derogatoriam poſterioris voluntatis?*
8. *Prius teſtamentum per poſterius tolli, etiamſi ex poſteriore nemo 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 manenti-
1 bus. Corruptis, ſi teſtator teſtamentum inciderit, laceraverit, ſcripturam induxerit, deleverit, cancellaverit, ſigna amoverit aut turbaverit, *tit. de his quæ 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 teſtament.* niſi fortè non conſulto, ſed incautè quid horum fecerit, aut ignorante eo contigerit: nam tunc ſi legi adhuc, quod ſcriptum eſt, utcumque poterit, ratum manebit teſtamentum. *l. 1. de his quæ 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 quæ in teſt. del.* Neque ex pluribus teſtamenti codicibus uno deleto aut inciſo teſtamentum ſublatum eſſe intelligitur, niſi hi, qui ab inteſtato venire deſiderant, probaverint, id ideo à patrefam. factum eſſe, ut inteſtatus more-
2 retur. *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 quæ in teſt. del.* niſi ſpeciali odio hæredum inductio facta probetur, quo in caſu tanquam ab indignis hæreditatem fiſcus aufert. *l. 3. d. tit. l. cum tabulis. 16. §. 2. de his quæ ut indign.* Clar. §. *teſtamentum. qu. 93. n. 2.* Mantic. *de conject. ult. vol. lib. 12. tit. 1. n. 31.* Paul. Buſ. *ad l. 1. & ſeqq. de his quæ ut indign.* Quæ de inciſione aut cancellatione teſtamenti dicuntur, ea conſtat ad teſtamenta nuncupativa, qua talia ſunt, applicari non poſſe. Sed an his modis item 3
rumpantur, quæ, uti hodie moris eſt, per nuncupationem quidem fiunt, ſed ita ut voluntas ſuprema juſſu teſtatoris ſcripto comprehendatur à Notario in ſchedâ, unde mox diligentius exſcribatur & in formam redigatur inſtrumenti? quæſitum eſt. Julius Clarus *d. loc.* exiſtimat, inciſionem aut cancellationem inſtrumenti ad caſſationem & annullationem talis teſtamenti non ſufficere, ſi protocollum notarii integrum relictum ſit; quod & Viglio placere videtur, *in §. pen. h. tit.* cum ait, non minus talia teſtamenta ex verbis & voce ſubſtantiam capere, quam quæ ſcripta non ſunt, & ideo diſcerptis ſcripturis nihilominus permanere: cujus auctoritatem Senatus hujus provinciæ in judicando aliquando ſecutus eſt, *deciſ. Cur. Holl. 1.* eandemque ſententiam & Peckius probat, *lib. 1. de teſt. conjug. cap. 4.* Sed videamus an non & hæc teſtamenta in hoc, de quo quærimus, jure ſcriptorum cenſenda ſint, 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.* Graff. §. *teſtamentum. quæſt. 85. num. 2.* Bachov. *in Treutl. vol. 2. diſput. 10. theſ. 7.* Utique enim ex inciſione aut deletione certo colligitur, teſtatorem noluiſſe teſtamentum amplius valere: neque ratio patitur, ut deſtructo deletove inſtrumento, in quo tota vis probationis conſiſtit, dicamus, teſtamentum nihilominus robur ſuum retinere. Sciendum namque eſt, poſtquam ex voluntate teſtatoris, quæ ſchedula continebantur, in inſtrumentum collata ſunt, ſimul omnem illius vim in inſtrumentum collatam cenſeri; ac proinde, ceſſante jam officio ſchedulæ, totam vim depoſitionis à ſolo inſtrumento dependere, adeo, ut mortuo teſtatore nihil amplius ad probationem ultimæ voluntatis deſideretur, uti poſt Gloſſ. & Bart. *in l. hæredes. 21. de teſtam.* plerique tradiderint. Sichard. *in l. hac conſultiſſima. 21. §. per nuncupationem. num. 1. C eod.* Mantic. *de conj. ult. vol. lib. 1. tit. 6. n. 6.* Afflict. *deciſ. 166. n. 2.* Neque obſtat huic ſententiæ *l. ult. de his quæ in teſtam. del.* quoniam textus ille procedit, quando ex pluribus unius teſtamenti inſtrumentis æquè principalibus unum fortè teſtator delevit aut incidit, non omnia, uti ſpecies proponitur, & in terminis reſpondet Caſtr. *ubi ſup.* Etſi autem protocollum notarii integrum relictum ſit, ex eo tamen voluntas ultima conſervata intelligi non debet: quoniam protocollum nihil ad teſtatorem, ſed notarius ex officio illud conficere tenetur fidei & collationis gratia, & quia inſtrumentum amitti poteſt. Cæterum priorem ſententiam & Senatus Sabaudiæ probavit. Ant. Fab. *C. ſuo de teſtament. deciſ. ult.* Integris tabu-
4 lis manentibus teſtamentum rumpitur ob mutationem voluntatis, ſi teſtator aliud teſtamentum fecerit: qui modus proponitur hoc §. & hanc rationem habet, quod unumquodque teſtamentum plenam univerſi juris ſucceſſionem continet; ac proinde quicunque teſta-

mentum facit, cenſetur de omnibus bonis diſponere, ut non magis duo teſtamenta ſimul conſiſtere poſſint, quam duo domini ejuſdem rei in ſolidum conſtitui. Igitur cum ex pluribus teſtamentis unum tantum conſiſtere poſſit, id valere debet ex voluntate ipſius defuncti, quod noviſſimè factum eſt, per vulgata. Non obſtat, quod ſententia judicis prima, non poſtrema, rata habetur: non enim ut teſtantis voluntas ambulatoria eſt, ita & judicis: ſed judex ſimul ac ſententiam dixit, officio ſuo functus eſt; & ideo iterum de eadem re pronuntiandi poteſtatem non habet. *l. judex. 55. de re jud.* Plane 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
5 prius tolli ipſo jure. Non eſt igitur neceſſe, ut poſteriore teſtamento mentio fiat prioris, nominatimve id revocetur, quod ipſius etiam rei natura ſatis demonſtrat: ac proinde ſupervacua eſt notariorum clauſula, quam poſterioribus tabulis inſerere ſolent, nimirum teſtatorem revocare, caſſare & annullare teſtamenta antea à ſe facta. His autem conſequens eſt, & codicillos, ſi qui facti fuerint, per poſterius teſtamentum everti, quamvis expreſsè revocati non ſint: cum enim teſtamento facto codicilli jus ejus ſequantur, eo infirmato ſimul concidant neceſſe eſt, *l. 3. §. ult. l. ab inteſtato. 16. de jur. cod. l. 1. C. eod. tit.* VINN. Hujus juris elegans ratio reddi poteſt ex ipſa natura teſtamenti. Teſtamentum olim erat lex. Hinc condebatur in comitiis calatis: hinc utendum erat verbis directis & legislatoriis: *heres eſto, damnas eſto, capito, ſinito:* &c. hinc ipſum vocabulum XII. tab. LEGARE, quaſi *legem dicere νομοθετῶν*. Quemadmodum itaque lex poſterior tollit priorem: *l. ult. ff. de conſt. princ.* conſequens videbatur, ut & teſtamentum poſterius ſine nova revocatione rumperet prius. Et id principium, uti alia retinuere veteres JCti, quum jam obſoleviſſet ritus teſtandi in comitiis, & teſtamenta jam formam mancipationis per æs & libram induiſ-
6 ſent. HEIN. Quamobrem non rectè Bachovius ſcribit, generalem clauſulam, qua revocatur omnis præcedens diſpoſitio, ſupervacuam quidem eſſe, quod attinet ad infirmationem prioris teſtamenti, cum id hoc ipſo, quod aliud conditum eſt, evertatur: non autem quoad codicillos antea factos: quippe qui alias cum teſtamento conſiſterent. Hoc enim falſum eſſe, & ſublato priore teſtamento per conſequentiam etiam codicillos corruere, etiamſi nulla revocatio prioris voluntatis facta ſit, ex locis modo allegatis perſpicuè patet. Planè ſi nullum teſtamentum, ſed codicilli tantum antea facti proponantur, teſtamento poſtea facto hujuſcemodi clauſula otioſa non erit, poſtquam placuit, codicillos, qui teſtamentum præcedunt, facto poſtea teſtamento vim ſuam non amittere, niſi appareat, teſtatorem à voluntate, quam in codicillis expreſſerat, receſſiſſe, §. 1. *inf. de codicill.* Et fortaſſis hoc etiam ſenſit Bachovius. Sed quid ſi prius teſtamentum contineat clauſulam derogatoriam poſterio-
7 ris voluntatis? Interpretes comm. cenſent, prius teſtamentum habens talem clauſulam per poſterius, quantumvis numeris omnibus abſolutum, non tolli; ac ne tunc quidem, quando poſterius continet revocationem generalem præcedentium omnium diſpoſitionum: ſed omnino ad infirmationem primi teſtamenti derogatorii 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. reſ. lib. 1. §. 1. num. 29. & ſeqq.* Clar. *d. §. teſtamentum. q. 99.* Mantic. *de conj. ult. vol. lib. 12. tit. 8.* Peck. *1. de teſtam. conjug. c. 10.* Graſſ. §. *teſtamentum. quæſt. 86. & ſeq.* Jac. Verwey *art. teſt. c. 13.* Quæ ſententia rationi juris parum convenire videtur, *arg. l. 6. §. 2. de jur. cod. l. ult. in pr. de legat. 2. d. l. 22. de legat. 3. l. 4. de adim. legat. cum ſimil.* Notatur à Cujac. *14. obſ. 7.* Ant. Merend. *lib. 4. contr. cap. 49.* Ant. Faber eam numerat inter graviſſimos errores, quos antiqui Gloſſatores invexerunt, *dec. 37. err. 7. & ſeqq. & dec. 38. err. 1. & dec. ſeq.* In foro tamen recepta ac præjudiciis ſupremorum tribunalium comprobata eſt, Guid. Pap. *quæſt. 127.* Papon. *lib. 2. tit. de teſtam. arreſt. 4. & 5.* Ant. Fab. *C. ſuo tit. de teſt. defin. 9. & ſeqq.* Joan. à Sande *lib. 4. tit. 1. defin. 10.* Nec deeſt color, quo tegi poſſit, Grot. *2. manuduct. cap. 24.*

Nec intereſt, extiterit aliquis hæres ex eo, &c.] Quæ 8 ſequuntur, continent ampliationem quandam regulæ initio poſitæ, nimirum prius teſtamentum tolli per poſterius, non tantum cum ex poſteriore hæres extiterit, ſed etiam eo deſtituto, *l. 1. l. 16. de injuſt. rupt. teſt. l 9. de lib. & poſt.* Quod hanc rationem habet, quod aditio hæreditatis ad ſubſtantiam aut perfectionem teſtamenti quæ ſola hic requiritur, non pertinet; nec prioris teſtamenti ſublatio pendet ab eventu aliquo, aut caſu contingente poſt mortem teſtatoris, ſed illud ſtatim vivo adhuc teſtatore, ipſo jure per poſterius rumpitur; ut proinde ſi poſteriores tabulæ jure ordinatæ ſint, ut ex iis hæreditas adiri potuerit, etiamſi contingat, ex iis hæreditatem non adiri, priores tamen tabulæ, utpote ſemel ruptæ, non reſtituantur. Pari ratione, ſi poſtumus priori teſtamento inſtitutus, vel exhæredatus ſit, poſteriore præteritus, & nato poſtumo poſterius rumpatur, nihilo magis reſtituetur prius: quod exemplum hic profert Bachovius.

Si quis aut noluerit, &c. Enumeratio modorum, quibus fit, ut hæres deficiat, & teſtamentum deſtituatur. Id fit in ſumma dupliciter, vel quia hæres ſcriptus non 9 vult hæres eſſe, repudiatque hæreditatem; vel quia hæres eſſe non poteſt: quod contingit, ſi vel deceſſerit vivo adhuc teſtatore, aut poſt mortem ejus, antequam hæreditatem adiret, (neque enim hæreditas non adita ad inſtituti hæredes tranſmittitur, exceptis perſonis comprehenſis, *l. un. C. de his qui ant. ap. tab. l. un. §. 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 hær. inſt.* Etenim tam ſolemne riteque per omnia factum habetur teſtamentum, quo hæres inſtitutus eſt ſub conditione, quam quo purè, §. *hæres 9. ſup. de hær. inſt.* pendetque hoc totum à ſola voluntate teſtatoris. Contra-

tractus verò puros per conditionales non resolvi, mirum non est, veluti si id, quod purè emi, rursus emam sub conditione: nam posteriore emptione ideò nihil agitur, quia jam mihi quæsita est actio ex emptione priore, *l.* 7. *in pr. de resc. vend.*

His casibus paterfam. intestatus moritur] Id est, exitum intestati facit, res redit ad causam intestati: nemine enim hæreditatem adeunte vis omnis testamenti solvitur, ut adeò nihil interfit, utrum aliquis testatus non sit, an hærede destituatur, *l. si nemo.* 181. *de reg. jur.* Sed de hoc ex professo *inf. tit. de hær. quæ ab int. def. in pr.*

TEXTUS.

De posteriore, in quo hæres certæ rei institutus.

3. *Sed & si priore testamento jure perfecto posterius æque jure fecerit; etiamsi ex certis rebus in eo hæredem instituerit: superius tamen testamentum sublatum esse, divi Severus & Antoninus Augusti rescripserunt: cujus constitutionis verba & 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.*

NOTÆ.

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 hær. inst.*

Ac si rerum mentio facta non esset] Rei enim mentio potestate juris detrahitur, *dd. ll.* quia contradictionem implicat hæredem esse rei singularis: itaque universa bona obtinebit, nisi cohæredem simpliciter aut ex parte scriptum acceperit, tunc enim legatarii loco est. *l.* 41. *in fin. de vulg. & pup. l.* 23. *C. de hær. inst.*

Ut valeret prius testamentum, Hæc clausula cum hoc efficere nequeat, ut prius testamentum in suo robore duret, & ita duo sint unius testatoris testamenta, sic accepta est, quasi vim prioris testamenti in causam fideicommissi & codicillorum convertere testator voluerit. *l.* 19. *de testam. milit.*

COMMENTARIUS.

1. *Appellatione quartæ Falcidiæ veteres passim & quartam Senatusconsulti intelligere.*
2. *Fideicommissa quandoque induci & sine verbis fideicommissorum propriis ex voluntate testatoris.*
3. *Doctrinam hujus §. ad testamenta militum non pertinere, uti nec superioris.*

ETiamsi *ex certis rebus*] Alia ampliatio præcedentis doctrinæ ex Mæciano, *l. si quis.* 29. *ad sen. Treb.* descripta, 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, perinde ac si rei mentio facta non esset, ut si quis solus ita institutus sit, is omnium bonorum hæreditatem consequatur, *l.* 1. §. 4. *de hær. instit. l. 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 hær. inst.* & proindè 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 hær. inst.*

Suppleta quarta ex lege Falcidia] Id est, ex Senatusconsulto Pegasiano, quo quartæ ex fideicommisso 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 quia.* 7. *inf. de fideicomm. hær.* Familiare autem & perpetuum veteribus est, 1
ut etiam eam quartam, quæ ex Senatusconsulto deducitur, quartam Falcidiæ appellent, uti videre est in *l. in ratione.* 30. §. *tametsi.* 7. *l. Titia.* 86. *l. acceptis.* 93. *ad leg. Falc. l. mulier.* 22. §. 2. *l. deducta.* 58. §. 3. *ad sen. Treb. l.* 2. *in fin. de jur. cod. l.* 10. *C. ad leg. Falc. cum simil.* Quamobrem nescio quid sibi velit Pacius, in margine lectorem monens, ne quartam Falcidiæ hoc loco pro quarta Trebelliani positam somniet. Quin illa potius somniculosi hominis monitio est. In analysi sua cautior fuit. VINN. Ideo autem quarta hæc vocari aliquando videtur Falcidia, quia SCta sæpe legum nomine veniunt earum, ad quas facta sunt. SCtum autem Pegasianum videtur factum ad L. Falcidiam, & quartam quam illo a legatariis detrahi concesserat, ad fideicommissa protulisse. Rectè Jac. Gothofredus *ad l. Pap. Popp. c.* 17. *p.* 332: *Quæ SCta ad leges sequuta, ea JCti ipsis legibus tribuere solent.* Exemplum est in *l.* 27. *C. de nupt.* ubi *legi Juliæ & Papiæ* tribuitur, quod est ex SCtis *Persicia-*

ſiciano, Claudiano & *Calviſiano*, ad illam legem factis, teſte Ulpiano *Fragm. tit.* XVI. §. 3. HEIN.

Quibus ut valeret prius teſtamentum] Propter hanc clauſulam potiſſimum verba conſtitutionis Severi & Antonini juſſu Juſtiniani hic inſerta ſunt. Certi juris eſt, poſſe teſtatorem ab eo, quem hæredem inſtituit, fideicommiſſum relinquere, eumque rogare, ut hæreditatem alteri reſtituat: proindè etſi quis in re certa inſtitutus eſt, quia valet inſtitutio, etiam fideicommiſſum hæreditatis utiliter ab eo relinquetur. 2 Ut autem fideicommiſſum utiliter relictum intelligatur, non præciſe requirimus expreſſionem verborum, quæ fideicommiſſorum propria ſunt, ut, *peto, volo, rogo, fidei tuæ committo*; ſed plerumque etiam ſine his verbis admittitur ex ſententia & voluntate teſtatoris. *l. ubi.* 19. §. 1. *ad ſen. Treb.* Quod etiam accidit in propoſito, cum teſtator poſteriore teſtamento cavet, ut prius quoque teſtamentum valeat: deſunt enim hic verba fideicommiſſi, ſed optimâ ratione ex eo quod cautum eſt, colligitur. Voluit teſtator, cum ſecundum teſtamentum ordinaret, prius nihilominus valere. Id inutiliter hactenus cavetur, ut ad hæredes 3 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 hæredis 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 ſit 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.

HActenus de primo modo infirmandi teſtamenti ipſo jure, quo ſcilicet infirmatur, ſalvo ſtatu teſtatoris, & *rumpi* in ſpecie dicitur. Sequitur alter, quo infirmatur ſtatu teſtatoris mutato; qua mutatione ſuperveniente in uſu juris proprie dicitur *irritum fieri*, *l.* 6. §. *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 furorem inciderit, aut bonis ei interdictum fuerit, aliud juris eſt, & teſtamentum ratum manet. De quo actum *ſup. tit. quib. non eſt. perm. fac. teſt.* Et primum igitur irritum fit teſtamentum capitis deminutione maxima, quia per eam teſtator in ſervitutem redigitur. *d. l.* 6. §. *irritum.* 5. Excipitur tamen quod factum eſt ab eo, qui ab hoſtibus captus eſt, ante captivitatem: quippe quod juris poſtliminii aut legis Corneliæ commento ſuſtinetur, *d. l.* 6. §. *pen. l.* 12. *qui teſt. fac.* §. *ult. 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. §. 1. *ſup. quib. mod. jus pat. pot. ſolv. l. ſunt quidam.* 17. § 1. *de pœn.* Quod autem Juriſconſultus *d. l.* 6. §. *ejus.* 7. ait, teſtamentum ejus, qui deportatur, non ſtatim irritum fieri, ſed tunc demum, cum factum princeps comprobavit, id explicandum ex *l.* 2. §. 1. *de pœn. l.* 6. §. 1. *de interd. & releg.* atque ad præſidem referendum eſt, qui jus deportandi non habet: proconſul enim & præfectus urbi habent. *dd. ll.* Poſtremo & minima capitis deminutione teſtatoris teſtamentum ejus irritum fit, puta ſi ſe adrogandum dederit, *l. pen.* §. 2. *de 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.* 5. *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. cont. 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. quæ ab int. l.* 9. §. 2. *de lib. & poſt. l. ult. de cond. inſt.* Nonnunquam etiam diſtinguitur hic caſus à teſtamento irrito facto, reſtricto ſcilicet irriti vocabulo ad ea teſtamenta, quæ infirmantur ſtatu teſtatoris mutato, *l.* 1. *in pr. de ſuis & legit. har. inf. de har. quæ ab int. in pr.* Nec videtur hic modus proprius eſſe hujus loci, in quo id ſolum quæritur, an idoneum ſit teſtamentum ad deferendam hæreditatem? 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 wanneer.** VINN. Accedit & alia ratio, quod ejus novum invexit beneficium inventarii, *l. ult.* §. 4. *C. de jur. delib.*

Quum

Quum enim inventarii rite confecti is sit effectus, ut heres non teneatur ultra vires hereditatis. §. 15. *Inst. de her. qual. & differ.* non temere quis repudiabit hereditatem, sine periculo a se adeundam. HEIN.

TEXTUS.

Cur dicatur irritum.

5. *Hoc autem casu irrita fieri testamenta dicuntur, quum alioqui & quæ rumpuntur, irrita fiant, & ea, quæ statim ab initio non jure fiunt, irrita sint. Sed & ea quæ jure facta sunt, & postea per capitis deminutionem irrita fiunt, possumus nihilominus rupta dicere. Sed quia sanè commodius erat, singulas causas singulis appellationibus distingui: ideò quædam non jure facta dicuntur, quædam jure facta rumpi vel irrita fieri.*

NOTÆ.

5. *Hoc casu irrita*] Etiam irritum fieri testamentum dicitur, si ex eo nemo hæres extiterit, *l.* 1. *h. t. l.* 20. *cont. 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 quæ rumpuntur, irrita fiant] Rarissime autem hæc à nostris confunduntur, quanquam tamen aliquando. Ita non attenta hac distinctione usuve speciali horum verborum, irritum testamentum fieri dicitur, cujus tabulæ incisæ aut inductæ sunt, *l.* 3. *circa fin. l. ult. de his quæ in test. del. l. in fraudem.* 15. §. 1. *de test. mil.* quo tamen casu testamentum proprie rumpi dicitur, si specialem verborum significationem spectamus.

Quæ ab initio non jure fiunt, irrita sint] Testamentum, quod ab initio non jure factum est, injustum nostri appellant, ut apparet ex inscriptione & *l.* 1. *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 fiunt, 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] Ἕκαστον πάθος, *singula vitia*, ut hæc appellant 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 testamenta, quæ 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, & suæ potestatis mortis tempore fuerit. Nam si ideò irritum factum sit testamentum, quia civitatem, vel etiam libertatem testator amisit, aut quia in adoptionem se dedit, & mortis tempore in adoptivi patris potestate sit, non potest scriptus hæres secundum tabulas bonorum possessionem petere.*

NOTÆ.

6. *Irrita facta sunt*] Sed neque in causa testamenti rupti semper obstat vitium, quo minus ex eo bonorum possessio peti possit, veluti si postumus præteritus vivo testatore decesserit, *l.* 12. *de lib. & post.* item si testator supremas tabulas incidit, ut priores supremas relinqueret, *l. pen.* §. 2. *sec. tab.* Sed & si filius præteritus abstineat, voluntas ex æquo & bono sustinetur, *l.* 17. *hac tit.* Non idem est, si testamentum non consistat propter inhabilitatem personæ testatoris aut defectum solennium, *l.* 1. §. 8. *sec. tab. l.* 12. *C. de testam.*

Et suæ potestatis] In eo qui testamento facto se adrogandum dedit, non satis est ad obtinendam ex eo bonorum possessionem, quod 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 Triboniani negligentia.*
2. *Testamentum ruptum nativitate postumi præteriti, eodem ante patrem mortuo vires recipere.*
3. *Cancellatione inciſioneve posterioris testamenti restitui prius, cujus tabulæ integræ manserint.*
4. *Testamentum irritum factum maxima & media capitis deminutione testatoris, eo restituto convalescere etiam absque nova voluntatis declaratione; secus si testator se adrogandum dederit, & postea, sui juris factus, decesserit.*

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 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, præteritus est, non convenit, an quemadmodum id jure civili nullius momenti, ita quoque omnino nullum sit & maneat jure prætorio. Sed verius est, tale testamentum jure prætorio omnino nullum non esse scriptosque in eo hæredes, si præteritus se bonis paternis abstinuit, posse accipere bonorum possessionem secundum tabulas, *arg. l. postumus.* 12. *in fin. pr. l. filio.* 17. *de injust. rupt. l. si duobus.* 12. §. 1. *cont tab. l.* 2. *in pr. sec. tab.* quod prolixe 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 cogniturі de altera specie, qua de hic agitur. Didicimus, testamentum rumpi duobus modis, agnatione sui heredis, & mu-
2 tatione voluntatis. Fingamus igitur, postumum præteritum vivo patre decessisse: quæritur, an testamentum ruptum nativitate postumi, eo vita deinde ante patrem functo, vires recipiat? Et responsum est, si testamentum signatum fuerit, posse hæredem scriptum bonorum possessionem secundum tabulas accipere, eo cum effectu, ut rem obtineat, licet scrupulositas juris refragetur, *l. postumus.* 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 postumus præteritus 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 cujusmodi speciem pertinet *l.* 2. *C. de post. hær. inst.* Cujac. *ad l.* 7. *de lib. & post.* Fingamus rursus, testatorem testamentum, quod secundo loco fecerat, ac proinde quo prius ruptum erat, incidisse aut cancellasse. Quæritur, an restitua-
3 tur prius, cujus tabulæ integræ manserunt? Papinianus respondit, si id hoc animo à testatore factum sit, ut priores tabulas supremas relinqueret: voluntatem, quæ defecerat, recenti judicio rediisse, & posse secundum tabulas priores bonorum possessionem peti. *l. pen.* §. 2. *sec. tab.* At, inquies, 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 judicio & simplici voluntate testatoris non constitui novum testamentum; sed si scriptus priore testamento hæres agat & hæreditatem vindicet, eique objiciatur exceptio mutatæ voluntatis, posse eum hanc exceptionem elidere replicatione voluntatis reversæ, si constet, testatorem hoc animo posterius testamentum incidisse, ut prius iterum valere vellet. Utique enim hic animus ab hærede scripto omnino probandus est, per codicillos puta aut alias literas, quibus testator palam declaraverit, se velle priores tabulas valere, alioqui eum, tanquam quem utriusque voluntatis pœnituerit 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, etiamsi 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 deleto ea mente, ut prius iterum valeat, prius quoque vires recipiat: quippe cujus tabulæ integræ relictæ sunt, & utique jam postremæ: nam quod jus extinctum reviviscere negatur, id non obtinet, cum à re, quæ, ut DD. nostri loquuntur, essentiam suam formalem & materialem retinuit, removetur impedimentum. D. Menoch. *cons.* 176. *lib.* 2. Fachin. 5. *cont.* 93. D. Tulden. *comm. hic. cap.* 5. Jo. Deckher. 2. *diss.* 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 juxta tabulas prætor spectat, an testamentum septem testium civium Romanorum signis signatum sit, *l. postumus.* 12. *in pr. de injust. rupt.* Ulp. *tit.* 23. §. 5. *& tit.* 28. §. 5. Ita enim obsignatum esse oportet, ut jure prætorio valeat, seu eo jure, quo obsignatio introducta

ducta est, §. 2. *sup. de test. ord.*

Si modo civis Romanus & suæ potestatis mortis tempore] Nihil amplius exigit ad petendam bonorum possessionem ex eo testamento, quod per capitis deminutionem irritum factum erat, quam ut testator mortis tempore civis Romanus & sui juris fuerit, omissa eleganti distinctione, quam nobis suppeditat Papinianus *l. pen.* §. 2. *sec. 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 causæ est, cur ad convalescentiam testamenti plus desideremus, quam ut testator pristinum statum receperit, *l. 6. §. pen. de injust. rupt.* Putarem etiam, testamentum damnati capitis, & indulgentia Principis postea restituti, ita convalescere, ut non solum jure prætorio valeat, sed jure etiam civili, propter comparationem horum testamentorum cum eorum testamentis, qui capti ab hostibus postliminio redeunt, aut ibi decedunt, quorum testamenta jure civili vires recipere beneficio postliminii aut confirmatione legis Corneliæ 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.* Mynsi. & Schneid. *hic.* Connan. 9. *comm.* 7.

Et tempore mortis in adoptivi patris familia] Supple, *aut in servitute aut conditione peregrinitatis.* Omnino enim prætor exigit, ut is, cujus bonorum possessio datur, utroque tempore jus testamenti faciendi habuerit, & cum facit testamentum, & cum moritur: intermedium autem tempus non curat. *l.* 1. §. *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 adeò, ut & si quis post factum prius testamentum, posterius facere cœperit, & aut mortalitate præventus, aut quia eum ejus rei pœnituit, id non perfecerit, divi Pertinacis oratione cautum sit, ne alias tabulæ priores jure factæ, irritæ fiant, nisi sequentes jure ordinatæ & perfectæ fuerint: nam imperfectum testamentum sine dubio nullum est.*

NOTÆ.

7. *Id noluerit valere*] Nisi post lapsum decennii à condito testamento voluntatem revocaverit, ad minimum coram tribus testibus, *l.* 27. *C. de testam.*

Usque adeo] *L. 2. h. t. l.* 18. *de leg.* 3. *l.* 21. §. 2. *C. de testam.* Excipe imperfecta testamenta militum & parentum inter liberos, item nisi in posteriore testamento imperfecto scripti, qui ab intestato veniunt. *d. l.* 2. *h. 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 doctrinæ.*

Hæc §. 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 cœptum sit, nec absolutum: latius tamen utrumque explicare voluit, & omnino latius adhuc à nobis explicandum est.

Quod testator id noluerit valere] Si quem prioris voluntatis pœniteat, malitque nunc intestatus decedere: parata ei est expeditissima ratio, tabulas incidat, deleat, cancellet, signa revellat, *l.* 1. §. *pen. unde lib.* majorem enim vim facta habent, quam verba, integrisque tabulis relictis nuda contrariæ voluntatis declaratio testamentum solenniter factum non infirmat, *l. militis.* 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. quæst.* 91. Graff. §. *testamentum, quæst.* 84. *num.* 2. Jac. Verwey. *art. test. cap.* 13. Angel. Vigl. Mynsi. 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 potentius 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

tio 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 adhibitos. Et sciendum est, Imperatorem illic abrogare constitutionem Honorii & Theodosii, quæ extat in *l. 6. C. Theod. de testam.* qua cautum erat, ut solo lapsu decennii testamentum revocatum intelligeretur, hoc est, si testator post conditum testamentum integros decem annos supervixisset, quamvis nulla secuta esset contraria voluntas. Hoc enim Justinianus hactenus mutavit, ut noluerit ex solo lapsu decennii testamentum evanescere, sed tunc, cum ad lapsum tanti temporis expressa accederet revocatio; quam etiam revocationem non paucioribus, quam tribus testibus muniri voluit cum alias ad probationem voluntatis, quæ testamentum non est, ordinarius testium numerus sufficiat. Quotquot igitur testes intervenerint, adhuc cursus decennii necessarius
2 est ad sustinendam verbalem testamenti solennis revocationem. Quæritur autem hujus juris ratio. Nam iniquum videtur eum bona defuncti obtinere, quem ea habere noluit: ac proinde etsi concedamus, ex summi juris ratione hæredes scriptos bona vindicare posse, cur tamen non dicimus, eos repelli posse exceptione finitæ defuncti voluntatis? Resp. Periculosum est æquitatem prætexere contra expressam juris auctoritatem; quod haud dubie hac ratione nititur, quod non videatur satis serio improbasse voluntatem solenni testamento comprehensam, qui nude eam revocavit, tabulis testamenti integris servatis. Si enim testamentum omnino valere noluisset, poterat tabulas incidere, delere, poterat aliud testamentum condere; quod cum non fecerit, præsumere licet, eum revocationis pœnituisse; ut non sine ratione defendatur, majorem oportere vim esse testamenti, quod integrum & in suo statu testator reliquit, quam nudæ illius declarationis contrariæ. *fac. l. militis.* 36. §. 3. *de test. mil.* Ex quo loco simul discimus, ita jus esse, cum quæritur de institutione hæredum: legatarios autem revocata voluntate exceptione doli mali removeri. De cujus loci sententia, vid. Ant. Fab. *dec.*
3 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. quæst.* 92. Vigl. Mynsing. 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 volo decedere intestatus.* Nam etsi simplicem revocationem non sufficere fatentur: causatam tamen valere volunt, modo facta sit coram septem testibus. Quo jure etiam nos uti refert Grot. *lib. 2. introd. cap.* 24. Verùm nihil interesse, hac an illa formula testator utatur, apertè evincit *d. l. militis.* 36. §. 3. *de test. mil.* Et verò si hoc ipso, quod quis testamentum revocat, tacitè & per quandam necessariam consequentiam intelligitur velle decedere intestatus: causæ illa adjectio (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 necessariò 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. sancimus.* 27. *C. de testam.* & aliis, quos allegat, ad revocandum testamentum sufficere quamlibet simplicem voluntatis contrariæ declarationem, factam coram septem testibus: quam sententiam abunde jam confutavimus. Unicum supradictæ distinctionis firmamentum affertur *l.* 1. §. *pen. si tab. test. null. extr.* ex verbis, *Vel quia aliâ ratione voluntatem testator mutavit, voluitque intestato decedere.* Sed nemo, opinor tam infans est, qui non videat, Jurisconsultum ibi loqui non de simplici mutatione voluntatis, sed quæ declarata sit facto aliquo simili illis, quæ antea expresserat, incisioni aut cancellationi, puta si testamentum induxerit, laceraverit, resignaverit, &c. Habemus hujus sententiæ defensores Ant. Fab *dec.* 39. *err.* 6. Bachov. *in Treutl. vol. 2. disp.* 10. *thes.* 7. Ant. Merend. 3. *cont.* 45. Planè ad infirmationem testamenti nuncupativi putarem sufficere simplicem voluntatis revocationem factam coram legitimo testium numero, *arg. l. nihil.* 35. *de reg. jur.* cum Connan. 9. *comm.* 7. Wesemb. *in hunc* §. Groenew. *de legib. abrog. hic.*

Usque adeò] Amplificatio. Dixerat modò, nudâ voluntate testamentum infirmari non posse: id nunc usque adeò verum esse pronuntiat, ut nec cum voluntate revocandi concurrens novi testamenti inceptio vim corrumpendi prioris habeat: sed ita demum superius testamentum ritè factum tollatur, si inferius æquè jure perfectum fuerit. Hic verò itidem ut in
4 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 injust. rupt. l. si jure.* 18. *de legat.* 3. *l. hac consultissima.* 21. §. 3. *C. de testam. & hic text.* Quid quod in proposito nec voluntatem defuncti ab intestato venientes habent: ponimus enim, in secundo testamento, quod imperfectum est, scriptos esse extraneos. Quamobrem cum illi, quos postremo testator voluit, hæreditatem ex imperfecto testamento obtinere non possint, ne convellantur jura omnia, quæ de ordinandis testamentis tam diligenter constituta sunt, & quævis voluntas vim testamenti habeat, quos aliquando 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 posterius valiturum sit.

Mortalitate præventus] Hujusmodi testamentum imperfe-

perfectum 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 conſultiſſima.* 21. §. 1. *num.* 1. 2. 3. *C. de teſtam.* Sichard. *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 ſecuto patrum conſulto primi Ædui ſenatorum in urbe jus adepti ſunt.* Atque hæ Principum orationes etiam Senatuſconſulta nominantur, quandoque etiam leges. Sic oratio Divi Hadriani de petitione hæreditatis, *l. ſi & rem.* 22. *de hæred. pet.* Senatuſconſultum paſſim appellatur, *l. item veniunt.* 20. §. *præterea.* 6. *& multis ſeqq. eod. tit.* Jul. Capitolinus hanc ipſam orationem Pertinacis legem, mox etiam Senatuſconſultum nominat in Pertinace, *cap.* 7. *Legem ſane tulit*, inquit, *ut teſtamenta priora non prius eſſent irrita, quam alia perfecta eſſent, nevè ob hoc fiſcus aliquando ſuccederet.* Et paulo poſt; *Addiditque Senatuſconſulto, &c.*

Jure ordinata & perfecta fuerint] Quæ legitimo modo fiunt, legitimè quoque ſolvi debent, *l.* 35. *de reg. jur.* 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 facto, mirum videri non debet, quia etiam poſt miſſionis annum, 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.* 21. §. 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 familiæ erciſcundæ ſinguli conſequantur, quæ cuique adſcriptæ 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 præciſe requiritur, non item jure prætorio, veluti ſi teſtes non ſubſcripſerint, ſi filius inſtitutus aut exhæredatus non ſit: nam etiam hac ratione teſtamentum imperfectum recte dicitur. Atque ita appellatur in *l.* 12. §. 1. *cont. 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. *cont. tab.* quem locum diligenter & accurate hic interpretatus eſt D. Bachovius.

TEXTUS.

Si Princeps litis cauſa, vel in Teſtamento imperfecto inſtitutus fuerit.

8. *Eadem oratione expreſſit, non admiſſurum ſe hæreditatem ejus, qui litis cauſa Principem reliquerit hæredem: neque tabulas non legitimè factas, in quibus ipſe ob eam cauſam hæres inſtitutus erat, probaturum: neque ex nuda voce hæredis nomen admiſſurum; neque ex ulla ſcriptura, cui juris auctoritas deſit, aliquid adepturum. Secundum hoc divi Severus & Antoninus ſæpiſſime reſcripſerunt.* Licet enim, *inquiunt*, legibus ſoluti ſimus, attamen legibus vivimus.

NOTÆ.

8. *Litis cauſa Principem, &c.*] Capitol. *ubi ſup.* hoc enim invidioſum eſt, *l. pen. de har. inſt.* Plin. *Paneg. cap.* 43. *Non tu falſis, non tu iniquis tabulis advocaris.*

Ob eam cauſam] Quod tabulæ non eſſent legitimè factæ, ut rectè Cujac. & Fabrot. quod non percepit Theoph. nec Accurſ. Nam Princeps nec legitimè 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. cap.* 65. *Ipſe te legibus ſubjeciſti.* vid. & *l.* 23. *de leg.* 3. *l.* 4. *C. de legib. d. l.* 3. *C. de teſtam.*

COMMENTARIUS.

1. *An Principes Romani legibus ſoluti fuerint? & in univerſum, an & quatenus ſint Principes, qui abſoluta jura majeſtatis habent?*

Eadem oratione expreſſit] *Ipſeque*, inquit de Pertinace loquens Capitolinus *d. loc. cap.* 7. *profeſſus eſt, nullius ſe aditurum hæreditatem, quæ aut adulatione alicujus delata eſſet, aut lite perplexa, ut legitimi hæredes & neceſſarii privarentur.* Additque Senatuſconſulto hæc verba: *Sanctius eſt, P. C. inopem rempublicam obtinere, quam ad divitiarum cumulum per diſcriminum atque dedecorum veſtigia pervenire.* Procul dubio hac oratione ſanctiſſimus ſenex ſenatui declarare voluit, ſe longè alia 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 alieniſſimæ hæreditates, vel exiſtente uno, qui diceret, audiviſſe ſe ex defuncto, cum viveret, hæredem ſibi eſſe Cæſarem.* Extat adverſus hujuſmodi improbitatem edictum Honorii & Theodoſii *in l. nolumus.* 20. *C. de teſtam.* VINN Meretur hujus juris hiſtoria paullo accuratius tractari. Primus Auguſtus flagitare ſolebat ab amicis hoc benevolentiæ teſtimonium, & eorum ſuprema judicia moroſiſſima penſitabat, neque dolore diſſimulato, ſi parcius, aut citra honorem verborum; neque gaudio, ſi grate pieque quis ſe proſequutus fuiſſet. Suet. *Aug. cap.* LXVI. Hinc idem Suetonius *cap.* CI. refert, viginti proximis ante obitum annis eum quatuordecies millies ex teſtamentis percepiſſe. Ne tamen captare videretur hereditates, aut parum honeſta inſtitutionis cauſſa ſubeſſet: nec ab ignotis admittebat hereditates, nec à parentibus, ſed eas cum incremento liberis reſtituebat. Suet. *cap.* LXVI. Idem fere exemplum factatus Tiberius, Tacit. *Annal.* II, 48. Primus Caligula hereditates avidiſſime captavit, teſtamenta, in quibus nulla ſui mentio, reſcidit, teſtatores paullo diutius ſuperſtites interemit, & teſtes, qui ſe Cæſarem heredem dictum, audiviſſe adſeverarent, ſub ornavit. Suet. *cap.* 38. Hinc imitati Nero, Tacit. *lib.* XVI. *Ann. cap.* 43. Vitellius, Suet. *cap.* 14. Domitianus, Suet. *cap.* 12. Trajanus exacte Auguſtum imitabatur, Plin. *paneg. cap.* 43. nec non Hadrian. Spartian. *cap.* 18. & Antoninus Pius, Jul. Capit. *cap.* 8. Poſtea quum Commodus malum denuo principem egerat: huic malo non tantum exemplo, ſed & lege lata repugnavit Pertinax, Jul. Capitol. *Pertin. cap.* 7. Ad quam legem reſpicere videtur Alexander *l.* 3. *C. de teſt.* Immo quum nec id ſufficeret refrænandæ principum aviditati: Theodoſius M. *l.* 2. *C. Th. de teſt. & codicill.* omnes hereditates plane reſpuit. Conf. Symmach. *lib.* II. *Epiſt.* XIII. idemque edicto monuit Theodoſius junior, *l.* 5. *C. Theod. eod.* Rem omnem accuratiſſima diligentia expoſuit V. illuſtris Nic. Hier. Gundlingius *Diſſ. de principe herede cap.* 4. HEIN.

Qui litis cauſa Principem] Lex eſt, non debere cujuſquam conditionem deteriorem fieri facto alieno, nec cuiquam objici duriorem aut potentiorem adverſarium, *tot. tit. de alien. jud. mut. ca* & *tit. C. ne lic. potent.* Huic legi ſe ſubmiſit Imperator Pertinax, profeſſus hoc amplius, ſe non admiſſurum hæreditatem, quæ litis cauſa Principi delata eſſet, minus hic ſibi permittens, quam cuiquam privato, *l.* 8. §. 3. *de alien. jud. mut. ca.* Quippe invidioſum eſſe exiſtimavit, Principem litis cauſa, hoc eſt, in re controverſa & perplexa hæredem inſtitui, quo alii, nomine Principis territi jus ſuum indefenſum relinquant, ac nefas eſſe, calumniæ facultatem ex Principali majeſtate capere, *l. pen. de hær. inſt.* Paul. 5. *ſent.* 12. Plinius *Panegyr. cap.* 43. *Non tu falſis, non tu iniquis tabulis advocaris.*

Neque tabulas non legitimè factas] Lex eſt, hæredem juſto teſtamento inſtituendum eſſe, neminemque poſſe ex tabulis non legitimè factis hæreditatem obtinere. Hanc legem etiam adverſus ſe valere optimus Princeps voluit, atque in ſua etiam perſona tabulas non legitimè factas improbavit. Secundum quod ſæpiſſimè conſtitutum eſt, ex imperfecto teſtamento nec Imperatorem hæreditatem vindicare poſſe, *l.* 3. *C. de teſtam.* Ait, *in quibus ipſe ob eam cauſam.* Nempe quod tabulæ non eſſent legitimè factæ, ut rectè Cujac. Quod non percepit Theoph. nec Accurſ. nam Princeps nec legitimè factas probat, in quibus ipſe litis cauſa ſcriptus eſt. Ait, *neque ex nuda voce.* Non quaſi Princeps hæres nuncupari non poſſit, aut hæres eſſe ἐκ τῆς ἀγράφου λήθης, ut ſomniat Theoph. ſed *ex nuda voce*, id eſt, ex nuda voluntate ſine juris ſolennibus.

Neque ex ulla ſcripturæ, cui juris auctoritas deſit] Clauſula generalis, legata quoque & fideicommiſſa, non legitimo teſtamento relicta complectens. Ex imperfecto teſtamento, ait Paulus *l.* 23. *de legat.* 3. legata vel fideicommiſſa Imperatorem vindicare inverecundum eſt. Huc etiam referendum, quod idem Paul. 4. *ſent.* 5. & Ulpian. *l.* 8. §. 2. *de inoff. teſtam.* ſcribunt, teſtamentum, in quo Imperator hæres ſcriptus eſt, inofficioſum argui poſſe.

Licet legibus ſoluti ſimus] Principes Romanos legibus ſolutos eſſe, ſcribit Dio *lib.* 53. atque id ipſe ſic interpretatur, ut dicat, eos liberos eſſe ab omni legum coactione, nec ulla ſcripta lege teneri. Apparetque ex eodem loco, quemadmodum temporibus liberæ reipublicæ aliquando uſurpatum, ut populus aut ſenatus civem aliquem ob heroicam indolem ac ſingularem virtutem unâ aliquâ lege ſolveret, puta, ut ante ætatem legitimam magiſtratum gerere, aut intra tempora conſtituta eundem repetere liceret, ſicut de Pompejo, Africano, Octaviano, aliiſque permultis factum legimus: ita Principem poſteà, cum civibus omnibus excellentior haberetur, legibus omnibus ſolutum fuiſſe, lege in eam rem ſemel expreſſè 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 regiæ inſerere: quandoquidem ex hoc ipſo, quod alio capite ejuſdem legis populus jura majeſtatis omnia abdicative in Principem

pem transtulit, *d. l.* 1. *de const. Princ.* necessariò sequitur, Principem legibus non obligari. Etenim Princeps, qui absoluta jura majestatis habet, nihil suprà se cernere potest, neque hominem neque legem, ut ait Alber. Gentilis in quæstionib. regiis. *Deus*, inquit Justinianus, *leges ipsas Principi subjecit, eumque legem animatam misit hominibus. Nov.* 105. *c.* 2. *in fin.* Jam verò qui supra leges est, cui leges subjectæ sunt, is necessariò legibus est solutus, id est, legibus non tenetur; alioqui non illi leges, sed ille legibus subjicitur, & qui ipse lex est, in eum lex ferri non potest. Unde Plinius in *Panegyr. cap.* 65. *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 quæstio pertinet; cum si neges, secundum vim dirigentem Principem legibus solutum esse, statuas, Principem legibus obstringi, tanquam quæ ipsi quoque latæ sint. Alia autem quæstio est de modo coërcendi & puniendi nec obedientes. Cæterum totum hoc pertinet ad leges civiles duntaxat, 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 majestate conjuncta, 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 latæ sunt. Quod significat Paulus *l. ex imperfecto* 23. *de legat.* 3. his verbis: *Decet enim tantæ majestati, eas servare leges, quibus ipse solutus esse videtur.* Et Imp. Alexander *l.* 3. *C. de testam.* cum ait, *nihil tam proprium imperii esse, quam legibus vivere*, eodemque modo explicanda *l. digna vox.* 4. *C. de legib.* & illud Plinii *in Panegyr. ad Trajan. cap.* 65. *Legibus te subjecisti, quas nemo Principi scripsit.* Item illa, *Non esse Principem supra leges, sed leges supra Principem.* Nimirum Princeps *imperio maximus, major est exemplo*, ut ait Paterculus *lib.* 11. *cap.* 126. & Plin. *ibid. cap.* 45. *Vita Principis*, inquit, *perpetua censura est: ad hanc dirigimur: nec tam imperio nobis opus est, quam exemplo.* Τίς γὰρ ἂν ἠθέλησεν ἀπειθεῖν, ὁρῶν τὸν βασιλέα πειθόμενον; inquit Xenophon *in laudib. Agesilai. cap.* VII. §. 2. Claudianus *in Panegyr. v.* 307. *de quarto consulatu Honorii*, his versibus Principem hujus officii commonefacit:

In commune jubes si quid, censesve tenendum,
Primus jussa subi: tunc observantior æqui
Fit populus, nec ferre negat, cum viderit ipsum
Auctorem parere sibi. Componitur orbis
Regis ad exemplum: nec sic inflectere sensus
Humanos edicta valent, ut vita regentis.

TITULUS DECIMUSOCTAVUS.

DE INOFFICIOSO TESTAMENTO.

Dig. Lib. 5. *Tit.* 2. *C. Lib.* 3. *Tit.* 28.

Continuatio, & argumentum tituli. Unde nomen inofficiosi: tum, quorum de hac quæstione cognitio.

EXplicatur hic altera ratio infirmandi testamenti, cum scilicet non ipso jure, sed per sententiam judicis rescinditur, ex causa de inofficioso contra testamentum pronuntiantis: quod est illud adminiculum, quod superius dixit paulo post nobis manifestum fore, in calce *tit. de exhæredatione lib.* Locus hic latè patet, quanquam concisus est Justinianus, ut passim in hoc libello. Initio indicat ille causam introducendæ de inofficioso querelæ, & quo colore proponatur; mox quibus ea competat, aut non competat, ostendit: sequuntur postremo nonnulla, quibus intervenientibus testamentum inofficiosum argui atquè 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 exh. lib.* quæ in hoc tempus dilata, nunc exsolvenda sunt. De nomine inofficiosi hoc primum monendi sumus, quamvis omne testamentum inofficiosum rectè dicatur, in quo testator contra officium, quod alteri debebat, fecit, quemadmodum scimus, hominem inofficiosum dici, qui officium prætermittit, aut contra officium, quod alteri debet, facit; & ideo si verbi causa testator cognatis suis aut personis de se bene merentibus, quibus ob id remunerationem debet, nihil in testamento suo reliquerit, huic etiam testamento appellatio ista conveniat: tamen per excellentiam ea demum testamenta inofficiosa dicta sunt, quibus officium in liberos, parentes & fratres neglectum est, seu in quibus liberi, aut parentes, aut fratres, vel exhæredati sunt immerito, vel immerito prætériti. Quocirca his etiam

ſolis poteſtas permiſſa de inofficioſo querendi, poſtulandique, ut, ſi officium violatum eſſe conſtiterit, teſtamentum reſcindatur. Cognitionem hujus quæſtionis ad centumviros pertinuiſſe conſtat ex Cic. *lib.* 1. *cap.* 38. *de orat.* Val. Max. *lib.* 7. *c.* 7. *&* 8. *l. Titia.* 13. *l. qui repudiantis.* 17. *h. tit.* uti & ſimplicis petitionis hæreditatis, *l. ult. in pr. C. de pet. har.* quod tamen non uſque adeo perpetuum fuit, quin partes aliquando negotio ita ferente à prætore remiſſæ fuerint ad judicem pedaneum: ut liquet ex *l.* 8. §. *pen. hoc tit. l.* 3. §. *ſi emancip.* 5. *de bon. poſſ. cont. tab.* VINN. Quæ hic de nomine inofficioſi monet Auctor, plenius poterant exponi. Dicitur hæc actio QUERELA, quia propinqui non accuſare & litigare, ſed inter ſe *conqueri* dicebantur. Voſſ. *Inſt. Orat. lib.* 1. *cap.* VI. §. 2. *Inofficioſum* autem opponitur *officio*, quod vocabulum ita accurate exponit Seneca *de Benef. lib.* III. *cap.* XVIII. quod ut *beneficia* ſint alienorum: ita *officia* eorum, *quos neceſſitudo ſuſcitet, & opem ferre jubeat.* HEIN.

TEXTUS.

Ratio hujus querelæ.

Quia plerumque parentes ſine cauſa liberos ſuos exhæredant, vel omittunt, inductum eſt, ut de inofficioſo teſtamento agere poſſint liberi, qui quæruntur, aut iniquè ſe exhæredatos, aut iniquè præteritos: hoc colore, quaſi non ſanæ mentis fuerint, cum teſtamentum ordinarent. Sed hoc dicitur, non quaſi verè furioſus ſit, ſed rectè quidem teſtamentum fecerit, non autem ex officio pietatis. Nam ſi vere furioſus ſit, nullum teſtamentum eſt.

NOTÆ.

Sine cauſa] Ex juſtis cauſis permiſſa exhæredatio, *l.* 7. *de bon. damn.* quas cauſas ex arbitrariis certas fecit & nominatim ad 14. complexus eſt, Juſt. *Nov.* 115. *c.* 3. voluit autem unam ſaltem ex his inſeri teſtamento, eamque ab hærede probari; ſecus ac jure veteri, *l.* 5. §. 1. *hoc tit. l.* 28. *C. eod.*

Exhæredant vel omittunt] Illud ad parentes omnes & propriè ad patrem pertinet, hoc ad matrem cujus ſilentium pro exhæredatione eſt, §. *ult. ſup. de exh. lib.* & ita intellige *l.* 3. *h. t. d. Nov.* 115. *c.* 3. Exhæredatis igitur omnibus, à 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. eod.*

Quaſi non ſanæ mentis] *l.* 2. *l.* 5. §. 1. *eod.* ac proinde quaſi teſtamentum facere non potuerint. *l.* 17. §. 1. *eod.* Hoc colore ſeu titulo quæſito tegitur iniquitas exhæredationis: & quidem ob hanc cauſam olim reſciſſo per querelam teſtamento nihil ex eo valebat, *l.* 8. §. *pen. l.* 28. *eod.* hodie autem, quantum ad inſtitutiones ſolummodo, evertitur; legata & cætera capita ſalva manent. *Nov.* 115. *c.* 3. *in fin. auth. ex cauſa. C. de lib. prat.*

COMMENTARIUS.

1. *Quibus liberis & quando querela neceſſaria?*
2. *Etiam ob cauſas non nominatim expreſſas*, Nov. 115. c. 3. *dummodo æquè graves aut graviores, exhæredationem rectè fieri.*
3. *Quamvis exhæredatio facta ſit ſine elogio, tamen teſtamentum adhuc ipſo jure hodieque ſubſiſtere, atque ad id reſcindendum opus eſſe querela, contra comm.*
4. *Præteritionem matris & avi materni etiam jure noviſſima vim exhæredationis 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 conſerventur?*
8. *Cur querelæ inofficioſi colorem dementiæ veteres præteruerint: & num idem adhuc hodie?*

Quia plerumque] Rectè monet D. Pacius in margine, particulam *plerumque* non afficere verbum *exhæredant*, ſed verbum *ſine cauſa*: ut hic ſit ſenſus; cum parentes liberos ſuos exhæredant vel omittunt, id eos plerumque facere ſine cauſa: puta falſo inſtimulatos, novercalibus delinimentis inſtigationibuſque corruptos, *l.* 3. *&* 4. *hoc tit.*

Sine cauſa liberos ſuos exhæredant vel omittunt] Ait, *ſine cauſa*: nam ex juſtis & meritis cauſis exhæredatio ſemper permiſſa fuit, *l.* 7. *de bon. damnat.* Ait, *exhæredant vel omittunt*, illud ad parentes omnes, & propriè ad patrem avumque paternum, hoc ad matrem & avum maternum pertinet: nec ſupervacuo hic expreſſum, ut cenſet D. Weſemb. etſi enim matris præteritio vim & effectum exhæredationis habet; non eſt tamen revera exhæredatio. §. *ult. ſup. de exhær. lib.* In patre exhæredatio neceſſaria eſt, ut querelæ locus ſit: ſi enim pater filium, quem in poteſtate habet, præterierit, teſtamentum ipſo jure nullum eſt; ſi emancipatum, datur præterito bonorum poſſeſſio contra tabulas, *ſup. d. tit. in pr. &* §. 3. *&* 5. Quin nec quævis exhæredatio querelæ locum facit; ſed ea demum, quæ ritè facta eſt: quæ ſecus facta, id eſt, non nominatim, non pure, non à tota hæreditate, pro præteritione cenſetur *l.* 8. §. *non quævis.* 2. *de bon. poſſ. cont. tab.* Matre autem ſive prætereunte, ſive quovis modo exhæredante, ſemper ad infirmandum teſtamentum querela opus eſt, cum & jure civili firmum ſit, nec à prætore infringatur: quippe qui exhæredatione, cujus vicem etiam præteritio matris obtinet, notatos non putavit ad contra tabulas bonorum poſſeſſionem admittendos. *d. l.* 8. *in pr. cont. tab. d.* §. *ult. ſup. de exhær. lib.* Et igitur exhæredatis omnibus, à matre etiam præteritis, hoc remedium neceſſarium eſt. Cauſæ exhæredationis jure antiquo certæ legibus definitæ non erant, ſed ab arbitrio pendebant judicum, qui de inofficioſo cognoſcebant, quorum erat merita exhæredati perpendere. *l.* 3. §. *ſi emancipatus.* 5. *cont. tab.* Val. Max. *lib.* 7. *c.* 8. Juſtinianus ex arbitrariis eas certas fecit, & nominatim *Nov.* 115. *c.* 3. complexus eſt ad quatuordecim: cumque antea etiam ſimplici exhæredatione facta, permiſſum eſſet hæredi

di inſtituto allegare & docere ingratitudinem, id idem Imp. primum hactenus mutavit, ut non aliter liceret hæredi ingratitudinis quæſtionem movere, quam ſi teſtator expreſſè addidiſſet, ſe ideò filium exhæredare, quia fuerit ingratus, *l. omnimodo.* 30. *in pr. C. hoc tit.* Poſtea ne hoc quidem ſatis ei viſum, ſed inſuper voluit, teſtatorem juſtam aliquam ingratitudinis cauſam, & ſaltem unam ex illis, quas ipſe 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 quæſtio. 1. An nullas alias ob cauſas, quantumvis pares aut majores, quam quæ *d. Novell.* 115. *c.* 3. expreſſæ ſunt, exhæredatio permittenda? 2. Utrum ſi exhæredatio facta ſit ſine elogio, id eſt, ſine cauſæ expreſſione, teſtamentum ex d. conſtitutione ipſo jure nullum ſit, an jure adhuc ſubſiſtat? atque ad illud reſcindendum querela etiamnum ſit opus. Primam quæſtionem quod attinet, quamvis ſententia Connani, *lib.* 9. *comm.* 10. Viglii *ad* §. *ult. ſup. de exhær. lib.* aliorumque, qui eos ſequuntur, negantium, ob alias cauſas, licet æquè graves aut graviores, exhæredationem fieri poſſe, verbis *d. Novell.* convenire videatur: tamen mihi perſuadere non poſſum, eam fuiſſe mentem Juſtiniani, quam illi eſſe cenſent: & ſumma ratio ſuadet, ut contra ſentiam. Etenim ſi verbi gratia manus parenti filius ipſe non intulerit, ſecundum *d. Nov. cap.* 3. §. 1. ſed inferre paſſus ſit, cum facilè prohibere poſſet; idemque finge de injuria, §. 2. Patrem ipſe non accuſaverit, juxta §. 3. ſed accuſationem inſtruxerit, juverit pretio, conſiliis, probationibus. Inſidiatus ipſe patri non ſit, §. 4. inſidias autem, cum poſſet, non detexerit. Falſum teſtimonium ipſe non dixerit, *ſec.* §. 8. at qui dicerent, ſubornarit. Quid ſi thorum fratris violare auſus ſit. Quid ſi lenocinio palam quæſtum faciat? &c. Quis hæc aut atrociora filium patrantem dignum neget, qui fulmine feriatur exhæredationis? At inquis, odioſa eſt exhæredatio, ac proinde interpretatione non eſt adjuvanda, *l. cum quidam.* 19. *de lib. & poſt. c. odia* 15. *de reg. jur. in* 6. Imo contra vel magis odioſum, patrem cogi ut impio & indigno filio bona ſua relinquat. Equidem concedo, ubi de hypotheſi quæritur, de ſcriptura teſtamenti, de facto exhæredati, de voluntate exhæredantis, cum ſimilibus, exhæredationem adjuvandam non eſſe: cæterum ubi θετικῶς de legis vi atque interpretatione diſputatur, hoc ſemper legibus ineſſe, ex mente conditorum, credi oportet, ut quia omnes caſus, qui quandoque incidere poſſunt, comprehendere nequeunt, ad eas quoque res & cauſas pertineant, quæ quandoque ſimiles erunt, *l.* 10. *cum* 3. *ſeqq. l. ideo.* 27. *de legib.* Neque hinc excipiuntur leges pœnales: nam & illæ utique leges ſunt; & obvia paſſim reſponſa Juriſconſultorum, etiam leges publicorum judiciorum, ad hunc, quem diximus, modum interpretantium, *l.* 11. *de pœn. l.* 13. *de teſtib. l.* 7. §. 2. *de juriſd. l.* 7. *ad leg. Jul. maj.* §. 3. Tuld. 2. *juriſp. extemp. c.* 5. *pag.* 202. ubi diſtinguit utrum par & eadem ſit ratio, an ſimilis tantum, *l.* 3. *de leg. Pomp. l.* 2. §. 28. *& ſeqq. ad Tertul.* junct. *l. ult.* §. *ult. qui pet. tut. l.* 8. *de ſepulcr. viol. l.* 1. *de aleat.* Dixeris, hoc admiſſo, Imperatorem non aſſequi ſcopum ſuum, ſed cauſas adhuc incertas manere, nec quatuordecim tantum, ſed infinitas fore. Reſpondeo, ex his conſtitutionis verbis, *ut præter ipſas nulli liceat, ex alia lege ingratitudinis cauſas opponere, niſi quæ in hujus conſtitutionis ſerie continentur*, ſatis patet quis Juſtiniano ſcopus propoſitus fuerit. Horum enim verborum non alius ſenſus, quam quod non liceat ex legibus antiquis cauſas opponere, quæ in 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 fuit prim. ca. bon. amitt.* Atque hæc ſententia etiam communis eſt, uſuque apud omnes recepta DD. *in auth. non licet. C. de lib. præt.* Clar. § *teſtamentum. quæſt.* 41. *n.* 2. Gomez. 1. *reſol.* 11. Schneid. *hic n.* 15. Gudelin. *lib.* 2. *de jur. noviſſ. cap.* 8. Chriſtin. *vol.* 4. *deciſ.* 19. *n.* 5. Grot. *lib.* 2. *manud. cap.* 18. ubi notat, in his regionibus illud quoque ſemper obtinuiſſe, ut filia minor 20. annis, nubens citra conſenſum patris aut matris, ab eodem patre aut matre ob hanc cauſam exhæredari poſſit: convenit *art.* 25. *cap.* 2. *ſtatut. Zeland.* In altera quæſtione numero vincunt, qui ad validitatem teſtamenti negant ſufficere exhæredationem ſimplicem ſeu factam ſine cauſæ inſertione, & ad hoc omnino requirunt qualificatam: quod ſi verum eſt, nullus uſus querelæ relinquitur in linea recta, præterquam unico illo caſu, cum exheredationi aut præteritioni additum eſt elogium: quæ ſententia fuit Johannis, relata à Gloſſa in *l.* 5. *h. tit.* probata pleriſque interpp. *in auth. ex cauſa. C. de lib. præt.* Clar. *d.* §. *teſtam. quæſt.* 40. Gomez. *d. c.* 11. Covar. *in c. Raynutius. p.* 1. *n.* 7. *cap.* 16. Weſemb. *par. hoc tit. n.* 7. & noviſſimè latè defenſa à D. Bachovio *hic.* Cæterum ut pluribus hæc ſententia placeat, non deſunt tamen, qui eam taxent, ut conſtitutioni Juſtiniani minimè conſentaneam: & ſanè non immerito, meo quidem judicio. Nam qui diligenter eam conſtitutionem evolvet, comperiet ex tenore, Imperatorem non agere de iis, quæ ad internam teſtamenti ſolennitatem ritumque exhæredationis pertinent, ſed de cauſis, ob quas facta exhæredatio juſtè vel injuſtè facta intelligatur: at injuſtitia exhæredationis non vitiat teſtamentum ipſo jure. Et vide quæſo, quæ iſti ſententiæ ſint conſequentia. Efficitur ex ea, ut teſtamentum nullum ſit, etiamſi præteriti ſint liberi emancipati; etiamſi præteriti ſint liberi ſine elogio, qui nunquam in poteſtate fuerunt; ut poſtumi exhæredati nativitate rumpatur teſtamentum; ut infantium atque adeo impuberum ferè omnium exhæredatio nullius momenti ſit: denique ut tantum non liberi matribus, parentes liberis ſui hæredes fiant. Atque ita deletur bonorum poſſeſſio contra tabulas: deletur §. in *mancipatos.* 3. *item* §. *ſed hæc quidem.* 5. *& §. ult. ſup. de exhær. lib.* Delentur maxima ex parte *tit. Pand. C. & Inſt. de inoff. teſtam.* item *l. ult. C. de lib. præt.* Quis vero credat, tot capita juris veteris à Juſtiniano tacitè abrogata, qui nunquam ſolet quicquam ex jure veteri mutare, niſi cum expreſſa

mentione ejus juris, quod abrogare constituit, & commendatione novi? Refragantur etiam verba *d. constitutionis. cap.* 3. *circa fin. & cap.* 4. ubi cum jussisset Imperator, si exhæredatio aut præteritio facta esset cum elogio, idque elogium probassent hæredes, firmum manere testamentum, sive, ut est in authentico, ὃν τῇ ἰδίᾳ ἰσχύι διαμένειν, τῶν ἰδίων ἔχειν ἰσχύν, subjicit, si hoc observatum non fuerit, testamentum irritum reddi atque everti: utitur enim verbis ἀκυροῦσθαι & ἀνατρέπεσθαι: quæ de iis tantum prædicari constat, quæ ab initio constiterunt: & quod notandum, everti non in totum, sed quoad institutionem duntaxat, cætera capita firma manere. Ergo in totum ab initio subsistit. At quo remedio evertetur? Non alio haud dubiè, quam querela inofficiosi, quæ una exhæredatis supererat. Arguit hoc accurata illa causarum ingratitudinis, de quibus in querelæ judicio agitur, definitio; quæ causam novæ constitutioni dedit. Ad hæc si dicimus, liberis omnibus, sine elogio exhæredatis aut præteritis, testamentum potestate d. constitutionis nullum esse, non liberis tantum consulimus, sed extraneis etiam defuncti legitimis hæredibus: 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. Justinianus autem liberis duntaxat prospicere voluit, ne his noceret exheredatio, non consulere aliis contra scriptos testamento hæredes. Postremo ut ex dictis liquet, non fuit ei propositum tollere inofficiosi querelam, sed proniorem atque expeditiorem ei viam facere; unique potissimum rei afferre remedium, ne scilicet liberi exhæredati aut præteriti, ob difficultatem probandi se semper officiosos fuisse, parentum hæreditate exciderent. Cum ergo duplicem effectum exhæredatio jure veteri habeat: unum hunc, ut absolvat internam testamenti paterni solennitatem, ut nullum sit ob præteritionem, ad quod sufficit ritè factam esse, etiam injusta sit: alterum, ut exhæredatum submoveat ab hæreditate, ad quod insuper exigitur, ut facta sit justis de causis: posteriorem effectum tantum Justinianus restringere voluit, priori in suo statu relicto. Sive igitur nulla causa à testatore expressa sit, sive aliqua, quæ tamen non sit ex iis, quæ *d. Nov.* 115. *cap.* 3. continentur, aut ex iis quidem, sed in cujus probatione hæres deficiat, utiliter & cum effectu exhæredatus de inofficioso hodieque aget, & postulabit, ut testamentum rescindatur, resque redigatur ad causam intestati.

4 Idemque erit, si liberi præteriti sint, ab iis sc. parentibus, quorum præteritio pro exhæredatione est, ut matris & avi materni, licet causa adjecta non sit: & falsum est, quod plerique pro vero nobis obtrudunt, præteritionem maternam pro exhæredatione amplius non haberi, sed ex hac causa æquè nullum esse testamentum, ac si pater præteriisset, nisi præteritioni addita sit causa ingratitudinis; necessitatem quodammodo exhæredandi contra rationem juris illic introducentes, ubi non est suitas, *l.* 11. *de lib. & posth. l.* 4. §. 2. *cont. tab.* Ita concludimus cum Fulgos. & Donell. *in d. auth. ex causa.* Vigl. *ad rubr. hic.* Duar. *c.* 3. *ad hunc tit.* Cujac. *ad Novell.* 18. Fachin. 4. *contr.* 9. Vasq. *lib.* 2. *de succ. creat.* §. 20. *n.* 162. *& seqq.* Perez. *ad C. de lib. præt. num.* 13. Gudelin. *lib.* 2. *de jur. nov. c.* 4. Atque ita in utraque Curia Hollandiæ judicatum refert Neostad. *decis. supr. sen.* 99. contra quam Curia Frisiæ apud Sand. *lib.* 4. *tit.* 2. *def.* 2. Argumentis, quæ pro contraria sententia afferuntur, ex his, quæ dicta sunt, nullo negotio occurri potest; & sunt pleraque ex eorum genere, quæ Græci ἀντιστρέφοντα vocant, id est, quæ in ipsos auctores retorqueri possunt. Postremo minimi pretii sunt, quæ illi putant esse maximi; quale est, quod sexto loco adducit Bachovius, frustraneam ajens esse eam actionem, in qua actor non potest succumbere, &c. Ergo frustra est, quod postumis aut infantibus exhæredatis, §. 2. *inf. l. si quis.* 33. §. 1. *C. hoc tit.* item ex constitutione Justiniani *l. omnimodo.* 30. *C. eod.* liberis omnibus exhæredatis, non addito, quia ingrati fuerunt, actio de inofficioso datur: quoniam nunquam non possunt vincere? Considerare debuerant, non frustra esse, quod leges testamentum consistere volunt, ut saltem iis casibus, quos modo commemoravi, incidentibus voluntas defuncti exitum habeat. Ejusdem ponderis est argumentum, quod Bachovius producit vice corollarii, nempe legitimam relinquendam esse liberis titulo institutionis. Ne sit relicta isto titulo, an propterea sequitur, testamentum ipso jure nullum esse? Sed de eo plura inferius. In hisce regionibus passim necessitatem exhæredandorum liberorum, si hæredes non instituantur, non agnoscimus; utpote quæ suorum tantum hæredum propria est, quales hæredes nos non habemus, sed præteritio non matris tantum, verum etiam patris pro exhæredatione habetur, exemplo militarium testamentorum. §. *sed si.* 6. *sup. de exhær. lib.* Intelligo ut ipso jure valeat testamentum, non quin tanquam inofficiosum rescindi possit, & res ad causam intestati pronunciatione judicis redigi. Nam querelam inofficiosi modis omnibus etiam nos retinemus, si inique & contra officium pietatis exhæredatio facta proponatur, vid. Gudelin. *lib.* 2. *de jur. noviss. cap.* 5. Grot. *lib.* 2. *manuduct. ad jurispr. Bat. cap.* 18. Christ. *vol.* 4. *dec.* 20. *n.* 8. Groen. *de ll. abrog. hic.*

Inductum est] Verbum *inducere* plurimum refertur ad jus non scriptum, aut ad id jus quod ex interpretatione prudentum profluxit, *l.* 2. §. 5. *de orig. jur. l. de quibus.* 32. *de legib. l. Gallus.* 29. *de lib. & post. 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 judicio concessa fuit, *l.* 1. *hoc tit.* à lege autem si foret, certæ personæ expressæ essent, quibus hæc actio competeret. Adhæc si lex aliqua de hoc judicio lata esset, nihil opus fuerat, colorem aliunde quærere, cujus prætextu testamentum, quasi ab homine non sanæ mentis factum, everteretur: quippe quod tunc vigore & auctoritate solius legis rescindi oportuerit. Color autem iste dubium non est quin inventus atque excogitatus sit ab iis, à quibus alia id genus commenta & fictiones omnes manarunt, hoc est, à jureconsultis.

Deni-

Denique ſi lege aliqua hoc judicium conſtitutum eſſet; procul dubio mentionem illius legis feciſſet Val. Max. *lib.* 7. *c.* 7. VINN. Adde, quæ eam in rem diſputavimus in *Antiqu. Rom. lib.* 11. *h. t.* §. 5. *p.* 560. *edit. nov.* Nam in priore ſequuti eramus ſententiam ſummi Cujacii. HEIN.

Ut de inofficioſo agere poſſint] Pro eodem Juriſconſulti dicunt, agere, queri de inofficioſo, arguere, accuſare, dicere inofficioſum; quæ legentibus paſſim in titt. hujus argumenti occurrunt, ut & nomina querelæ, actionis, accuſationis: nullo tamen nomine frequentius hoc judicium deſignatur, quam *querela*. Eſtne ergo querela & ipſa actio, an remedium aliquod ab actione ſeparatum, ſive imploratio tantum officii judicis nobilis, ut loquuntur, eo pertinens, ut teſtamentum reſcindatur, quo reſciſſo demum agi & 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, eum Papinianus ait hæreditatem petere, *l.* 8. §. *quoniam.* 8. *hoc tit.* 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.* Triphoninus *l. pen. in fin. pr. cont. tab.* filium exhæredatum ex cauſa querelæ inofficioſi movendæ admitti ad petitionem hæreditatis. Juſtinianus hæreditatis petitionem ex nomine de inofficioſo conſtitui, *l. ſi quis.* 34. *C. eod.* Unde quoque eſt, quod is, qui querelam moturus eſt, agnoſcere debet bonorum poſſeſſionem litis ordinandæ gratia. *l.* 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 & legit.* de quo conſule Vigl. *in rubr. & §. 2. hoc tit.* Duar. *cap.* 8. *ad hunc tit.* Govean. 1. *var. lect. c.* 5. Vaſq. *lib.* 3. *de ſucc. reſol. ad l.* 2. *C. eod.* Vaud. 2. *quæſt.* 24. Don. 19. *comm. cap.* 3. Interpretes comm. & cum his Sichard. *in rubr. C. hoc tit. num.* 3. exiſtimant, querelam eſſe judicium præparatorium, quo aditus patefiat ad judicium univerſale, ſeu petitionem hæreditatis, ſicut actio ad exhibendum præparatoria eſt rei vindicationis; atque ita duo hic eſſe judicia; quorum alterum, ſcil. querela, præcedat; alterum, petitio hæreditatis, ſequatur; quod falſum eſt: nam ipſe titulus inofficioſi cauſa eſt, ex qua vindicatur hæreditas, *l.* 3. *C. de pet. har.* neque duo hic judicia 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 differt a petitione hæreditatis ſimplici, de qua poſt *tit. 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, eumve, qui pro hærede ſit, bonorum ſcilicet poſſeſſorem aut fideicommiſſarium. *l* 9. *cum ſeq. de har. pet.* At querela datur adverſus hæredem ſcriptum, contra fideicommiſſarium, *l.* 1. *C. hoc tit.* contra præteritum, qui accepit 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 factionem non habuiſſe judicatur, *l. qui repudiantis.* 17. §. 1. *hoc tit.* & proinde eum teneri, quaſi pro hærede aut 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. 2. *& 3. de har. pet.* Querela autem inofficioſi ex neutra cauſa eſt; non ex teſtamento, quia datur iis, qui teſtamento excluſi ſunt: non ab inteſtato; quia quamdiu teſtamentum extat, cauſæ inteſtati non eſt locus. *l. quamdiu.* 39. *de acq. har.* Sed patet ex reſponſione ad objectionem præcedentem, querelam inofficioſi eſſe petitionem quandam hæreditatis ab inteſtato, quia prætenditur color dementiæ teſtatoris; uti & revera ſi judex contra teſtamentum pronuntiaverit, res ad cauſam inteſtati redit, retroque verſus perinde omnia habentur, ac ſi hæreditas nunquam adita fuiſſet. *l.* 6. §. 1. *l. eum qui.* 21. §. 2. *hoc tit.* 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 exhæredatus ſit in poſſeſſione hæreditatis, & hæres ſcriptus hæreditatem petat, *l.* 8. §. *ſi filius.* 13. *eod.* adeoque liberum etiam eſſe exhæredato, ſimplici petitione hæreditatis experiri, deque titulo excipienti reponere, ſe queri de inofficioſo, atque ita querelam inducere per modum replicationis. Paul. 4. *ſent.* 5.

Aut inique ſe exhæredatos, aut inique præteritos] Rurſus hæc duo conjungit, exhæredare, & præterire, ut paulo ante, & Marcell. *l.* 3. *eod.* nimirum quia non exhæredatis ſolum, ſed etiam præteritis de inofficioſo agere licet; præteritis ſc. ab iis parentibus, quorum præteritio vim exhæredationis habet. Et igitur horum alterum, *exhæredatos*, nemo eſt, qui non videat ad patrem referri, alterum, *præteritos*, ad matrem & avum maternum. Quod ideo iterum hic moneo, ut appareat, nullam eſſe cauſam, cur interpp. vulgo ex eo, quod auth. *ex cauſa. C. de lib. prat.* generaliter & indefinitè ab Irnerio concepta eſt, hoc modo, *Ex cauſa exhæredationis 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 hactenus 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

unde dicta *auth.* sumpta est, non aliter loqui, quam hoc ipso loco. Sancit enim, non licere patri vel matri liberos suos exhæredes facere aut præterire, nisi forsan probabuntur ingrati, &c. quæ prædicata propriis subjectis attribuenda sunt, ut exhæredes facere non liceat patri, matri non liceat præterire; quemadmodum hoc loco alterum propriè ad patrem, alterum ad matrem referri constat. Liquet hoc ex eo, quod *d. Novell. c.* 5. apertè profitetur, hoc solum sibi propositum esse, ut injuriam exhæredationis & præteritionis à liberis avertat. Jam vero injuria ea propriè est, quæ vel exhæredatione vel ea præteritione infligitur, quæ vim exhæredationis habet. *l.* 8. *in pr. hoc tit. l.* 4. *vers. quod si fuisset. circa med. C. de lib. præt.* Præteritis à patre cum effectu non inferebatur injuria; quippe qui testamentum nullum dicebant: exhæredatis & à matre præteritis inferebatur; quæ etsi vindicabatur judicio de inofficioso, tamen si legitima portio quovis titulo relicta fuerat, quantumvis liberis obsequentissimis, injuria illa manebat. Cui rei occurrere voluit Justinianus, atque ea de causa constituit, ut non sufficeret in posterum ad excludendam querelam, legitimam quolibet titulo relictam esse: sed necesse esset, liberos vel hæredes instituí vel exhæredari. Cæterum quia illata per exhæredationem 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 Jas. *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 exhær. 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 corruere, nisi adjecta sit clausula codicillaris: hoc autem sive posteriore casu legata & fideicommissa firma manere: quæ sententia præjudiciis curiarum supremæ jurisdictionis robur accepit, Ant. Fab. *C. suo de lib. & post. defin.* 1. Christin. *vol.* 4. *decis.* 9. & probatur D. Tuldeno *in comm. hic. c.* 1. Cæterum vide, quæ sup. *num.* 5.

Hoc colore quasi non sanæ mentis fuerint] *L.* 2. *l.* 5. §. 1. *l. Titia.* 13. *eod.* ac proinde quasi testamenti factionem
8 non habuerint, *l. qui repudiantis.* 17. §. 1. *eod.* Unde etiam est, quod cum contra testamentum pronuntiatum esset, nihil ex eo testamento valebat. *l.* 8. §. *pen. d. l. Titia.* 13. *l. cum mater.* 28. *eod.* Quæsitus autem hic color fuit, ne sani hominis testamentum impugnari videretur contra auctoritatem legis duodecim tab. quæ liberam undiquaque potestatem testandi patrifam. concedit. *l. verbis.* 120. *de verb. sign.* Maximè autem liberis hoc colore iniquitatem exhæredationis tegere convenit ob verecundiam. Bartolus in *d. l. Titia.* 13. putat, colorem istum dementiæ jam non amplius prætexi posse, quia demens videri non potest, qui filium ex justa causa exhæredat: præsupponit enim, non aliter querelæ locum esse. Sed ut ita sit, quid si falsum sit elogium? quod præsumitur, si ab hærede non probetur. Nunquid falsam causam objicere filio immerenti contra officium pietatis propè furiosi hominis esse videtur? Planè 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 & Mynsi. hic disputant. VINN. Quum ipse Vinnius fateatur, quæsitum fuisse hunc colorem, ne sani hominis testamentum contra auctoritatem legis XII. Tab. impugnari videretur: consequens omnino esse videtur, ut is color hodie cesset. Olim licebat parentibus impune liberos & præterire, & exheredes scribere: nullaque prodita erat actio, qua liberi testamenta paterna impugnarent, quamvis iniquissime essent hereditate excluſi. Id quum durum videretur JCtis: callide reperere modum juvandi injuste exheredatos. Quum enim furiosorum testamenta non valerent: impugnabant tabulas tam inhumani parentis, tanquam ab homine emotæ mentis factas: eam autem dementiam colligi posse existimabant ex filii inorigeri exheredatione vel præteritione. Si itaque colore illo opus fuit, quia nulla actio legibus prodita erat: hodie sane eo non erit opus, postquam hæc querela legibus probata est. HEIN.

Non quasi vere furiosus sit] Cujus testamentum inofficiosum arguitur, quasi demens, non verè demens dicitur, *l.* 2. *l.* 5. §. 1. *h. t.* nam qui filium immerentem exhæredat, patrem qui præterit, prope à furioso abesse fingitur, eo quod non sentiat, sibi se esse injurium, cum liberis aut parentibus injuriam facit. Quod vero testamentum à vere demente factum est, id inofficiosum accusari non potest, quia nullum est, factum quippe ab eo, qui testamenti factionem non habet: ac proinde hoc non attento, recta succeditur ab intestato.

Non ex officio pietatis] Καὶ ἀυτῆς τῆς φύσεως σχεδὸν ἐξελθὼν ἀπώλεσε τὸν πατέρα, τὸ φιλόστοργον, τὸ ἥμερον, &c. *ipsamque deserens naturam, exuit nomen patris*, &c. quod probe à furore abest.

TEXTUS.

Qui de inofficioso agunt.

1. *Non autem liberis tantum permissum est, testamentum parentum inofficiosum accusare, verùm etiam liberorum parentibus. Soror autem & frater turpibus personis, scriptis hæredibus, ex sacris constitutionibus prælati sunt. Non ergò contra omnes hæredes agere possunt. Ultra fratres igitur & sorores cognati nullo modo aut agere possunt, aut agentes vincere.*

NOTÆ.

1. *Inofficiosum accusare*] Pro eodem dicunt nostri, agere, queri de inofficioso, arguere, accusare, dicere in-

inofficioſum. Una autem eademque actione & reſcindi teſtamentum petitur, & vindicatur hæreditas tanquam ab inteſtato, *l.* 8. §. 8. *l.* 20. *l.* 21. §. *ult. l.* 27. §. 3. *eod.* Cujac. *par. C. eod.*

Etiam parentibus] *l.* 1. *eod.* quippe quibus turbato ordine mortalitatis, non minus, quam liberis piè relinqui debet. *l.* 15. *eod. l.* 7. §. 1. *ſi tab. teſt.* Datur autem querela non patri ſolum, ſed etiam matri, *d. l.* 1. *l.* 14. *& ſeq. eod.* nec intereſt, exhæredati ſint, an præteriti, dummodò injuſtè. Nam ex juſta cauſa, una illarum octo, quæ enumerantur *Nov.* 115. *c.* 4. cum effectu exhæredari poſſunt, modò exhæredationi addatur elogium.

Soror & frater] Hebræorum jure uterini pro fratribus non habebantur. Moſ. Maimonid.

Aut agentes vincere] Si tamen egerint, & nemine eos repellente obtinuerint, prodeſt eorum victoria proximis ab inteſtato, *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 cernant.*
4. *An jure noviſſimo fratres unà cum parentibus ad querelam admittendi, aut illis ſaltem proſit horum victoria?*
5. *An fratres uterini hodiè cum conſanguineis concurrere debeant, aut his vincentibus illi quoque ad ſucceſſionem ab inteſtato venire?*
6. *An ſpurii in quæſtione propoſita pro turpibus perſonis habendi?*

NON *autem liberis 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.* da-
1 turque liberis omnibus cujuſcumque ſexus aut gradus ſint, & tam emancipatis, quam in poteſtate conſtitutis, *l.* 7. *hoc tit. l.* 8. *in pr. cont. tab.* item qui nunquam in poteſtate fuerunt, §. *ult. ſup. de exhær. 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. §. *ſi quis.* 15. *hoc tit.* Datur & legitimatis per §. 2. *inf. de hær. quæ ab int. Nov.* 89. Datur non tantum liberis jam natis, verum etiam poſtumis & tam alienis quam ſuis, *l.* 6. *in pr. eod.* §. *ſeq. in fin.* ubi plura. Illud pene ſupervacuum, monere, querelam competere iis liberis duntaxat, qui jus ſuccedendi habent: nam qui non habent, cum iis neque legitima debeatur, de inofficioſo queri non poſſunt. Proinde liberi illegitimi, ſive vulgo quæſiti, ſive nati ex concubina patris, teſtamentum inofficioſum non dicunt: de matris autem agere poſſunt, *l. ſi ſuſpecta.* 29. §. 1. *eod.* vid. Bart. Salic. Caſtr. *in l. pen. C. ad ſen. Orfic.* Ex privilegio eſt, quod de inofficioſo teſtamento militis nemo queri poteſt, *l. Papinianus.* 8. §. *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 que- 2
rela 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 etſi.* 15. *hoc tit.* Id autem hanc habet ſententiam: etſi naturæ ordo parentumque affectio & votum hoc ſit, ut liberi ſupervivant & ſuccedant parentibus, atque idcirco non ſic parentibus, quos ſola ratio miſerationis admittit, liberorum debeatur 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 miſerationis exigere ut ne parentes à luctuoſa liberorum ſuorum hæreditate excludantur. Ex quo porro intelligimus, contra officium pietatis facere liberos, qui parentes ſuos ſine cauſa exhæredant aut prætereunt, atque ob eam cauſam parentibus quoque actionem de inofficioſo dari. Datur autem parentibus 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. Exhæredati ſint parentes, an præteriti, nihil intereſt: nam hæc in linea adſcendentium & collateralium non differunt. Cæterum ut effectum habeat exhæredatio aut præteritio, tutumque ſit teſtamentum ab expugnatione, cum elogio hic quoque facienda eſt, & vel una ſaltem ex cauſis, ob quas parentes exhæredari aut præteriri permiſit Juſtinianus, teſtamento inſerenda. *Nov.* 115. *c.* 4. Cauſæ autem hujuſmodi admiſſæ 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 a liberis in parentes commiſſa pœnam merentur. Illud 3
difficultate non caret, quod parentes ſtatim poſt liberos ad querelam admittimus, ſive veteris juris rationem conſideramus, ſive novi Juſtinianei. Nam ante novellam Juſtiniani legem fratrum prior atque potior in querela, quam parentum cauſa fuiſſe videtur, *arg. l.* 4. *C. de bon. quæ lib. l.* 2. *C. ad 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 majorem exhæredatus aut præteritus patitur injuriam. Fac ergo, 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 teſtamento non facto 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, quod in Pand. relatum eſt, quæratur, 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 caſtr. pec.* Quod ſi filius de his bonis, quod ipſi permiſſum erat, teſtamentum feciſſet, id teſtamentum querelæ non erat obnoxium; atque id jus etiam Juſtinianus confirmavit, *l. ult. C. hoc tit.* Cæterum ſuſtulit *Nov.* 115. *cap.* 4. *in pr.* ut verba illa, *in quibus habent teſtandi licentiam*, manifeſtè oſtendunt. In ſucceſſione autem filii emancipati pater manumiſſor præferebatur defuncti fratribus, & omninò jure patris potior erat, ut mirum non ſit, in querela quoque fratribus prælatum fuiſſe; quæ omnia à me copioſius tractata ſunt ſub §. *ultim. infr. de leg. agn. ſucceſſ.* Mater ex Senatuſconſulto 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
4 definio. Noviſſimo 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. Utut eſt, illud extra controverſiam poſitum eſſe debet, victoriam parentum fratribus quoque prodeſſe, cum nulla ſit ratio, cur reſciſſo teſtamento, & re ad cauſam inteſtati deducta, fratres excludantur. Et ita quoque ſentiunt Joan. Fabian. Ang. Baro & Mynſing. *hic.* licet aliud Viglio & D. Tuldeno *ad tit. de hæred. quæ ab int. c.* 8. videatur, 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. hæred. 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 iis demum in locis parentes ad querelam admittuntur, ubi vocantur ad ſucceſſionem: de quo *ſub d. tit. de hær. quæ ab int.* add. D. Coren. *obſerv.* 10. *num.* 8. *& ſeqq.*

Soror autem & frater] *l.* 1. *hoc tit. l. fratris.* 21. *C. cod.* Fratres autem & ſorores hic intelliguntur germani aut conſanguinei ſive ὁμοπάτριοι; nam uterini ab
5 actione de inofficioſo contra teſtamentum fratris aut ſororis penitus arcentur. *l. fratres.* 27. *C. eod.* Hodie vero cum fratres uterini in ſucceſſione concurrant cum fratribus conſanguineis, conſequens eſt, ut etiam in querela cum iiſdem concurrant, aut ſaltim vincentibus illi ſimul ad ſucceſſionem inteſtati veniant.

Turpibus perſonis] *d. l. fratres.* 27. *C. hoc tit. l.* 3. *C. Theod. eod.* Itaque fratribus querela datur, non ſimpliciter; ut præteritis, ſed ut poſtpoſitis turpi perſonæ; atque adeo odio ſcripti hæredis. Cum autem turpis perſona definiatur à Conſtantino, *quæ vel turpitudinis vel infamiæ vel levis notæ macula aſpergitur, d. l. fratres.* Quæſitum eſt de ſpuriis, num & illi talium perſonarum numero habendi? Spuriorum cauſam cum 6
DD. comm. defendunt Gabriel Paleot. *tract. de nothis ſpuriiſq. lib. c.* 55. *& ſeqq.* Hartm. Piſtor. *lib.* 1. *quæſt.* 30. *n.* 26. *& ſeq.* D. Tulden. *hic. c.* 3. quia ajunt, neque jure infames ſunt, neque ipſi quicquam admiſerunt, quod exiſtimationem eorum lædat apud bonos viros: *crimen autem paternum nullam maculam filio infligere poſſe, l. crimen.* 26. *de pœn. nativitatem, quæ vitio aut culpæ verti nemini poteſt, pœnæ eſſe non debere: undecunque homines naſcuntur, ſi parentum vitia non ſectentur, honeſtos eſſe.* Auguſtin. *cap. undecunque, diſt.* 56. Cæterum ut hæc vera ſint, negari tamen non poteſt, quin labes aliqua & macula ſpuriis adhæreat, non quidem ex facto ſic naſcentium, ceu pœna inuſta: ſed ex vitio ac defectu natalium contracta: unde eos opprobria per omnem vitam comitantur, quæ nullo modo elui poſſunt, ut ſcribit Plut. *lib. de educ. lib.* vixque eſt, ut defendi poſſit, eum, qui ex vulgivava Venere & improbata gentibus omnibus conjunctione natus eſt, qui nec gentem, nec familiam, nec patrem habet, pro integra & legali perſona, ut loquuntur, habendum eſſe. Qua de re eleganter diſſerit vir doctiſſimus Arniſæus *lib.* 2. *de repub. c.* 2. *ſect.* 13. Illud equidem minime concedo, quod 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 turpitudo, quæ poſtea intermittitur. *l.* 43. §. 4. *de rit. nupt.* Utique manet adhuc litura proſtitutæ quondam pudicitiæ; at excluduntur à fratre, qui vel levis notæ macula adſperguntur. Pœnitentia quidem & vitæ emendatio abolent delicti notam coram Deo: at non in hujus 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 tit. l. cum mulier.* 47. *ſol. matr.* Removet præterea fratrem & ingratitudo ex tribus cauſis expreſſis. *Nov.* 22. *c.* 47. eaſque cauſas opponi ab hærede & probari ſufficit, etiamſi à teſtatore objectæ non fuerint. Nihil enim juri veteri in hoc derogatum eſt. Gudelin. *de jur. Nov. lib.* 2. *c.* 8. VINN. Aſt ſpurios tamen haut intelligi in *l.* 27. *C. h. t.* ſingulari diſſertatione *de levis notæ macula* demonſtrari a nobis meminimus. HEIN.

Ultra fratres & ſorores, &c.] Cognatos, qui ſunt ultra fratrem, Ulpianus in *l.* 1. *hoc tit.* hortatur, ne ſe ſumptibus inanibus vexent, eo quod in lite de inofficioſo obtinere ſpem non habeant. Ex quo explicandum eſt, quod 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 tranſverſa linea veniunt, exceptis fratre & ſorore, ad inofficioſi querelam admitti; nimirum non admitti, agere aut agentes.

tes 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. VINN. Eſt hoc ex jure novo, invecto, ut videtur, poſtquam portio legitima invecta eſt. Jure enim antiquo & alios agnatos cognatoſque remotiores, immo & amicos extraneos inofficioſi querelam inſtituiſſe, clariſſime patet ex Valer. Max. *lib.* VII. *cap.* VI. Conf. *Antiqu. noſtr. Rom. h. t.* §. VII. HEIN.

TEXTUS.

Qui alio jure veniunt, de inofficioſo non agunt.

2. *Tam autem naturales liberi, quam ſecundum noſtræ conſtitutionis diviſionem adoptati, ita demum de inofficioſo teſtamento agere poſſunt, ſi nullo alio jure ad defuncti bona venire poſſint. Nam qui ad hæreditatem totam vel partem ejus alio jure veniunt, de inofficioſo agere non poſſunt. Poſtumi quoque, qui nullo alio jure venire poſſunt, de inofficioſo agere poſſunt.*

NOTÆ.

2. *Naturales liberi*] Id eſt, juſtis nuptiis quæſiti: *v. ſup. de adopt. in pr.* quibus exæquati & qui poſtea facti legitimi. *Nov.* 89. Matris autem teſtamentum etiam ſpurii inofficioſum dicunt. *l.* 29. §. 1. *eod.*

Noſtræ conſtitut. diviſionem] Adoptati ab aſcendente queri poſſunt, ab extranea perſona non poſſunt. Conſtitutio eſt *l. pen. C. de adopt.*

Alio jure veniunt] Igitur impuberes adrogati queri non poſſunt, quia quartam habent ex conſtitutione D. Pii, *l.* 8. §. 15. *h. t.* nec ſui nec emancipati præteriti à patre, quia illorum præteritio patrem inteſtatum facit, hi habent contra tabb. *ſup. de exh. lib.* quam ob cauſam querela dicitur ultimum adjutorium, *l. ult. C. de lib. præt.* ἐσχάτη βοήθεια. Theoph.

Poſtumi qui nullo alio jure] Ac proinde non aliter, quam ſi ſint exhæredati: nam & poſtumi ſui & quaſi poſtumi 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 poſtumi alieni aliud remedium non habent. *l. 6. hoc tit.*

COMMENTARIUS.

1. *Quam rationem habeat, quod qui alio jure venire poſſunt, ad querelam non admittantur*

2. *Cur parenti manumiſſori querela detur, cum contra tabulas petere poſſit?*

3. *Quando poſtumis querela neceſſaria: & num idem adhuc hodie?*

Secundum noſtræ conſtitutionis diviſionem] Intelligit conſtitutionem, quæ extat in *l. pen. C. de adopt.* cujus crebra in hiſce libris mentio. §. 2. *ſup. de adopt.* §. 5. *ſup. de exhær. lib.* §. 1. *tit. præc.* §. *ſed ea.* 14. *inf. de hær. quæ ab int.* Significat autem, ex ſua conſtitutione eos duntaxat liberos, à patre naturali in adoptionem datos, queri de inofficioſo patris teſtamento poſſe, qui dati ſunt perſonæ non extraneæ, puta avo aut proavo materno. Illud ſæpe monuimus, perpetuum eſſe in jure noſtro, ut cum liberi naturales opponuntur liberis adoptivis, per eos ſignificentur liberi ex juſtis nuptiis procreati, *l.* 1. §. *liberos.* 6. *unde lib. l.* 1. §. 2. *de ſuis & legit. ſup. de adopt. in pr.* §. 2. *inf. de hær. quæ ab int.* quanquam matris teſtamentum etiam naturales illegitimi, adeoque ſpurii, inofficioſum dicunt. *l. ſi ſuſpecta.* 29. §. 1. *hoc tit.*

Qui ad hæreditatem, &c. alio jure veniunt, de inofficioſo agere non poſſunt] Hoc, credibile eſt, introductum 1
eſſe, ut quoad fieri poſſet, ſalvo jure exhæredati aut præterriti, exiſtimationi teſtantium parceretur, quos querela dum quæſito colore cæcitatem mentis obtendit, revera nec humanè, 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.* Proindè, qui teſtamentum nullum, ruptum aut irritum dicere poteſt, inofficioſum non dicet; niſi fortè juſtâ 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 poſteâ de inofficioſo queri, *l. contra.* 16. *& ibi* Sichard. *C. eod.* Pari ratione liberi emancipati præteriti, quia jure honorario ad bonorum poſſeſſionem contra tabulas admittuntur, de inofficioſo agere non poſſunt, *l. ſi ponas.* 23. *eod.* In ſumma de inofficioſo 2
agere non poteſt, niſi qui omni alio auxilio tum civili tum prætorio deſtitutus eſt: quam ob cauſam querela inofficioſi ultimum dicitur adjutorium, *l. ult. verſ. nam cum ultimum. C. de lib. præt.* ἐσχάτη βοήθεια, Theoph. Sed hic jam 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 reſponſio eſt, hanc bonorum poſſeſſionem non dari patri, tanquam patri, ſed tanquam manumiſſori & patrono: nam emancipatus à parente in ea cauſa eſt, ut in contra tabulas bonorum poſſeſſione liberti exitum patiatur, *l.* 1. *in pr. d. tit.* ut patronus igitur contra tabulas agit; ut pater, querela inofficioſi. Et longè diverſa eſt iſta bonorum contra tabulas poſſeſſio ab ea, à qua excluduntur exhæredati, & ſimiles exhæredatis, præteriti, *l.* 8. *in pr. cont. tab.* quæ ad parentes non pertinet, ſed tantùm ad liberos à patre præteritos & maximè emancipatos, *l.* 1. *& paſſ. d. tit.* Conſiderandum quoque eſt, bonorum poſſeſſionem, quæ ad exemplum patroni patri datur, non eſſe remedium

ejuſdem poteſtatis, nec æquè plenum, ac querela: cum querela totum teſtamentum reſcindat, bonorum autem iſta poſſeſſio conſtitutæ tantùm 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. eod.* & 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, & hæreditatem petere viderentur. *l.* 6. §. *ult. l.* 7. *l.* 8. *in pr. hoc tit.* Cæterum ea bonorum poſſeſſio ſine re & effectu erat: neque enim ideò ſcriptis hæredibus bonorum poſſeſſio auferebatur, *l.* 2. *C. eod.* cujus rei etiam ſupra meminimus *ad* §. *pr. hujus tit.*

3 *Poſtumi quoque, qui nullo alio jure*] Conſtat, jure veteri liberos omnes exhæredatos pari hac in re conditione fuiſſe, ut nec jure civili nec prætorio teſtamenta parentum turbarent, unamque tantùm illis ſuperfuiſſe querelam inofficioſi teſtamenti, *l.* 8. *in pr. cont. tab.* Idque ita erat, ſive cauſæ ingratitudinis teſtamento adſcriptæ eſſent, ſive non eſſent; ſive conſtaret liberos ingratos non fuiſſe, ſive conſtaret, ne ingratos quidem eſſe potuiſſe: ideoque in infante quoque exhæredato valebat teſtamentum, neceſſariaque erat exhæredato inofficioſi querela: quod jus à Juſtiniano quoque confirmatum. *l. ſi quis.* 33. §. 1. *C. hoc tit.* Poſtumo non tantùm exhæredato, verùm etiam præterito valebat ab initio teſtamentum: ſed præteritus alio jure veniebat, quia nativitate ejus rumpebatur teſtamentum: exhæredatus non rumpebat, ſed ad reſcindendum teſtamentum non ei minus, quàm cæteris liberis exhæredatis, querela opus erat. Hoc itidem jus confirmavit Juſtinianus *l. omnimodo.* 30. §. 1. *C. eod. & hoc noſtro* §. Pro exhæredatione reputamus etiam eam præteritionem, quæ à matre aut avo materno facta eſt, §. *ult. ſup. de exhær. 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 *dict. Nov.* teſtamentum ipſo jure nullum eſt; cum liberi, in quos cadere poteſt ingratitudo, exhæredati ſunt ſine expreſſione juſtæ cauſæ ingratitudinis, multò magis ubi nulla eſſe poteſt exhæredationis cauſa, ut in infante & poſtumo, teſtamentum his exhæredatis nullum erit, aut agnatione poſtumi rumpetur; 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 exhæredari juſtis de cauſis, eaſque adſcribi; cæterum non ut teſtamentum ab initio conſtet, ſed ut ſi contra factum ſit, reſcindatur, ne exhæredatio noceat; caveatque nominatim, ne noceat ſolis liberis, non ut aliis ea proſit; quod futurum eſt, ſi, teſtamentum non reſcindi, ſed nullum eſſe, dicimus. Quamobrem ſtatuimus etiam, poſt *d. Nov.* dummodo liberi, quicunque erunt, ritè ſint exhæredati ſecundum formam juris veteris, quamvis nulla ſit cauſa exhæredationis, aut non ſit adſcripta, jus antiquum manere, & querelam ſolam exhæredatis dari, etiam poſtumis & infantibus. Pluribus argumentis, quibus hæc ſententia ſtabilitur, uſus ſum *ad pr. hujus tit.*

TEXTUS.

De eo, cui teſtator aliquid reliquit.

3. *Sed hæc ita accipienda ſunt, ſi nihil eis penitus à teſtatoribus teſtamento relictum eſt. Quod noſtra conſtitutio ad verecundiam naturæ introduxit. Sin verò quantacunque pars hæreditatis, vel res, eis fuerit relicta, de inofficioſo querela quieſcente, id quod eis deeſt, uſque ad quartam legitimæ partis repleatur, licet non fuerit adjectum, boni viri arbitratu debere eam compleri.*

NOTÆ.

3. *Noſtra conſtitutio ad verecundiam naturæ*] Ipſorum parentum gratia: nam cujus teſtamentum inofficioſum dicitur, ejus opinio læditur & pudor ſuggillatur, dum inſimulatur dementiæ. Plin. 5. *Epiſt.* 1. conſtitutio eſt, *l.* 30. *C. hoc tit.*

Quod deeſt repleatur] Condictione ex *d. l.* 30. quæ actio diverſa eſt ab illa de inofficioſo. Condictio illa perpetua eſt, atque ad hæredes tranſmittitur; querela finitur quinquennio, *l.* 8. §. *ult. & l. ſeq. eod. l.* 34. *C. eod.* nec tranſmittitur, niſi præparata, *l.* 6. §. *ult.* cum 2. *ll. ſeqq. eod.* illam excludit agnitio relicti, hanc non item.

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 ſuppletionem. Paul. 4. *tit.* 5.

COMMENTARIUS.

1. *Jus vetus, & quatenus ab eo paulatim receſſum conſtitutionibus Juſtiniani?*
2. *Auctio portionis legitimæ, & an ea quoque ad parentes & fratres pertineat?*
3. *An ut augeri & minui legitima poteſt, ita & in totum tolli?*
4. *Si minus legitima relictum, quâ actione, quod deeſt, petatur? & quibus rebus ea actio differat à querelâ inofficioſi?*

IN hoc loco explicando multum operæ Weſembecius poſuit; alii, ut Vigl. Mynſ. Hotom. leviter tantùm eum perſtrinxerunt. Difficilem ſanè reddit crebra juris mutatio. Veteres juris auctores putaverunt, teſtamentum, in quo debita legibus portio iis, qui queri poſſunt, relicta eſſet, pro inofficioſo aut contra pietatem facto habendum non eſſe. Cæterum, ut id ab expugnatione immune eſſet, totam legitimam, id eſt, quartam integram debitæ portionis,

nis ab inteſtato, ex judicio defuncti, eos habere voluerunt, ſive in hæreditate, ſive in legato aut fideicommiſſo. *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 arbitratu repleri poterat. *l. ſi non mortis.* 25. *eod.* Paulus quoque *lib.* 4. *ſent.* 5. ſcribit, filium ex minore parte inſtitutum, cui fratres cohæredes dati ſint, jure deſiderare, ut portio debita ſuppleatur, citra inofficioſi querelam, unde ſimul apparet, adjectis extraneis ſecus fuiſſe. *fac. l.* 3. *C. hoc tit.* Illud omninò certum eſt, quando teſtator nominatim caviſſet, ut ſi minus relictum eſſet, ſuppletio ad modum quartæ fieret, tunc ceſſante querela, id ipſum boni viri arbitratu hæredem ſupplere debuiſſe, *l.* 4. *C. Theod. eod.* Illud igitur hic apprimè notandum, olim ita jus fuiſſe, ut non tam ipſa exhæredatio aut præteritio querelæ faceret locum, quam quartæ ſive legitimæ portionis per exhæredationem aut præteritionem ademptio: atque hinc eveniſſe, ut & is, cui exhæredato pars legitima relicta eſſet, à querela repelleretur, & is, qui ex minore parte, quam quæ legitimam conficeret, hæres inſtitutus eſſet, datis cohæredibus, admitteretur ad querelam, ut perſpicue probat d. locus Pauli, & Ulpiani quoque in *d. l.* 8. §. *quarta.* 9. quod, quia in principio omiſſum 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 expreſſe voluit, id eſt, querelam inofficioſi locum habere, cum nihil exhæredatis aut præteritis teſtamento relictum eſt, §. 1. *d. l. omnimodo. & l. ſeq.* At ſi ei, qui queri poterat, aliquid relictum ſit vel in hæreditate, vel in legato aut fideicommiſſo, id ſatis Imperatori viſum eſt ad excludendam querelam confirmandumque teſtamentum; jubetque hoc caſu id, quod deeſt, uſque ad portionem legitimam ſuppleri, licet teſtamentum adjectum non fuerit, ut boni viri arbitratu ſuppleretur. *d. l. omnimodo. in pr.* quod etiam repetit *l. quæ nuper.* 31. *& aliquot ſeqq. C. eod.* & exprimit hoc §. Loquitur generaliter, profiteturque, ſe hoc conſtituiſſe, ut amputaret innumerabiles occaſiones ſubvertendi ultimas hominum diſpoſitiones, atque in eo reſpexiſſe ad verecundiam naturæ. Ac proinde Weſembecio aſſentiendum non eſt, qui arbitratur, in una tantum ſpecie, cum ſcilicet nominatim aliquid in quartam ſeu pro legitima relictum eſt, correctioni conſtitutionis & ſuppletioni locum eſſe: ſin autem ſimpliciter quid relictum ſit, queri etiamnum exhæredatis licere, nec d. conſtitutionem refragari. Alia conſtitutione Imperator ſancivit, ut, etſi quis relictum aut inter vivos ſibi donatum, ut id ei in quartam imputaretur, poſt obitum defuncti agnoverit, aut retinuerit, non idcirco tamen impediretur actione expletoria id, quod legitimæ deeſt, perſequi; niſi agnoſcens adjecerit, nullam ſibi ſupereſſe de repletione quæſtionem. *l. ſi quando.* 35. §. 2. *&* 3. *C. eod.* Noviſſimo jure non tam debitæ portionis per exhæredationem ademptio, quam ipſa exhæredatio, per ſe querelam inducit: adeo ut quamvis quartam liberi aut parentes habeant, ſi tamen immerenter reperiantur exhæredati, 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 proſiliant ad impugnanda ac reſcindenda teſtamenta parentum, quorum ut perſona, ita & voluntas ſancta iis eſſe debet: & in univerſum, ut aliorum quoque pudori conſulatur, nec tam crebra ſit occaſio ſuprema hominum judicia evertendi, tanquam impia atque inhumana, quæſito colore ac prætextu furoris, *d. l. omnimodo. in pr. C. 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 exhæredatis per legatum aut fideicommiſſum aliquid relictum eſſet, quantumvis minus legitima portione, querela amplius competit; ſed iis ſolis, quibus nihil omnino relictum erat neque in hæreditate, neque in re alia. *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 exhæredati ſunt, ut alio remedio attentari aut infirmari non poſſint, quam ſubſidiario querelæ. §. 2. *præc.*

Ad quartam legitimæ partis] Legitimam partem hic vocat totam illam portionem, quæ jure legitimæ ſucceſſionis ex bonis defuncti liberis, parentibus, fratribus debetur. Plerumque tamen ipſa quarta, ad quam in propoſito repletionem fieri vult, legitima dicitur, item debita portio, & debitum bonorum ſubſidium, *l.* 8. §. *unde.* 11. *h. t. l.* 5. *C. de inoff. don.* Græcis τὸ νόμιμον μέρος. 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 quâ lege modus hujus portionis ſic definitus ſit, non liquet. Juſtinianus quantitatem auxit in liberis, proque quarta ſubſtituit tertiam, in liberis pluribus quatuor etiam ſemiſſem, *Nov.* 18. quod augmentum, etiam ad parentum legitimam ratione trientis pertinere ſtatuunt comm. DD. hic & in *auth. noviſſima. C. hoc tit.* Graſſ. §. *legitima, quæſt.* 9. & Magiſter apud Harmen. *lib.* 5. *tit.* 9. §. 14. Nonnulli etiam ad fratres totum incrementum proportionaliter porrigunt. Quos ſequitur Fachin. 4. *contr.* 28. 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, nepo-

tes, pronepotes, postumi omnes, tum in paterna tum in materna linea, adeoque in hac etiam liberi naturales, uti titulus apertè significat, & benè observavit Vaudus *lib. 1. var. quæst. 50.* Usus tamen augmentum
3 admisit in parentibus. Porrò hæc constitutio Justiniani occasionem DD. dedit quærendi, utrum quemadmodum legitima augeri & minui lege civili potest, ita possit & in totum tolli? Vulgò sic censent, liberorum & parentum legitimam mutari tantùm posse, tolli non item; fratrum posse & tolli: utunturque hoc argumento, quod liberis & parentibus legitima debeatur jure naturæ, fratribus ex sola dispositione juris civilis. Mynsi. 5. *obs.* 43. & 6. *obs.* 44. Gail. 2. *obs.* 122. Covar. *in 4. decretal. p. 2. cap. 8. §. 6. num. 5.* Grasl. *§. legitima. quæst. 2.* Chiflet. *de port. leg. cap. 3.* Schneid. *hic, numero 10.* Sed primum insubtile est, quod quæstionem proponunt de ipsa legitima: siquidem quod legitima propriè & formaliter dicitur, nempe certa illa & definita quantitas, cum sit ex jure civili, eodem jure quoque tolli potest, id est, sanciri; ut nomine legitimæ non amplius talis portio, sed alia veniat: ideoque potius de jure succedendi in universum quærendum fuerat. Quod etiam ipsos sensisse existimo, sive, quod res ipsa ostendit, cum legitimam ajunt humanis legibus tolli non posse, id sic capiendum est, quatenus in legitima insunt alimenta necessaria. Nam utique quod supra est, tolli potest, non repugnante natura. Deinde male in proposito parentes liberis exæquant. Tota igitur disputatio & quæstio huc redit, an lege civili effici possit, ut ne liberi parentibus, parentes liberis, fratres fratribus succedant? idque duobus modis intelligi potest; primo an effici possit, ut non succedant omnino? id est, etsi quis ex his personis intestatus decesserit; secundo, an posito, quod ab intestato succedant, à successiona ista excludi possint per exhæredationem 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 quædam tacita liberis parentum hæreditatem addicit, velut ad debitam successionem eos vocando, l. 7. de bon. damnat.* cui simile est, quod Plutarchus in libello elegantissimo de prolis amore scriptum reliquit, liberos hæreditatem, ut sibi debitam, ὡς ὀφείλημα, exspectare. *Sanguini honorem reliquit*, ait Val. Maximus de Q. Hortensio, qui filiam sibi minus probatam hæredem scripserat, *l. 5. cap. 9.* Papinianus in *l. 7. in fin. unde lib.* scribit, liberis parentum hæreditatem deberi *propter naturæ simul & parentum commune votum*; id est, liberos sequi hæreditatem partim ob præcisum debitum naturale, partim ex conjectura naturali, qua parentes creduntur id velle, ut liberis quam optime prospectum sit: nimirum creduntur parentes liberis, ut corporis sui partibus, non tantum de necessariis, sed & de his, quæ ad vitam suavius honestiusque transigendam pertinent, quam uberrime voluisse prospectum. Quæ cum ita sint, lex civilis efficere non potest, ut liberi in totum & simpliciter à successione parentum excludantur. Cæterum non est iniquum, ut hic tribuatur aliquid rationi civili & studio familiarum conservandarum, ac propterea alii aliis potiore conditione in successione censeantur, & masculi fœminis agnati liberis emancipatis, & liberis in successione matris anteponantur, dum ne liberi fraudentur necessariis alimentis, quæ præcisè natura debentur. Parentes vero, quos ad bona liberorum non naturæ & liberorum commune votum, sed sola ratio miserationis admittit, *dict. l. 7. in fin. unde lib. l. 15. in pr. de inoff. test.* facilius excludi possunt. Nam & ante Senatusconsultum Tertullianum mater non admittebatur, & post id Senatusconsultum eam excludebant fratres consanguinei, & parentibus omnibus aliquando fratres prælati, non consanguinei tantum, verum etiam uterini, *l. 4. C. de bon. quæ lib. l. 2. C. ad Senatusconsf. Tertull.* & apud nos in parte Hollandiæ Australi, altero parente mortuo, parens superstes excluditur à successione liberorum à cognatis per defunctum parentem, juxta illud, quod vulgo dici solet, *Paterna paternis, materna maternis.* Similiter & fratres removeri à successione possunt, admissis aliis, sicut pater olim non tantum ut manumissor, sed etiam ut pater, in successione filii emancipati fratribus prælatus fuit. qua de re uberius agemus *inf. lib. 3. tit. 1. & 3. seqq.* De altero sic censeo, posse tale jus constitui, ut parentes & fratres, quamvis ad successionem ab intestato vocentur, impune præteriri aut summoveri possint, neque necesse esse his aliquid pro legitima aut in alimenta relinquere, nisi lex aliqua humana id jubeat: quippe cum hæc non sic parentibus & fratribus, uti liberis, debeantur; sed tantum ratione officii & commendatione pietatis. Neque verum est, quod post DD. vulg. Mynsing. *6. obs. 44.* asserit, parentum legitimam ita causam habere radicatam in jure naturali, ut lege humana tolli nequeat. Liberorum vero legitima civili lege in totum tolli nequit, hoc est, jus civile efficere non potest, ut liceat parentibus liberos suos sine justa causa à tota sua successione repellere, ad quam lex naturalis, quasi debitam, & quidem præcisè ratione alimentorum, eos vocat, *arg. d. l. 7. de bon. damn.* junct. *l. 6. de just. & jur.* add. Oswald. Hillig. *in lib. 19. comm. Donell. cap. 4. & ibi alleg.* Paul. Buf. *ad l. 8. §. si quis mortis. numero 11. & sequentib. hoc titul.* Grot. 2. *de jur. bell. & pac. cap. 7. numero 4. & sequentib.*

Repleatur] Qua vero actione repletio ejus quod deest petetur, utrum actione ex testamento, an qua alia, puta petitione hæreditatis, aut judicio familiæ erciscundæ, aut potius condictione ex lege Justiniani? Et 4
si quidem filium ponimus exhæredatum adscripto legato, certum est actionem familiæ erciscundæ aut petitionem hæreditatis hic competere non posse. Probabiliter autem defendi potest, agi posse ex testamento, & quod deest tanquam legatum peti, maxime si testator id suppleri jusserit: quanquam etsi nihil dixerit, idem probari potest, quasi id potius voluerit, quam testamentum rescindi. At si institutus sit filius, quod ad excludendam querelam hodie necessarium esse docebimus *§. ult. inf. eod.* hic si ex parte aliqua hæreditatis institutus sit, poterit & petitione hæreditatis & judicio familiæ erciscundæ nomine supplementi experiri, quia scilicet pro parte hæres est: sin institutus sit in re certa, quod eodem loco ostendemus

demus nunc ſufficere ad excludendam querelam, hic non videtur locus eſſe judicio petitionis hæreditatis aut familiæ erciſcundæ, ſed tantum actioni ex teſtamento: quoniam qui certæ rei hæres ſcriptus eſt, dato cohærede, legatarii loco habetur, *l.* 13. *C. de hær. inſt.* Cæterum dubitationis omnis tollendæ cauſa, tutius fortaſſis erit admittere condictionem ex lege. Quod etiam crebrius placuit. Vulgo condictionem hanc actionem ad ſupplementum vocant, notantque triplicem inter eam & querelam de inofficioſo differentiam. Prima eſt, quod querela taciturnitate quinquennii, ab adita hæreditate computandi, extinguitur, *l.* 8. §. *ult. & l. ſeq. hoc tit. l.* 16. *l. ſi quis.* 34. *in fine. l pen.* § 2. *C. eod.* hæc actio ſive condictio ex lege, ut favorabilis, perpetua eſt, id eſt, durat annos triginta; qui terminus eſt actionum omnium in perſonam. *l.* 3. *C. de præſcr.* 30. *an. deciſ.* 3. *Cur. Holland.* Altera, quod querela (quippe quæ inſtar eſt actionis injuriarum, *l.* 8. *in pr. hoc tit.*) excepto caſu *d. l. ſi quis* 34. *C. eod.* in hæredem non transmittitur, niſi præparata; actio hæc etiam non præparata tranſeat. Tertia, quod, qui agnoſcit, quod ſibi teſtamento relictum eſt, querelæ 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 admiſit Bartolus, ſed reliqui omnes admiſerunt, teſtibus Vigl. Mynſing. & Weſemb. *hic.* Gail. *lib.* 2. *obſ.* 120.

Textus.

Si tutor, cui nihil à patre relictum, pupilli nomine legatum acceperit.

4. *Si tutor nomine pupilli, cujus tutelam gerebat, ex teſtamento patris ſui legatum acceperit, cum nihil erat ipſi tutori relictum à patre ſuo: nihilominus poterit nomine ſuo de inofficioſo patris teſtamento agere.*

Notæ.

4. *Si tutor, &c. legatum acceperit*] Repellitur ab inofficioſi querela, qui exhæredatus legatum ex teſtamento percepit, aut petenti advocationem præbuit. Agnoviſſe enim judicium defuncti videtur, *l.* 8. §. 10. *l.* 10. §. 1. *l.* 12. *l. ult. eod. l.* 8. §. 1. *C. eod.* Tutorem autem neceſſitas officii excuſare debet, qui id totum alii adminiſtravit, *d. l.* 10. §. 1. *l.* 22. *de his qua ut indign.*

Textus.

Si de inofficioſo nomine pupilli agens ſuccubuerit.

5. *Sed ſi è contrario pupilli nomine, cui nihil relictum fuerat, de inofficioſo egerit, & ſuperatus eſt: ipſe tutor, quod ſibi in teſtamento eodem legatum relictum eſt, non amittit.*

Notæ.

5. *Sed ſi è contrario*] Qui voluntatem defuncti ſive ſuo ſive alieno nomine dicit inofficioſam, legatum ſibi relictum perdit: impugnavit enim judicium 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 judicium impugnare, & ideo retinet defuncti voluntatem, *l.* 24. *de his qua ut ind.*

Commentarius.

1. *Effecta agnitionis & oppugnationis judicii defuncti.*
2. *Hæc effecta ad eos non pertinere, qui ex neceſſitate officii alieno nomine agnoſcunt aut impugnant.*
3. *Collatio juris veteris & novi, atque in hac parte differentiæ.*

QUi judicium defuncti agnoſcit, puta quod ſibi datum eſt, percipiendo, hoc ipſo teſtamentum comprobare intelligitur & querelæ renunciare, *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 fiſco vindicatur, quaſi indigno ablatum, *d. l.* 8. §. *meminiſſe.* 14. Nec intereſt, utrum quis nomine proprio judicium agnoverit, inofficioſumve dixerit, an alieno, dummodo id fecerit ſponte, nec ulla neceſſitate officii cogente, veluti ſi advocationem præbuerit, *dict. l. ult. in pr.* Cui non obſtat, quod filius patroni, qui advocationem accuſatori liberti præſtitit, non repellitur à bonorum poſſeſſione liberti: *l. qui cum.* 14. §. *ſi patroni.* 9. *de bon. libert.* nam jus bonorum poſſeſſionis liberti, quod patrono & liberis ejus ex edicto competit, non aliter patronus aut liberi 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 exhæredati, non quia accuſare teſtamentum intelligitur, ſed quia accuſationem opera juvando intelligitur improbare judicium defuncti; quod ſatis eſſe viſum eſt ad amiſſionem legati, advocato relicti ab eo quem furoris arguit. Cur 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 judicium. Vinn. Sed hæc recte intelligenda. *Qui teſtamentum jure factum negat, de jure diſputat*: an ſcilicet ea ſint obſervata ſollemnia, quæ jus exigit? *non autem impugnat judicium*, eo colore, quod teſtator fuerit emotæ mentis, adeoque nec ulla injuria adficit defunctum, quemadmodum ille, qui inofficioſi inſtituit querelam. Hein. Quod ſi quis ex neceſſitate officii ea, quæ diximus, fecerit nomine alieno, excuſatus eſt. Exemplum hoc §. proponitur in tuto-

res:

re: 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. dict. l. 5. §. advocatum. 23. de his quæ ut indign.* Sive igitur tutor, cum ipſe exhæredatus eſſet à patre, legatum petierit, aut perceperit ex teſtamento, nomine pupilli, cujus tutelam gerit, ſive è contrario pupilli exhæredati nomine de inofficioſo egerit & victus ſit, neque hoc caſu, quod ad ſe attinet, teſtamentum improbaſſe, neque illo probaſſe intelligitur, ſed hæc feciſſe ex neceſſitate officii & fide, quæ excuſata eſſe debet: ac proinde illo caſu non prohiberi ſuo nomine de inofficioſo agere, hoc caſu legatum ſibi relictum petere. *l. adverſus. 30. §. 1. hoc tit. l. tutorem. 22. de his quæ ut indign.* Similis priori caſus eſt in *l. cum quædam. 26. C. de adm. tut.* Porro autem quod ante diximus, agnitionis judicii defuncti hanc vim eſſe, ut querela amittatur, hoc etiam pertinet ad petitionem reliqui. Sed tenor juris antiqui novis ſubinde conſtitutionibus mutatus eſt. Quod miror neminem interpretum hoc loco annotaſſe. Olim quacunque in re judicio defuncti agnito & querela amittebatur, & jus petendi reliqui, non ſolum in hæredis inſtitutione, ſed etiam in legato, ſive id tanquam ſibi legatum exhæredatus peteret, ſive relictum alii, illius nomine, peteret defenderetve, ſive relictum à legatario acciperet, aut etiam aliquid caperet mortis cauſa: nec referebat, per ſe caperet, an per alium, per textus *ſupra 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 conducendove, aut ſolvendo, quod defuncto debuit; cujus generis item eſt, ſi quid conditionis implendæ cauſa ab hærede acceperit; (quibus omnibus factis hæres ſcriptus pro hærede agnoſcitur, *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 hactenus 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 complectar omnem juris veteris & novi in hac parte differentiam, triplex diſcrimen obſervetur. Primum hoc eſt. Olim, ſi minus legitima relictum eſſet, licebat repudiato legato agere de inofficioſo: hodie non licet, ſed legato admiſſo agitur ad ſuppletionem. Secundum eſt. Olim agnitio legati etiam rei minimæ excludebat non 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 juſſus 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 advocationem præſtando aut aliis modis, placebat olim ceſſare querelam, quaſi judicio 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. 14. C. de fideic.* Verum commutata eſt ratio juris, poſteaquam placuit, reſciſſo quoad inſtitutionem teſtamento, legata poſſe conſiſtere. *auth. 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 judicium agnovit, de inofficioſo ſuo nomine queri, ut bene diſputat Don. 19. *comm. 6.*

TEXTUS.

De quarta legitimæ partis.

6. Igitur quartam quis debet habere, ut de inofficioſo agere non poſſit, ſive jure 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.

NOTÆ.

6. Quartam 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 ἐπὶ ἀδελφῶν. *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

in particula aliqua assis vel etiam in re certa institutos esse, & si quid ad portionem legitimam deerit, id querela cessante condicetur actione suppletoria. *d.* §. 5.

Iis tantummodo casibus] Cujac. huc trahit duos casus *l. pen.* §. 1. *C. de collat.* sed ex vitiosa, ut Bachovio videtur, collectione, Constitutio est *l.* 30. *C. h. t.*

In nostris constitutionibus] Non extant. Et forte *nostris* irreptitium est, fac. *l.* 17. *C. de collat.* junct. *l.* 29. *C. h. t.* quarum altera Leonis, altera Zenonis est.

Pro virili portione quarta] Hodie tertia, aut dimidia pro numero liberorum. *Nov.* 18. Igitur si verbi causa duo sint liberi, singulorum portio legitima erunt duæ unciæ: si sex, uncia.

COMMENTARIUS.

1. *Refellitur insignis quorundam error.*
2. *Jure Digest. & Cod. querelæ locum non patuisse, legitima quocunque 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 interfit, titulo institutionis legitima relinquatur, an quo alio?*

INtolerabilis eorum error est, qui ex hoc §. colligunt, filium, etiam non legitime exhæredatum, modo ei quocunque titulo legitima relicta esset, jure antiquo queri debuisse de inofficioso, nec alio jure ad bona patris venire potuisse. Quid enim certius, quam præterito filio, qui erat in potestate, testamentum ipso jure nullum fuisse; emancipato præterito datam bonorum possessionem contra tabulas? Nec eo minus pro præterito habebatur, testamentumve nullum erat, aut per bonorum possessionem everti poterat, quod quarta debitæ portionis, aut etiam multo amplius, præterito legatum fuerat. Nam utrum filius præteritus esset, necne, non ex legati datione: sed ex institutione aut exhæredatione æstimabatur, omnesque præteriti censebantur, qui neque hæredes instituti erant, neque ut oportet, exhæredati, §. *eadem.* 12. *inf. de her. quæ ab int.* Itaque quod Ulpianus ait, in *l.* 8. §. *si quis.* 6. *hoc tit.* secure 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 confirmat, 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 adscendentium præteritio pro exhæredatione reputatur, ut sæpe dictum est.

Sive jure hæreditario, sive jure legati, &c.] In explicatione hujus tituli excusata esse debet ejusdem rei inculcatio. Jure veteri liberis exhæredatis, aut præteritis, non tam ideo querela dabatur, quia exhæredati aut præteriti erant, quam quod per præteritionem aut exhæredationem privati quarta seu legitima portione. Ea autem relicta, ut nulla amplius censebatur iniquitas, ita cessabat querela, manebat efficax exhæredatio & firmum testamentum. Cui erat consequens, ut querela excluderetur non 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 dedisset, eum 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: novissime vero ab eo recessit *Nov.* 115. *c.* 3. & 4. Cæterum de eo plura inferius.

Vel inter vivos iis tantummodo casibus, &c.] Si quid inter vivos simpliciter donatum fuerat, etiamsi quartam adæquaret, per hoc non excludebatur querela; contra vero si hac contemplatione datum erat, ut in quartam haberetur. *l. si non mortis.* 25. *hoc tit.* Hoc abrogavit Justinianus ea constitutione, cujus hic meminit, nimirum. *l. si quando.* 35. §. 1. *C. eod.* Sanxit enim, ut si quid liberis à patre inter vivos donatum sit, etsi ea lege ut hoc in quartam reputent, atque adeo ut renuntient querelæ, & renuntiaverint, nisi tamen patris judicium post mortem ejus agnoverint, aut cum scriptis hæredibus transegerint, manere nihilominus jus integrum testamentum patris arguendi, nec pactum cum patre factum nocere liberis, qui ex sententia Papiniani meritis magis ad obsequia paterna provocandi, quam pactionibus adstringendi sunt. D. Cujacius putat intelligi *l. pen.* §. 1. *C. de collat.* ubi Justinianus sancit, ut duobus casibus donatio simplex in collationem veniat; si ea lege à patre facta sit, ut conferatur; si facta sit in compensationem dotis aut donationis propter nuptias, quam unus è liberis accepit: ex quo colligit Cujacius, donationem inter vivos duobus istis casibus in quartam imputari. Sed vitiosa omnino est hæc collectio, atque è diametro pugnat cum *d. l. si quando.* 35. §. 1. *C. hoc tit.* Ac tametsi verum est, omnia, quæ in quartam imputantur, in collationem venire, non idcirco tamen è converso quæcunque veniunt in collationem, computantur in quartam: quod perspicuè ostendit *d. l. pen. in pr. C. de collat.* ut adeo eâd. l. quam Cujacius adducit, refellatur ipsius collectio. Et nimirum collatio facilius admissa est, ut æqualitas inter liberos in successione ab intestato servaretur, quam filii exhæredati exclusio à querela: quem ob casum Justinianus expresse noluit per donationem inter vivos, licet ea conditione factam ut in quartam computaretur, filium à querela excludi, nisi judicium patris post obitum ejus agnovisset, *d. l. si quando.* 35. §. 1. & 2. *C. h. t.*

Vel aliis modis, qui in nostris constitutionibus] Hæ constitutiones fortassis priori Codici insertæ fuerunt: in posteriore enim, quem solum habemus, nulla Justiniani reperitur constitutio, quæ huc pertineat: nisi dicimus, verbum *nostris* irreptitium esse & delendum. Sanè Cujac. & Hotom. id non agnoscunt, & à plurimis libris abesse testatur Pacius. Fac igitur hic ita scriptum esse, *aliis modis, qui constitutionibus continentur.* Quinam ergo isti modi sunt præter legatum, fideicommissum & donationem mortis causa, quibus liberi quarta à parentibus accepta constitutionibus à querela repelluntur?

tur? Dos & donatio propter nuptias, quam utramque cum Leo conferri à liberis jussisset, *l. ut 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 titulo hæredis; ut jam non tam quæratur, an legitimam habeant, quam an instituti sint, aut justè à successione summoti. Patet hoc primum ex *d. Nov. cap. 3.* ubi Justinianus expressissimis verbis sancit, non licere penitus parentibus liberos suos præterire vel exhæredes facere, nec si quovis titulo particulari eis reliquerint legibus debitam portionem. Deinde ex *cap. 5. ejusdem Nov.* ubi testatur, hanc suæ serenitatis intentionem esse, ut à liberis & parentibus injuriam exhæredationis & præteritionis auferat. Atqui non auferetur ista injuria, sed manet adhuc, si adhuc liceat immerentes liberos & parentes exhæredare aut præterire, etiamsi eis legitima titulo aliquo particulari relinquatur. Tunc solum nulla injuria manet, si aut instituantur aut meritis de causis exhæredentur: unde DD. vulgo ajunt, legitimam hodie titulo institutionis esse relinquendam, Clar. §. *testamentum. quæst. 38.* Grass. §. *legitima. quæst. 32.* At enimvero necesse non est, ut institutio fiat in universa legitima, sed sufficit vel in particula aliqua assis, vel etiam ex rebus certis 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, inquies, 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, nullasque actiones hæreditarias aut exercet aut excipit. *l. 13. C. de hær. inst. §. si quis. 9. inf. de fideicomm. hær.* Jam vero si nihil refert, legatum alicui detur, an in re certa hæres instituatur addito vero hærede, nec magis hoc, quam illo modo fiat, ut hæres sit, frustra Justinianus fuit, existimans, injuriam præteritionis aut exhæredationis tolli, si modo hæres quis nuncupetur vel ex re certa, vel simpliciter & certis rebus deductis rogetur hæreditatem restituere. Nam si hæres non fit, 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 5
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 hæreditarii, licet minima, vel utique in ipsa legitima, quam pro triente, semisse aut quadrante nihil accipi vetat, hæredes instituantur. 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. Jas. & DD. *in d. l. 13. C. de hæred. instit.* eum, qui in re certa institutus est, mixtæ cujusdam conditionis & naturæ esse, mediæque inter hæredem & legatarium: unde & hæredis nomen retineat, & rem, in qua institutus est, propria auctoritate apprehendere possit; quodque præcipuum est, jus etiam 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. *tractat. de jur. accr. cap. 8.* Bartolus *d. loc.* ait, in re certa institutum rei istius respectu pro legatario censeri, 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. quæst. 8. num. 3.* Deckher. *lib. 1. diss. 8. num. 21.* Christinæum *vol. 4. decis. 11. n. 5. & vol. 2. decis. 170.* Bachov. *vol. 2. disp. 12. th. 1.*

Ut ea pro rata distribuatur] Itaque si unus sit filius, is habere debet quartam partem totius substantiæ, id est, tres uncias; si duo, singuli sescunciam, & sic porro, ut virilis singulorum portio sit quarta ejus partis, quam ab intestato habituri essent. *l. 8. §. 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 omnibus relinquendus, id est, dimidia ejus partis, quæ jure legitimæ successionis debetur. Quare si verbi causa sex erunt liberi, legitima singulorum erit uncia.

TI-

TITULUS DECIMUSNONUS.

DE HÆREDUM QUALITATE ET DIFFERENTIA.

Dig. Lib. XXIX. *Tit.* II. *C. Lib.* 6. *Tit.* 31.

Continuatio & argumentum tituli.

SI teſtamentum ab initio rectè factum fuerit, neque poſtea infirmatum, ſecundum ea, quæ ſuperioribus titulis expoſita ſunt: incipit poſt mortem teſtatoris deferri teſtamento hæreditas, ut jam ad acquiſitionem ejus nihil ſuperſit præter ſuſceptionem; quæ ex duabus partibus, quibus acquiſitionem hæreditatis conſtare diximus, ſub §. *ult. ſup. per quas perſ. cuiq. acq.* altera eſt. Quamvis autem eadem ſit ratio acquirendæ hæreditatis ab inteſtato delatæ, atque ex teſtamento: tamen cum diſſeruiſſet 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.*

TRimembris hæc hæredum diviſio ex duabus bimembribus conflata eſt, more noſtris uſitato. Sic autem revocabitur, ut dicamus, hæredum alios eſſe neceſſarios, alios voluntarios; & illorum alios neceſſarios ſimpliciter, alios neceſſarios & ſuos. Rectius vero neceſſariis hæredibus opponimus voluntarios, quam extraneos, *arg. l.* 12. *de cond. inſt. l.* 15. *& ſeq. de acq. hær. l.* 3. §. 3. *de hær. inſt.* quippe extranei ad diſtinctionem ſuorum magis dicuntur, non conſiderata in eis neceſſitate, *l. ſi alienum.* 49. §. 1. *de hær. inſt. l.* 6. *in pr. de injuſt. rupt. l.* 6. *de vent. in poſſ. mitt.* §. *cum autem.* 7. *inf. de*
1 *hær. quæ ab int.* §. *poſtumo.* 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 dominii rerum paternarum, ejuſque poſt mortem patris continuatione in perſona filii, ſuitas intelligi non poteſt: cujuſmodi 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, à creditoribus poſſideantur, vel diſtrahantur, vel inter eos dividantur. Pro hoc tamen incommodo illud ei commodum præſtatur, ut ea, quæ poſt mortem patroni ſui ſibi acquiſierit, ipſi reſerventur. Et quamvis bona defuncti non ſufficiant creditoribus: iterum tamen ex ea cauſa res ejus, quas ſibi acquiſierit, non veneunt.*

NOTÆ.

1. *Pro hoc tamen incommodo*] Pro aſperſione hujus notæ, quod bona ipſius nomine à creditoribus poſſideantur, vel diſtrahantur.

Illud ei commodum præſtatur] Μισθὸς τῆς τοιαύτης ὕβρεως, merces hujus injuriæ. Theoph.

Ex ea cauſa res ejus] Cujac. Fabrot. *ex alia cauſa quas ſibi res acquiſivit*, & ita quoque Theoph. VINN. Sed nihil tamen mutandum. Oſtendit enim Juſtinianus ſervum factum heredem neceſſarium, melioris eſſe conditionis quam eum, qui bonis ceſſit: *non poſſe* enim *ex ea cauſſa res ejus, quas ſibi* poſtea aliunde *adquiſivit, venire*, quod fieri poteſt, ſi qui bonis ceſſit, ad meliorem fortunam pervenerit; ſalvo licet beneficio competentiæ. *l.* 4. *l.* 6. *l.* 7. *ff. de ceſſ. bon.* HEIN.

COMMENTARIUS.

NEceſſarius hæres eſt ſervus, *&c.*] Neceſſitatis hujus cauſa eſt dominica poteſtas. Cur enim non liceret hæredem neceſſarium facere, quem licebat occidere? *arg. l. in ſuis.* 11. *de lib. & poſt.* Non ait, inſtitutus cum libertate; quod olim ex plurium ſententia neceſſarium erat, ut valeret inſtitutio, ſed ſimpliciter,

institutus: quia etiam omissâ datione libertatis à domino institutum, liberum & hæredem necessarium esse voluit. *l. pen. Cod. de nec. serv. hær. inst.* §. 2. *sup. qui & ex quib. ca. man. & sup. de hær. inst. in pr.* Absolutè igitur necessarius hæres est servus à domino hæres institutus; sed scilicet, si in eadem causa manserit. Nam si à vivo testatore manumissus fuerit, sua voluntate hæres fit: si alienatus, novum dominum adeundo hæredem facit. §. 1. *sup. de hær. 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 circa ullam aditionem creditoribus hæreditariis obligatur, perinde ac sui hæredes & necessarii. Unde & si furiosus sit, necessarius domino hæres existit. *l. furiosus. 63. de acq. hær.* Et vel hoc solum, quod abstinendi facultas ei denegatur, *l. necessariis. 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 hær. inst.* cum ait, servum hæredem institutum à semetipso libertatem accipere: idemque traditur *in l. ex parte. 58. de acq. hær.* Perspicuus ergo Giphanii error est, qui scribit, ante aditionem neque liberum fieri, neque hæredem. Et vero hoc ita constitui necesse fuit, ut invitus obligaretur creditoribus hæreditariis: siquidem ut quis præcisè adeat hæreditatem cogi non potest, ne servus quidem à domino. *l. 3. C. de hær. inst.* Observandum autem est, eum demum servum necessarium hæredem fieri, qui non aliunde debetur libertas. Nam si quis eum, quem ex fideicommisso manumittere debebat, testamento suo liberum & hæredem esse jusserit, placet hunc necessarium hæredem non esse: quia libertatem non tam beneficio testatoris, quam alieno, & debitam sibi, accepit. *l. si servo. 84. de hær. inst.*

Unde qui facultates suas suspectas] Indicat præcipuam utilitatem, eamque secutam consuetudinem instituendorum servorum. Utilitas in eo consistit, ut bona dominorum, qui solvendo non sunt, post eorum mortem, non ipsorum, sed servi hæredis necessarii nomine, à creditoribus possideantur vel distrahantur. Hinc orta consuetudo, ut qui facultates suas suspectas haberent, infamiam auctionis metuentes, eam hoc pacto in servos derivarent: quos pro honore delatæ sibi hæreditatis conjuncto cum beneficio manumissionis æquo animo aspersionem hujus notæ ferre convenit, uti supra quoque notatum est sub §. 1. *qui & ex quib. ca. man.*

Hoc commodum præstatur] Μισθὸς τῆς τοιαύτης ὕβρεως, Theoph. Durius culum enim fuisset, 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, desierit suus hæres esse, aut morte interceptus, aut qualibet alia ratione liberatus à patria potestate: tunc enim nepos neptisve in locum patris sui succedit. Sed sui quidem hæredes 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*] Ἐν τῷ καιρῷ τῆς τελευτῆς. Theoph. 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. rupt. §. 2. sup. de exh. lib.*

Aut qualibet, Est tamen casus, quo nepos, qui tempore mortis avi suus hæres non erat, propter præcedentem personam patris, destituto avi testamento, suus hæres avo ab intestato existit. *v. §. 7. & seq. de hær. quæ ab int.*

Prima causa liberorum] Suorum scil. hæredum. §. 2. *inf. de hær. quæ 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. p. 96.*

Prætor permittit volentibus abstinere] Quo beneficio utentes hoc consequuntur, ut quamvis creditoribus hæreditariis jure civili teneantur, tamen in eos actio non detur. *l. 57. de acq. hær.* Itaque vi ipsa prætor ex necessariis voluntarios fecit; non tamen extraneos, quia, quod ipsis commodum, sui adhuc manent. §. 3. *inf. de hær. quæ ab int.*

COM-

COMMENTARIUS.

1. *Plenius & planius, quam vulgo, ſui hæredes deſcribuntur.*
2. *Verbum hoc* ſuus hæres *non eſſe populare & oratorium, ſed forenſe & diſciplinæ juris proprium: deque eo nonnulla non paſſim obvia.*
3. *Exponitur latiſſimè hujus nominis ratio.*
4. *Unde altera horum hæredum qualitas, nempe neceſſitas? & quid ea operetur?*
5. *Pratorem dato beneficio abſtinendi neceſſitatem ſuſtuliſſe, ſed ſalvo jure ſuitatis: & quem effectum ea res habeat?*

VEluti *filius, filia, nepos, &c.*] Qui ſint & dicantur ſui hæredes, licet non definitione aliqua, ſed exemplis hic declaretur, facilè tamen ex his, quæ traduntur, quivis per ſe brevem & explicandæ rei idoneam definitionem extruxerit. 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 antecedebat; hæc inductio 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 deſideraremus, ſi idem ſemper mortis tempus & delatæ hæreditatis eſſet: at hæc tempora non ſemper concurrunt: ex quo aliquando fit, ut qui, moriente eo de cujus 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, patrem fam. facto jure teſtamento, quod eo vivo infirmatum non ſit, deceſſiſſe, hic evenire poteſt, ut qui tempore mortis ſuus hæres non erat, poſtea ſuus hæres exiſtat, non utique ex iſto teſtamento, ſed eo deſtituto ab inteſtato: ut ecce; pater filio exhæredato extraneum hæredem inſtituit: deliberante hærede ſcripto, filius moritur; mox ſcriptus omittit hæreditatem: nepos ex illo filio ſuſceptus avo ſuus hæres erit ab inteſtato: & hic tamen tempore mortis avi ſuus eſſe non potuit propter præcedentem perſonam patris, *l. 7. unde lib. §. cum autem. 7. & ſeq. inf. de hæred. quæ ab inteſt.* ubi hoc pluribus illuſtratur. Ut igitur perfecta ſit definitio, 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 agnaſcendo fiunt avo aut proavo ſui hæredes. *§. 2. ſup. de exhær. lib. §. 2. inf. de hær. quæ 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 ſe natis, licet retentis in poteſtate avi. *Nov. 118. c. 1.* Ex quo etiam intelligimus, hodie edictum *de conjung. cum emancip. lib.* inutile eſſe.

Sed ſui quidem hæredes] Nomen ſuorum hæredum ex jure civili deſcendit, *l. ult. de bon. damnat.* hoc eſt, ex lege duodecim tabularum, *l. liberorum. 220. de verb. ſig.* 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 uſurpari, 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 ſeqq. de agn. & al. lib. Cajus Sejus teſtamento uxorem ſuam hæredem inſtituit, l. Titia. 34. §. 3. l. ult. de legat. 2.* In his enim loeutionibus 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, *Rogat te Cæſar, ut ſuas partes ſequaris.* 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 hærede ſuo centum legavit. Titia ita fidei commiſit hæredis ſui. Stipulatus eſt ſibi haredique ſuo, ire agere licere, l. 2. §. ult. de verb. obl. Si quis uti frui licere ſibi haredique ſuo ſtipulatus ſit, l. ſtipulatio. 38. §. ſed ſi. 12. d. tit.* Quintil. *lib. 5. c. 16. Quem quis hæredem 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 hæredem paritura eſt, l. 31. §. 1. de acq. hær. Fœmina ſuum hæredem non habet, l. 4. §. 2. cont. tab. Spes eſt ſuum hæredem defuncto exiſtere l. pen. §. 1. unde legit. Filius patri ſuus hæres eſt, l. 45. §. 1. de neg. geſt. Mortuo filio nepos ex eo fit avo ſuus hæres. l. 13. de injuſt. rupt.* cum ſexcentis ſimilibus. Et igitur cum dico, *Mulier ſuum hæredem non habet*, intelligor loqui ex uſu juris peculiari: cum ajo, *Sempronia hæredem ſuum rogavit, ut partem hæreditatis reſtituat Titio*, ex uſu communi. Rationem nominis mox audiemus.

Quia domeſtici hæredes ſunt] Theoph. οἰκειακοὶ, eadem ferè ſignificatione, qua domeſticum teſtimonium §. *in teſtib. 9. ſup. de teſt. ordin.* aut quaſi οἰκοθεν τὴν ἀφ' ἑαυτῶν ἔχοντες τὸ κληρονομεῖν. Οἰκογενεῖς, vernæ hæredes, qui non aliunde acciti, ſed dominati ſunt. Ita & Plin. *Panegyr. cap. 37. domeſticos* hæredes opponit *extraneis*, eoſque ait bona, non ut aliena & ſperanda, ſed ut ſua ſemperque poſſeſſa, capere.

Et vivo patre quodammodo domini] Sui hæredes ideo dicuntur, quia non alienam, ſed jam quodammodo ſuam hæreditatem accipiunt, & non magis alteri quam

quam ſibimet ipſi hæredes ſunt: unde Græcis dicuntur αὐτοκληρονόμοι, 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 & ſuperſtite κατ' ἀφαίρεσιν, & quod ſingulariter notandum, etiam vivo adhuc patre dicuntur deſinere ſui hæredes eſſe, puta ſi capite minuti fuerint, *l.* 1. §. 4. *l.* 11. *de ſuis & legit. l.* 13. *de injuſt. l.* 29. §. 12. *& ſeq. de lib. & poſt.* nimirum ideo, quia vivente adhuc patre jam quaſi quodammodo domini, patrique ſocii, participes & cohæredes ſunt, teſtimonio non ſolum noſtrorum, Pauli, *l.* 11. *de lib. & poſt.* Juſtiniani, *hoc text. & §.* 3. *inf. de hær. quæ ab int.* verum aliorum etiam ſcriptorum. Terent. *Heaut. act.* 1. *ſc.* 1. *Donec ſalvus redierit meus particeps.* Auſon. *Edyll.* 3.

Juſta quidem ſeries patri ſuccedere: verum
Eſſe ſimul dominos gratior ordo piis.

Unde paſſim in comœdiis ſervi filios dominorum, heros minores, νεωτέρους δεσπότας, vocant. Telemachi ſubulcus dicitur, qui erat Ulyſſis, *Odyſſ. ρ.* Servus Abrahami Iſaacum vocat dominum ſuum, *Geneſ.* 24. *v.* 65. Atque hinc eſt, quod patre mortuo non tam novam & alienam hæreditatem percipere exiſtimentur, quam pleniorem & liberiorem veterum bonorum adminiſtrationem, ſtatimque à morte parentis quaſi continuatur dominium, *d. l.* 11. *de lib. & poſt.* quo fit, ut ubi ſuus hæres eſt, nunquam jacere hæreditas dicatur; nimirum quia nullum inter defuncti mortem & exiſtentiam ſui hæredis intervallum eſt, *l.* 1. §. *qui ſunt.* 7. *ſi quis omiſſ. ca. teſt.* Ex eo item eſt, quod ſui hæredes ipſo jure hæredes exiſtant, citra ullum vel ſuum vel alterius factum, ſine aditione, ſine cretione, ſine geſtione pro hærede, *d.* §. 3. *inf. de hær. quæ ab int. l. in ſuis.* 14. *de ſuis & leg.* adeoque ante apertas tabulas, *l.* 3. *C. de jur. del.* tametſi ignorent patrem deceſſiſſe: ac proinde etiam furioſi ſint, aut alias voluntate careant, *d.* §. 3. *l. furioſi.* 63. *de acq. hær.* Cujus rei hic effectus, ut paternam hæreditatem, tanquam jam ſibi quæſitam, 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 ἀναφαίνεσθαι) *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 propriè dici, *l. quidam.* 132. *verſ.* 1. *de verb. obl.* add. Hotom. 9. *obſ.* 10. VINN. Similia fere ſunt apud Oiſel. ad Caj. *Inſt. lib.* 11. *tit.* 3. §. 6. Sed incommodior tamen videtur ratio, filios eſſe heredes vivo patre, quum viventis nulla ſit hereditas. Hinc veroſimilius videtur, filios dici *ſuos* heredes, quaſi proprios, & in patris poteſtate dominioque Quiritario conſtitutos. Ita Jan. a Coſta *ad pr. Inſt. h. t.* & V. C. Schulting. ad Caj. *l. c. p.* 166. HEIN.

Si quis inteſtatus] De hac re agimus *inf.* §. 2. *de hær. quæ ab int.* Diſertè autem ait *inteſtatus*: nam lex duodecim tabularum liberam civibus Romanis teſtandi facultatem conceſſit; 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 prætore admiſſi, ac ſi capite minuti non fuiſſent. *l.* 6. §. 1. *de bon. poſſ.* §. *emancipati.* 9. *inf. de hær. quæ ab int.* 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 velint, ſive nolint] Neceſſitas hæc à jure patriæ poteſtatis eſt, *l.* 5. *de cond. & dem.* quæ ſimilis dominicæ fuit, ut oſtendimus *in* §. 2. *ſup. de pat. pot.* liberoſque 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. neceſſariis.* 57. *de acq. hær. & paſſim.* Licet autem ſuitati cohæreat neceſſitas; eſt tamen diverſa qualitas à ſuitate. 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. neceſſariis.* quanquam hic etiam ſuum confert ſuitas. In ſuitate jus liberorum magis, in neceſſitate ſolius patris vertitur; cui ob id liberum fuit neceſſitatem hanc remittere, atque ex neceſſario hærede facere voluntarium. *d. l.* 12. *de cond. inſt. l. jam dubitari.* 86. *de hær. 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. *n.* 35. *& in l.* 10. §. 1. *n.* 2. *de vulg. & pup.* contra Bart. 4

Prætor permittit volentibus abſtinere hæreditate] Cum quæſitæ hæreditatis hæc vis ſit, ut nos obliget æri alieno, licet ſolvendo non ſit, *l.* 8. *de acq. hær.* 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 iis ſubvenerit, ut eodem jure etiam neceſſitas iſta comparata ſit & annexa ſuitati. Et quid mirum ſi lex, quem occidere patri permittebat, eundem neceſſarium hæredem patri fecerit, aut permiſerit patrem ſibi facere? Cæterum acerbitatem juris civilis prætor mitigavit data ſuis & neceſſariis hæredibus poteſtate abſtinendi: quo beneficio qui ex his uti volunt, hoc conſequuntur, ut neceſſitate ſubeundorum onerum hæreditariorum non adſtringantur. *d. l. neceſſariis.* 57. *de acq. hær.* Ex eo autem, 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, prætorem ex neceſſariis vi ipſa feciſſe voluntarios, quanquam non extraneos: neceſſitatem tantum à prætore ſublatam, non ſuitatem: quippe cujus maxima pars 5

ad

ad utilitatem liberorum pertinet, quibus prodeſſe, non nocere, prætori propoſitum fuit. *l.* 12. *de vulg. & pup.* Quamobrem etiamnum & ipſo jure & ignorantes hæredes fiunt, & obligantur creditoribus hæreditariis, §. 3. *inf. de hær. quæ ab int. l.* 2. *de cond. furt. d. l. neceſſariis* 57. quamvis reſpectu beneficii prætorii, quo fit ut in eos actio non detur, idem jus habere dicantur, quod futurum eſſet, ſi liberum arbitrium adeundæ hæreditatis haberent. *l. nam nec.* 89. *de legat.* 1. Manebit igitur adhuc idem ſuitatis effectus, quem ſupra indicavi, ut ſi filius deceſſerit, cum vel ignoraret patrem mortuum eſſe, vel ſciret quidem, ſed nondum declarata voluntate de retinenda aut derelinquenda patris hæreditate, eam hæreditatem, utpote ipſo jure ſibi jam quæſitam, ad hæredes quoslibet tranſmittat. Rectène dicatur, jus ſuitatis tolli per exhæredationem, aut vulgarem ſubſtitutionem, alibi diſputavimus. Clarius vero adhuc apparet, ſuitatem non eſſe ſublatam à prætore ex eo, quod etiam poſt abſtentionem nudum illud nomen hæredis non eſt ſine effectu: nam & ſola ſui hæredis exiſtentia confirmat tabulas pupillares, ut docuimus ſupra ſub *pr. de pup. ſubſt.* & libertates ſuſtinet, *l. cum quæſi.* 30. §. *ſed etſi.* 10. *de ſid. lib.* quo loco diſertè pro ratione hoc affert Juriſconſultus, *quod non ſit ſine hærede, qui ſuum hæredem, licet ſe abſtinentem habet:* & operatur confirmationem fideicommiſſi, ut reſtituta hæreditate ex Senatuſconſulto Trebellian. tranſeant actiones, *l. ita tamen.* 27. §. 3. *ad ſen. Treb.* Poſtremo inde eſt, quod hæreditas pupilli, quamtumvis abſtinentis, poteſtate juris civilis cum hæreditate patris confuſa cenſetur, *l. paterfam.* 28. *de reb. auct. jud. poſſ.* licet hoc caſu ſubſtitutus pupilli ſeparationem bonorum patris & filii petere poſſit ex ſententia Marcelli, probata ab Ulpiano *l. Julianus.* 42. *de acq. hær.*

Ut potius parentis, quam ipſorum bona] Species ignominiæ 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 abſtinendi, *d. l. neceſſariis.* 57. §. *ult. de acq. hær.* qui tamen liberorum pudori ac famæ parcendum exiſtimavit, *l. paterfam.* 28. *de reb. auct. jud. poſſ.* hoc eſt, ſatius putavit, ut ex duobus, qui pari conditione ſunt, potius patris defuncti nomine, quam filii viventis; non ſentientis, quam ſentientis, ſe hac affici injuria, bona poſſideantur aut divendantur.

Textus.

De extraneis.

3. *Cæteri, qui teſtatoris juri ſubjecti non ſunt, extranei hæredes appellantur. Itaque liberi noſtri, qui in poteſtate noſtra non ſunt, hæredes à nobis inſtituti, extranei hæredes nobis videntur. Qua de cauſa & qui hæredes à matre inſtituuntur, eodem numero ſunt: quæ fœminæ in poteſtate liberos non habent. Servus quoque hæres à domino inſtitutus & poſt factum teſtamentum ab eo manumiſſus, eodem numero habetur.*

Notæ.

3. *Hæredes à matre*] Sicut fœmina liberos in poteſtate non habet, ita nec ſuos hæredes habere poteſt, *l.* 4. §. 2. *cont. 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 ſcil. & hæreditatem. §. 1. *ſup. de hær. inſt.*

Commentarius.

1. *Extranei hæredes quotuplici ſenſu dicantur.*

SEquitur 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. nec 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 ſcil. & hæreditatem. §. 1. *ſup de hæred. inſt. & hoc text. in fin.*

Qui in poteſtate noſtra non ſunt] Liberos intelligit emancipatos, quos conſtat per emancipationem è familia exire, & extraneos nobis fieri, *l. quin etiam.* 55. §. 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 adeundo, 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 fœmina liberos in poteſtate non habet, ita nec ſuos hæredes habere poteſt, *l.* 4. §. 2. *cont. tab.* Huc igitur multo magis pertinent parentes & fratres. Illud ſingulare eſt, quod frater impuberi fratri à patre ſubſtitutus neceſſarius fratri hæres fit. Etenim patri conceſſum eſt, quos ſibi facit neceſſarios, eoſdem & filio facere, *l.* 2. §. *prius.* 4. *in fin. l.* 10. §. 1. *de vulg. & pup. l. Jul.* 42. *de acq. hær.* Suum tamen hæredem hunc fratri non fieri, contra Bart. probat Govean. *in d. l.* 2. §. 4. & 5. Omittendum 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,

nitur, *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. deſcript.* appellatione extraneorum ſignificantur ſoli, qui in numero deſcendentium 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 noviſſimo etiam ſucceſſio ab inteſtato una cum ſuis hæredibus defertur. Item liberi, qui nunquam in poteſtate fuerunt; qui & ipſi exhæredati matris aut avi materni teſtamentum inofficioſum dicere poſſunt. Quibus accedit, 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 ſuitatis: & ſui hoc amplius tantum habent, quod hæreditatem ignorantes tranſmittunt ad hæredes quosvis. Sed neque parentes prorſus extranei hæredes habendi; cum & ipſis præteritis querela inofficioſi competat. Quinetiam omnes, qui ab inteſtato ſive à lege, ſive à prætore ad ſucceſſionem vocantur, ſuo ſenſu poſſunt dici non extranei, nimirum ad differentiam eorum, qui ab inteſtato venire non poſſunt: eoque ſenſu Cajus *lib.* 2. *tit.* 3. *in fin.* extraneos hæredes definit, qui nullo propinquitatis gradu teſtatori junguntur; quamvis inſcite eo loco, ubi extraneos & ſuos invicem in dividendo opponit. Ex his vero intelligi poteſt, quid ſibi velit Baldus *in l.* 9. *col.* 12. 3. *opp. C. de collat.* cum ait, extraneum dici tripliciter, à ſuitate, à filiatione, & à cognatione.

TEXTUS.

De teſtamenti factione.

4. *In extraneis 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 inſpici debent. Teſtamenti autem factionem non ſolum is habere videtur, qui teſtamentum facere poteſt: ſed etiam qui ex alieno teſtamento vel ipſe capere poteſt, vel alii acquirere, licet non poſſit facere teſtamentum. Et ideo furioſus, & mutus, & poſtumus, & infans, & filiusfamilias, & ſervus alienus, teſtamenti factionem habere dicuntur. Licet enim teſtamentum facere non poſſint: attamen ex teſtamento vel ſibi vel alii acquirere poſſunt.*

NOTÆ.

4. *In extraneis*] Ex Florent. *l.* 49. §. 1. *de hær. inſt.* Ait *in extraneis*, quia in ſuis hæredibus vix eſt, ut locus ſit quæſtioni de capacitate.

Qui in poteſtate eorum] Ratio eſt, quoniam inſtitutio ſervorum, qui per ſe ſunt incapaces, ſuſtinetur ex perſona domini, quo cum teſtamenti factio eſt, *l.* 31. *d. t.*

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 & Florente *d. l.* 49. §. 1. Cæterum non ſufficit hoc tempore capacem eſſe, ſi qua mutatio juris hæredi contigerit poſt mortem teſtatoris aut conditionis eventum.

COMMENTARIUS.

1. *In ſucceſſione ab inteſtato de capacitate hæredum diverſis temporibus ſpectanda quæri non poſſe; de qualitate poſſe.*
2. *Quid in ſucceſſione ex teſtamento circa ſuos hæredes.*
3. *Notatur & refellitur inſignis error Weſembecii.*
4. *Cum de capacitate inſpicienda quæritur, nihil intereſſe, domini an eorum ſervi inſtituti ſint.*
5. *Non ſatis ſubtiliter tempus adeundæ hæreditatis in conſideranda capacitate hæredis conſtitui terminum diſtinctum à tempore mortis.*
6. *Probatur invictis rationibus, tempus adeundæ hæreditatis neque in pura inſtitutione tertium, neque in conditionali quartum terminum conſtituere.*
7. *In pura inſtitutione ut duo ſunt extrema, ita unum tantum eſſe medium tempus, quod non noceat; in conditionali uti extrema tria, ita duo tantum media.*

EXpoſitis generibus & differentiis hæredum, pergit ad id, cujus cognoſcendi cauſa differentiæ iſtæ præcipue traditæ fuerunt, videlicet ad ipſam hæreditatis jure delatæ acquiſitionem: & quia in extraneis hæredibus (in aliis enim, ut mox oſtendemus diſputatio propoſita inepta eſt) ad acquirendam hæreditatem 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 hæredis & ejuſdem capacitatem. In ſucceſſione ab inteſtato de capacitate hæredum diverſis temporibus ſpectanda diſputari non

non poteſt; cum nemo ad ſucceſſionem ab inteſtato vocetur, qui non ſit capax tempore mortis ejus, de cujus hæreditate agitur. De qualitate autem quæri poteſt, puta quo tempore ſpectandum, an quis ſuus ſit, aut proximus agnatus. Placuit autem, in eo inſpici tempus delatæ hæreditatis; quod tempus plerumque quidem idem eſt cum tempore mortis, ſed tamen non ſemper, §. *cum autem.* 7. *inf. de hæred. quæ ab int.* §. *proximus.* 6. *inf. de leg. agnat. ſucc.* quibus locis di-
2 ligenter hoc à nobis exponitur. In ſucceſſione ex teſtamento in ſuis hæredibus vix eſt, ut locus ſit quæſtioni de capacitate, cum non poſſit non eſſe cum ſuo hærede teſtamenti factio. Cæterum quod ad qualitatem, hoc eſt, ſuitatem pertinet, quæri poteſt, utrum neceſſe ſit eos utroque tempore ſuos eſſe & teſtamenti facti & mortis teſtatoris; an ſatis ſit, tales fuiſſe ſaltem altero, id eſt, tempore mortis. Sed verius eſt, ſufficere, tales eſſe tempore mortis, etſi tempore teſtamenti non fuerint, *per l. ſi quis.* 18. *de injuſt. rupt. l. filio.* 23. §. 1. *de lib. & poſth.* ut tamen & teſtamenti tempore capaces fuerint, omnino neceſſe eſt; alioqui
3 Catoniana regula impedietur inſtitutio. Notandus 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 hæred. inſt. l.* 10. §. 1. *de acq. rer. dom.* Sed hoc ad ſervum neceſſarium hæredem qui applicari poteſt? aut qui poteſt domini perſona accommodari ſervo, ubi idem dominus eſt & teſtator? Sed valet hic inſtitutio ex perſona ipſius hæredis, quatenus conſideratur ut jam liber & civis Romanus, quo tempore teſtamento deferri incipit hæreditas. Dicere vero, filium fam. hæredem inſtitutum aliunde perſonam mutuari, ſive 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 hæred. inſt.* Quam recte dicatur, & quam rationem habeat, quod tria tempora hic obſerventur, tempus facti teſtamenti, mortis teſtatoris, & hæreditatis adeundæ, ex progreſſu liquebit.

Sive ii 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,
4 cum inſtituti ſunt eorum ſervi. Ait autem Imp. hic poſt Florentin. *d. l ſi alienum.* 49. §. 1. nihil in propoſito intereſſe, utrum ipſi domini hæredes inſtituti ſint, an ſervi eorum. Et rectè: 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 hær. inſt.* aliter reſpondet Cujac. *ad d. l. ſi alienum.* 49. §. 1. *de hær. inſt.*

Duobus temporibus, teſtamenti facti, & mortis teſtatoris] Mox tamen adjicit & tertium tempus, ſcilicet quo adeunda hæreditas: uti & Juriſconſultus *d. l. ſi alienum.* §. 1. De duobus temporibus, teſtamenti & mortis teſtatoris, res 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. tit. 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 adeundo ſibi acquirere poſſit, *l. non oportet.* 52. *de legat.* 2. Quod vero duobus 5
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 6
hoc inconſideratius dictum videtur, & ſive pura ſit inſtitutio, ſive conditionalis, tempus adeundæ hæreditatis in conſideranda 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 demonſtro.

Hæres purè institutus aut incapax tempore mortis invenitur, aut capax. Si incapax, frustra quæritur de ejus capacitate tempore additionis 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.* 49. §. 1. aperte significatur, cum ad hoc ut effectum habeat institutio, requiritur ut institutus capax sit tempore mortis: neque ratio juris aliud patitur, secundum quam constat, tempus additionis cum tempore mortis conjungi, *l. hares.* 54. *de acq. her. l omnia.* 193. *de reg. jur.* 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 *text. vers. medio autem. & d. l. si alienum.* §. 1. *vers. eod.* Denique certum est, non tantum mortuo hærede instituto, sed etiam eo deportato aut servo facto ante aditam hæreditatem, statim locum fieri substitutis aut hæredibus ab intestato, *l. Gallus.* 29. §. *& quid.* 5. *de lib. & posth. l.* 3. §. 1. *de his qua pro non script.* Sed nec in conditionali institutione rectè dicitur, circa capacitatem hæredis inspici tempus additionis: sed præter duo priora inspicitur etiam tempus existentis conditionis, ita ut tria quidem hic sint extrema, sed præter tempus testamenti & mortis, tum inspicitur existentia conditionis, non etiam tempus adeundæ hæreditatis: alioqui enim dicendum foret, quod inauditum est, in conditionali institutione quatuor tempora 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 additione. Quid quod nec Imperator ipse aut Jurisconsultus *dict. loc.* plura tempora in conditionali institutione agnoscunt, quam tria ista, quæ diximus? ajunt enim, medio tempore inter factum testamentum & mortem testatoris, vel conditionem institutionis existentem, mutationem juris non nocere hæredi. Quod si tempus adeundæ hæreditatis quoque eodem modo spectaretur, addere debebant, æque medio tempore inter conditionem existentem, & additionem hæreditatis, mutationem juris hæredi non obesse. Effectum igitur est tempus additionis hæreditatis neque in pura institutione constituere 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 adeunda hæreditate agitur, nihil aliud significari, quam eum, qui isto tempore capax non est, licet cæteris temporibus capax fuerit, hæreditatem adeundo acquirere non posse: & 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 adeundæ hæreditatis inter ea extrema non agnoscitur, utpote quo capacem esse hæredi nihil prosit, si aliquando aut post mortem testatoris ant 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 inspici 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 exigetur tempore mortis, quod, quoniam morte testamentum confirmatur, magis principale habendum est: & jam dictum est, tempus conditionis existentis retrotrahi ad tempus mortis & cum eo conjungi, uti & tempus aditæ hæreditatis: atqui hoc fieri non potest, si tempore mortis cum hærede non fuerit testamenti factio. Itaque nullius momenti est argumentum Fabri, quod tantum facit in conditionali institutione tempus existentis conditionis, quantum in pura tempus mortis. Nam etsi ex conditionali institutione non defertur 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.* §. *hares.* 9. *de her. inst.* Sed & aperte satis hoc ipsum significat Justinianus, cum ait, tria tempora inspici debere: hoc enim tam de conditionali, quam pura institutione dici palam est. At ex tribus istis temporibus unum est tempus mortis: refert enim se ad tria illa, quæ antea enumeraverat: ut vero extrema habilia sint necesse est. Hæc plerisque aut ignota, aut intacta, ut Viglio, Mynsi. Hotom. Wesemb. &c.

Ex

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 hæred.* cum quibus eſſe teſtamenti factio rectius dicitur & uſitatius, 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 reſipiſcat, nec ſibi nec alii acquirere poteſt, extra quam ſi patri neceſſarius hæres exiſtat, *l. furioſus. 63. de acq. hær.* 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.*

Textus.

De jure deliberandi, & de beneficio inventarii.

5. Extraneis autem hæredibus deliberandi poteſtas eſt de adeunda hæreditate, vel non adeunda. Sed ſive is, cui abſtinendi poteſtas eſt, immiſcuerit ſe bonis hæreditatis; ſive extraneus, cui de adeunda hæreditate deliberare licet, adierit, poſtea relinquendæ hæreditatis facultatem non habet, niſi minor ſit 25. annis. Nam hujuſmodi ætatis hominibus, ſicut in cæteris omnibus cauſis, deceptis, ita & ſi temere damnoſam hæreditatem ſuſceperint, prætor ſuccurrit. Sciendum eſt tamen, divum Hadrianum etiam majori 25. annis veniam dediſſe, cum poſt aditam hæreditatem grande æs alienum, quod aditæ hæreditatis tempore latebat, emerſiſſet. Sed hoc quidem divus Hadrianus cuidam, ſpeciali beneficio præſtitit. Divus autem Gordianus poſtea militibus tantummodo hoc conceſſit. Sed noſtra benevolentia commune omnibus ſubjectis imperio noſtro hoc beneficium præſtitit: & conſtitutionem tam æquiſſimam, quam nobiliſſimam ſcripſit, cujus tenorem ſi obſervaverint homines, licet eis adire hæreditatem, & in tantum teneri, quantum valere bona hæreditatis contingit: ut ex hac cauſa neque deliberationis auxilium ſit eis neceſſarium, niſi omiſſa obſervatione noſtræ conſtitutionis & deliberandum exiſtimaverint, & ſeſe veteri gravamini aditionis ſupponere maluerint.

Notæ.

5. *Extraneis hæredibus*] Ex Florent. *l. 49. §. 1. de hær. inſt.* Ait *extraneis*, quia deliberatio extraneorum hæredum propria eſt. Cæterum poſtquam ſuis hæredibus à prætore conceſſa facultas abſtinendi, etiam deliberandi eis data, *l. 8. & ſeq. de jur. del. l. 19. C. eod.*

Deliberandi poteſtas] Si creditores, legatarii, &c. non urgeant, poteſt hæres, vel intra 30. annos adire: ſi inſtent, aut ſtatim adire debet, aut tempus ad deliberandum petere, *l. 9. C. eod.* ut interim inſtrumenta hæreditaria & rationes defuncti inſpiciat, *l. 5. D. eod. l. 28. de acq. hær.* à Principe annus conceditur, à judicibus novem menſes, *l. ult. §. 13. C. d. t.* olim id fuit arbitrarium, *l. 1. §. 2. D. eod.*

Immiſcuerit ſe] Sui non dicuntur adire prove hærede gerere, aut repudiare, quæ iis ſolis conveniunt, quibus hæreditas 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. hær.* quanquam interdum hæc accuratio negligitur, *l. 7. §. 10. de minor. l. 6. C. de leg. hær.*

Niſi minor 25. annis] *l. 7. §. 5. de minor.* ex generali nimirum illo edicto, propter inconſultam hujus ætatis facilitatem.

Damnoſam hæreditatem] Et ex contrario, ſi lucroſam temere repudiaverint, *l. 2. C. ſi ut om. hær.*

Commentarius.

1. *Hæredem tam in onera, quam in commoda hæreditaria ſuccedere.*
2. *Jus deliberandi quorum cauſa & cujus rei gratia comparatum; quis ejus effectus, & quid hic de ſuo contulerit Juſtinianus.*
3. *Etiam ſuis hæredibus jure prætorio deliberandi facultatem eſſe.*
4. *Poſt aditionem aut immixtionem hæreditatem derelinqui non poſſe, niſi à minore 25. annis per reſtitutionem in integrum.*
5. *Majoribus ex clauſula generali vix eſſe ut hic ſuccurratur.*
6. *Beneficium inventarii.*
7. *Quæ neglecti hujus beneficii pœna.*
8. *Jus hodiernum circa adeundam ſub beneficio inventarii hæreditatem.*

HÆres ſuſcepta hæreditate in jus & locum defuncti ſuccedit, eumque in omnibus, quæ perſonæ non cohærent, repræſentat, *l. hæres 37. de acq. hær. l. nihil. 24. De verb. ſign. l. hæreditas. 62. de reg. jur.* 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 hæreditariorum: ac proinde obligari eum etiam æri alieno defuncti, eoque nomine à creditoribus hæreditariis conveniri

poſſe, conventum iis reſpondere, eorumque actiones, quæ ex contractibus defuncti deſcendunt, ſuſcipere cogi, etiamſi hæreditas ſolvendo non ſit, *l. 8. de acq. hær. l. 2. C. de hær. vel act. vend. l. ult. C. de hær. act. §. 1. inſ. de perp. & temp. act.* Quæ cum ita ſint, periculoſum ſane atque anceps eſt, hæreditatem aut adire ſtatim, aut ſtatim repudiare; illud, ob periculum æris alieni, quod initio latere poteſt; hoc, ne temere repudiando lucroſam hæreditatem amittamus. Cæterum adverſus hujuſmodi periculum duo remedia hæredibus cunctantibus comparata ſunt, ſive ex teſtamento ſive ab inteſtato ad hæreditatem vocatis; ac propoſita non extraneis tantum de adeundo aut repudiando, ſed etiam ſuis hæredibus de immiſcendo aut abſtinendo cogitantibus. Unum vetus eſt, jus deliberandi, de quo in pr. hujus §. alterum novum, à Juſtiniano primum introductum, beneficium ſcili-
2 cet 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, hæreditatem 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 hæreditatem amplecti, quamdiu eam non recuſaverit, *l. 9. C. de jur. del.* neque enim tempus ullum adeundæ hæreditati 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.* Coraſ. *6. miſc. 21.* Cæterum ſi ſint, qui urgeant, hic prædictum remedium hæredi neceſſarium eſt, niſi paratus ſit ſtatim aut hæreditatem ſuſcipere, aut poſſeſſionem bonorum pati, aut aliorum ſucceſſionem, *l. ſi quis. 23. §. 2. de hær. inſt. l. quamdiu. 69. de acq. hær.* Hæc enim tunc ei optio datur, ut aut ſtatim reſpondeat, hæres, necne, eſſe velit, aut tempus ad deliberandum petat, *l. 9. C. de jur. del.* Tempus hoc olim poſitum erat in poteſtate jus dicentis, qui pro arbitrio ſuo deliberationem petenti diem præſtituebat, *l. 1. in fin. d. tit.* non utique ut ex libidine ſua id faceret, ſed ut pro prudentia ſua ſtatueret tempus moderatum, *d. l. 9. C. 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 judicibus, novem menſes, *l. ultim. §. & ſiquidem. 13. C. eodem.* Impetrato tempore ad deliberandum, licet hæredi interea explorare vires patrimonii defuncti, petere, ut rationum 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. hæred.* Quod ſi intra diem præſtitutum hæreditatem non agnoverit, reſpectu ſubſtituti aut hæredis legitimi, hæreditas pro repudiata habetur, *l. quamdiu. 69. de acq. hær.* 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 repudiaſſent, jus deliberandi atque adeundi intra tempus, quod ex eo anno reliquum eſt, in quoſvis hæredes tranſmittant, *l. cum in antiquioribus. 19. C. d. tit.* eoque jure etiam nunc utimur. Grot. *lib. 2. manuduct. c. 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 volunta-3
riorum 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 relinquendæ hæreditatis facultatem non habet, niſi minor ſit] Tempus deliberandi ab hærede prius petendum 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. hær. l. 10. C. de jur. delib.* Neque prætor cuiquam poſt 4
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. hær.* quemadmodum ex contrario quoque ſi quis juvenili levitate ductus omiſerit aut repudiaverit hæreditatem aut bonorum poſſeſſionem, aliquando à prætore reſtituitur, ut eandem agnoſcere liceat, videlicet ſi omnia ſint in integro, *l quod ſi minor. 24. §. 2. de minorib. l. 1. & 2. C. ſi ut omiſſ. hær.* Liberis impuberibus hoc amplius conceſſum, ut omnimodo ſe abſtinere poſſint, id eſt, nec adito prætore, ſive ſe immiſcuerint ſive non immiſcuerint, *l. 11. d. l. neceſſariis. de acq. hær.*

Veniam dediſſe] Quod jus cum ſingulare fuerit, uni ex ſingulari gratia à Principe conceſſum, ut mox ſequitur, ad conſequentias produci non debuit. Et ideo exi- 5
ſtimo, contra quam Weſemb. & Bachov. nec prætorem in propoſito majoribus 25. annis ſubvenire ſolitum ex clauſula generali edicti, *Item ſi qua alia mihi juſta cauſa eſſe videbitur.* Merito namque his objicietur, quod cum poſſent, ſpatium ad deliberandum non 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 emerſerit poſtea æs alienum, quod toto tempore deliberationis latuerat, nec ſciri ab hærede, quamvis omnia

dili-

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, quatenus pro his tantummodò rebus conveniantur, quas in hæreditate defuncti invenerint: ipſorum autem bona à creditoribus hæreditariis non inquietentur.* Et hoc jus conſtitutionemque Gordiani poſtea §. *ult. ejuſd. l.* confirmat, hoc addito, propterea à ſe introductum, ut etſi milites inventarium non fecerint, non ampliore tamen ſumma teneantur, quam in hæreditate invenerint.

Sed noſtra benevolentia commune omnibus hoc beneficium, &c.] Poterat tam paucis verbis, quam quibus benevolentiam ſuam commendat, ipſum beneficium explicare. Eſt autem illud, quod vulgo appellatur beneficium inventarii; propterea quod confecto ſolenni rerum hæreditariarum inventario hæres hoc be-
6 neficium 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 confectionem neceſſarii ſunt, puta creditoribus, legatariis, eorumve procuratoribus, *Nov. 1. cap. 2.* conficiat, ipſe ſua manu id ſubſcribat, aut à tabulario teſtibus præſentibus ſubſcribendum curet. Quo ita legitime confecto conſequitur beneficio 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. hær. l. ſicut. 75. de ſolut. l. 7. C. de pact.* Confectum ab hærede fiduciario inventarium rectè hæredi fideicommiſſario cedi, ceſſumque ei prodeſſe; aut ſi hæres non fecerit, ipſum ſibi fideicommiſſarium rectè facere, poſt Bart. in *l. qua ratione. 11. §. quod vulgo. 5. num. 9. & 10. ad leg. Falc.* tradit Jaſ. *in add. ad Porc. §. ſed quia. 7. inf. de fideic. hær.*

Niſi omiſſa obſervatione noſtra conſt. deliberandum exiſtimaverint] Etſi Juſtiniano viſum eſt, poſt introductum à ſe beneficium inventarii antiquum jus deliberandi penitus eſſe ſupervacuum; tamen ut ipſe teſtatur, motus plerorumque ſupplicationibus, veteri remedio adhuc uti cupientium, jus illud liberum reliquit, *d. l. ult.*
7 *§. & hæc 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 admiſit, ut eam petentibus, & intra præfinitum tempus hæreditatem adeuntibus, hæc duo onera impoſuerit, tanquam pœnam 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 Falcidiæ privarentur, *d. l. ult. §. pen.* Noviſſime hoc inſuper cavit, ut hæres inventarium non conficiens ſolida legata præſtet, etſi vires patrimonii excedant. *Nov. 1. cap. 2.* Plura ad inventarium pertinentia qui noſſe deſiderat, adeat DD. *in d. l. ult.* Clar. *§. teſtamentum. quæſt. 46.* Graſſ. *lib. 2. art. inventarium. per. tot.* Apud Burgundiones, & in univerſa 8
Gallia, item in hiſce regionibus, invaluit, ut jus pro hærede gerendi cum beneficio inventarii pro 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 alioſve 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. defin. 1.* Sed & ita demum hoc beneficium conceditur, ſi non alius de cognatione defuncti pure & ſimpliciter omiſſoque beneficio hæreditatem adire paratus ſit: quod & diplomati ſive mandato inſeri 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 creditur ſolvendo non fuiſſe. Qua de re adeundi Chaſſ. *ad conſuet. Burg. tit. 7. §. 13.* Baro *ad hunc §.* Peck. *lib. 1. de teſt. conjug. cap. 35.* Gudelin. *de jur. nov. lib. 2. cap. 18.* Grot. *2. manud. 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.* Zypæ. *not. jur. Belg. C. de jur. delib.*

TEXTUS.

De acquirenda vel omittenda hæreditate.

6. Item extraneus hæres teſtamento inſtitutus, aut ab inteſtato ad legitimam hæreditatem vocatus, poteſt aut pro hærede gerendo, aut etiam nuda voluntate ſuſcipiendæ hæreditatis, hæres fieri. Pro hærede autem gerere quis videtur, ſi rebus hæreditariis tanquam hæres utatur, vel vendendo res hæreditarias, vel prædia colendo, locandove: & quoquo modo voluntatem ſuam declaret, vel re, vel verbo, de adeunda hæreditate: dummodo ſciat, eum, in cujus bonis pro hærede gerit, teſtatum inteſtatumve obiiſſe, & ſe ei hæredem eſſe. Pro hærede enim gerere eſt pro domino gerere. Veteres enim, hæredes pro dominis appellabant. Sicut autem nuda voluntate extraneus hæres fit: ita contraria deſtinatione

ſtatim ab hæreditate repellitur. Eum, qui ſurdus vel mutus natus, vel poſtea factus eſt, nihil prohibet pro hærede gerere, & acquirere ſibi hæreditatem: ſi tamen intelligit, quod agit.

NOTÆ.

6. *Tanquam hæres utatur*] Poteſt enim quis attingere res hæreditarias, ut tamen id non faciat quaſi hæres; puta ſi quid pietatis aut cuſtodiæ cauſa fecerit, aut ſi ſuum putavit, *l.* 20. *pr. &* §. 1. *de acq. hær.*

Vendendo res hæreditarias, &c.] Niſi contra doceat, ſe nihil horum quaſi hæredem feciſſe, *d. l.* 20. §. 1. *l.* 1. *C. de rep. hær. 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 hærede gerit] Hic verbum *pro hærede gerere* latius videtur accipi, quam in *pr.* §. Nam horum verborum *pro hærede gerere*, & *adire* etiam generalis ſignificatio eſt, alterumque pro altero & unum pro utroque interdum uſurpatur. *l.* 12. *de interr. injur. l.* 88. *de acquir. hær.*

Contraria deſtinatione] Sic tamen, ut declaret ſe hæredem eſſe nolle vel verbis, vel ſcripto nutuve, *l.* 95. *eod.* aut re aliqua & facto, unde ea voluntas colligatur. Exempl. *in l.* 17. §. 1. *l.* 77. *eod. l.* 23. §. 1. *de inoff. teſt.*

COMMENTARIUS.

1. *Doctrinam hujus* §. *proprie pertinere ad hæredes extraneos.*
2. *Duo duntaxat eſſe, diſtincta tamen inter ſe genera acquirendæ hæreditatis, aditionem, & pro hærede gerationem.*
3. *Qui plura genera ſtatuunt, eos egregrie imponere ſtudioſis diſciplinæ juris.*
4. *Cretionem nihil aliud fuiſſe, quam ſolennem quandam aditionem, contra quam Joſeph. Scaliger; & cur nulla hic cretionis mentio.*
5. *Quibus ex rebus in eo, quod geritur, animus pro hærede gerendi deprehendatur.*
6. *Porci, Angeli, & Bachovii opinio de nuda animi deſtinatione notata.*
7. *Ut quis adeundo aut pro hærede gerendo hæres ſiat, quarum rerum eum gnarum eſſe oporteat.*
8. *Variæ circa etymologiam hæredis opiniones.*
9. *In repudiante hæreditatem eadem ex contrario, quæ in admittente requiri.*
10. *Etiam ſurdos & mutos pro hærede gerere poſſe.*
11. *Quid ſi hæreditas delata ſit furioſo, impuberi, infanti.*

1 HIc §. ad ſuos hæredes non pertinet, ſed ad extraneos duntaxat. Explicantur enim hic rationes proximæ, ſeu modi, quibus hæreditas acquiritur, aut ejus acquirendæ jus amittitur: quorum neutrum in ſuis hæredibus locum habet: quippe cum in hos dominium 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 neceſſarii; 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. libert. l.* 11. *l. neceſſariis.* 57. *l. ſi ſervum.* 71. §. *ſi quis. l. eum bonis.* 87. *de acq. hær. & paſſim. eod. tit.* Nam cum hæc, quod raro fit, noſtri confundunt, ut in *l. ult. de ſucceſſ. edict. l.* 4. §. 1. *de fideic. lib. l.* 21. §. *ult. de jur. patron. in fin. l.* 1. §. 10. *ad Tertull. l.* 6. *C. de legit. hær.* 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 & facto; quorum prius qui facit, adire, qui poſterius, pro hærede gerere in uſu juris dicitur. Unde duo genera acquirendæ hæreditatis, aditio & pro hærede geſtio, *l. ſi quis mihi* 25. §. *ſed quid.* 7. *l. quamdiu.* 69. *de acq. hær. 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, aſſerenti 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 diceretur, qui nuda teſtatione hæredem ſe profiteretur; pro hærede gerere, qui facto aliquo eandem voluntatem declararet. Neque hoc negat Ulp. *l. pro hærede.* 20. *de acq. hær.* 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. gerit.* 88. *de acq. hær.* 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 obli-

obligatam, ut hæreditariam: quem tamen revera attingere constat; eoque tanquam facto aliquo, non nudis verbis, voluntatem declarari. Hoc ita constituto, videamus an non plura sint genera acquirendæ hæreditatis, quam duo illa, de quibus diximus, & 3 quæ sola hic ab Imperatore proponuntur. Et plura non esse, omnino statuendum est, cavendumque ab iis, qui scribunt hæreditatem acquiri quinque modis, cretione, additione, pro hærede gestione, immixtione, & agnitione, egregie studiosis hujus disciplinæ imponentes. Nam primum immixtio tota hinc aliena est: quoniam sui hæredes, quorum propria est, hoc facto 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 additione, magnæ insciliæ 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; quot 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 legimus, sed etiam hæreditatem amplecti, suscipere, admittere, *l.* 6. §. 1. & 3. *l. quæsitum.* 40. *in fin. l. eum bonis.* 87. *de acq. hæred.* Sed plura scilicet hæc verba sunt, res ubique una & 4 eadem. Cretio quoque olim nihil aliud fuit, quam solemnis quædam aditio; idque ostendit formula cretionis relata apud Ulpian. *tit.* 22. §. *cretio* 23. his verbis; *Cum me Lucius Titius hæredem instituerit, eam hæreditatem adeo cernoque.* Et Festus, *Crevi*, inquit, *modo significat hæreditatem adii*, in quem locum quod Josephus Scaliger notat, *crevi non propriè significare hæreditatem adii*, errorem esse convincit prædicta formula, & quod Festus dicit, *crevi*, *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 te esse hæredem.* vid. Petr. Fab. 2. *semestr.* 22. Hic autem consulto mentio cretionis omissa, quia sublata solemnitate, quam olim desiderabat. *l. cretionum.* 17. *C. de jur. del.* hæreditas etiam cum cretione delata acquiri posse cœpit, aut additione simplici, id est, quavis aperta testatione voluntatis de suscipienda hæreditate, aut etiam pro hærede gestione: quod olim secus erat, Ulp. *d. loc.* Atque hoc illud est, quod paulo post Justinianus ait, *Et quoquo modo voluntatem suam declaret, vel re, vel verbo.* Sed quid laboramus? non tantum loci omnes in quibus ex professo de modis acquirendæ hæreditatis agitur, uti *in l. quamdiu* 69. *de acq. hær. l.* 14. §. *plerique.* 8. *de relig. l. cum in antiquioribus.* 19. *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 relinqui, ut illa declaretur. Atqui pluribus modis declarari non potest, quam his duobus, aperta testatione, aut aliquo facto: illud autem veteres additionem, hoc pro hærede gestionem sive gestionem appellant. De cretionibus antiquitatis amantes plura invenient apud Brisson. *lib.* 7. *de formul.* Rævard. *de auct. prud.* *c.* 8. Gregor. Tholos. 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, 5 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. hær.* 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.* 20. §. *Papinianus.* 4. 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 distraxerit? 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 facturus est, non facturum ut hæres esse velit, *d. l. pro hærede.* §. 1. *l.* 1. *C. de repud. hær. l.* 2. *C. de jur. del.* Plane si defunctum funeravit, ex eo solo non videbitur pro hærede gessisse: quia id officium humanitatis jure cuivis præstari potest. Majoris tamen cautionis est, si hic quoque protestetur, *l.* 14. §. *plerique.* 8. *de relig.*

Et quoquo modo voluntatem declaret, 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. Utcumque 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 in* 6 *terr. in jur.* ait, hæreditatis additionem consistere in occulta voluntate non sic accipiendum est, eum, qui nude destinavit & apud se constituit hæreditatem adire, hac destinatione hæreditati obligari: sed ita, neminem obligari ut hæredem, nisi qui ea mente quid gessisse aut protulisse probetur, ut hæres fieret. Id autem in occulto positum esse, ac proinde probatu difficillimum. Neque vero etiam Porcio &

An-

Angelo assentio, qui existimant, nuda animi destinatione hæredem aliquem fieri & obligari in foro conscientiæ, quo etiam inclinare videtur D. Bachovius: nam, ut rectè Bartolus in *l. gerit.* 88. *de acq. hær.* nemo velle videri debet, quod non aliquo modo declaraverit: & prudentissimus simul ac doctissimus Viglius hic, *Variæ*, inquit, *sunt humanæ mentis inclinationes, ut nunc ad adeundum, nunc ad repudiandum propendeant: & tunc demum velle aliquid videmur, cum animum nostrum exteriore aliquo signo confirmavimus. Alioqui quid est humanis cogitationibus vel inconstantius, vel mutabilius? Nec Deum*, inquit, *velle arbitror, ut hujusmodi indiscreta voluntate illaqueemur.* Illud in transitu moneo, purè hæreditatem adeundam esse, non sub conditione: nam si quis, verbi causa, dixerit, *Si solvendo hæreditas est, eam adeo*, nulla aditio est, *l. eum qui.* 51. §. *ult. de acq. hær.* quo jure etiam hodie utimur.

Dummodo sciat, testatum intestatumve obiisse, & se ei 7 *hæredem esse*] Duo requirit Imp. ut quis adeundo, aut pro hærede gerendo hæres fiat: unum est, ut sciat, defunctum aut testatum aut intestatum decessisse. Et prius igitur est, ut certus sit, eum decessisse: neque enim viventis ulla est hæreditas, *l. qui hæreditatem.* 19. *l. neminem.* 27. *l. hæres.* 32. *l. qui superstitis.* 94. *de acq. hær.* Ponamus ergo, agnatum proximum, 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.* Adhæc etsi sciat, se hæredem institutum, sed utrum purè, an sub conditione, ignoret, non poterit adire hæreditatem, *d. l. hæres.* 32. §. 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, *Menech. Act.* 3. *sc.* 2. *v.* 11.

Prandi, potavi, scortum accubui, abstuli
Hanc, cujus hæres nunquam erit post hunc diem.

Atque hinc est, quod pro hærede gerere & pro domino gerere, hæreditas & dominium, à nostris promiscuè usurpetur, *l. si is.* 22. *de acq. hær. l.* 2. §. *ult. de* 8 *bon. poss. sec. tab.* Quæ res eos juvare videtur, qui hæredem à verbo *herus* dictum existimant; licet ratio prioris syllabæ repugnare videatur, quæ in *herus* corripitur, in *heres* producta est; quam ob causam Viglius & Hotomannus potius ab *hæreo* deduci putant, ut *hæres* dicatur, quasi *hærens*, eo quod proximus defuncto in bonorum dominio hæreat. Sed hic obstat, quod hæres & hæreditas sine diphthongo scribi in M. Tullii libris annotavit P. Victor, & in Pandectis Florentinis Cujacius. Atque ideo Hotomannum existimo maluisse derivare hanc vocem ab *hera*, quod terram significat, unde sit *heredium*, Varroni, agellus, qui 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 aptis utitur.

Contraria destinatione statim ab hæreditate repellitur] Eadem autem omnia in repudiante requiruntur, quæ 9 in hæreditatem admittente; ut voluntatem declaret aut apertè verbis, puta ut dicat se hæredem esse nolle, scriptove aut nutu id testetur, *l. recusari.* 95. *de acq. hær.* aut re aliqua & facto, unde ea voluntas colligatur: cujusmodi est, si hæres institutus idemque legitimus, de testamentaria hæreditate nihil apertè statuens legitimam aut adierit aut repudiaverit: creditur enim, qui hoc fecit, eodem momento testamentariam repudiasse, *l. ne is qui.* 17. §. 1. *l. illud.* 77. *eod. tit.* item si præteritus aut exhæredatus ab hærede instituto, cum sciret eum hæredem esse, emit aliquid aut prædia conduxit, vel ei solvit, quod testatori debebat: His enim factis & judicium defuncti agnoscere intelligitur, & jus suum repudiare, *l. si ponas.* 23. §. 1. *de inoff. test.* Scire item debet, qui repudiat, vivat is, de cujus hæreditate agitur, nec ne; testatus, an intestatus decesserit; hæres, nec ne, ei sit; purè, an sub conditione sit hæres institutus. Postremo de sua quoque & defuncti conditione certus esse debet; alioqui uti adeundo, ita repudiando, nihil agitur, *l.* 13. *l.* 15. & 4. *ll. seqq. l. hæres.* 32. *l. qui superstitis.* 94. *de acq. hær.*

Qui surdus vel mutus natus vel postea factus] Mutus, 10 nec non surdus, etiam ita nati, pro hærede gerere & obligari hæreditati possunt, *l.* 5. *l. pater.* 93. *in fin. d. tit.* Dissertè autem dicitur, pro hærede gerere; quia hi voluntatem verbis declarare nequeunt. Et pertinet hoc utique etiam ad surdos, qui natura tales sunt, quos loqui non posse constat. Enimvero si quis casu aliquo surdus factus sit, quin, ut loquendo, ita & verbis voluntatem declarando, hæres fieri possit, non est ambigendum. Sed & qui mutus non natus, sed factus est, licet verbis voluntatem declarare non possit, poterit tamen vel scripto, vel alio indicio eam significare, *arg. l. recusari.* 95. *eod.* Quod si hæreditas delata sit ei, cujus nulla volun- 11 tas est, qualis est furiosus, curatori tradetur hæreditas administranda, ea lege, ut si furiosus postea ad se redierit, ipse de ea suscipienda aut omittenda statuat: & omissa ad eos revertetur, ad quos remoto furioso perventura fuisset, uti etiam si in furore decesserit, *l. ult.* §. 3. & *seqq. C. de cur. fur.* Quid si impubes sit, cui delata hæreditas? Quod hujus judicio deest, supplebit tutoris auctoritas, *l. pupillum.* 49. *de acq. hær. l.* 9. §. 3. *de auct. tut. l.* 5. *C. de jur. del.* In infante novum jus à Theodosio constitutum est, ut ipse tutor nomine infantis hæreditatem adire possit, *l. si infanti.* 18. *C. d. tit.* Quod si impubes in potestate sit, hic auctore patre rectè adibit, *l.* 8. §. *ult. de acq. hær.* neque obstat, quod impubes, qui in potestate parentis est, ne auctore quidem patre obligatur, §. *pupillus.* 9. *in fin. inf. de inut. stip. l. ult.* §. 2. *de verb. oblig.* quia in proposito non obligatur ipse impubes, sed pater, cui hæreditatem acquirit. Cæterum in adventitia hæreditate dicendum est, ab illa regula receſſum esse juniorum Principum constitutionibus, *d. l. si infanti.* 18. §. *ult. C. de jur. del. l. ult.* §. *ubi autem.* 6. *C. de bon. quæ lib.* Don. *ad d. l. ult.* §. 2. *num.* 7. *de verb. oblig.*

TITU-

TITULUS VIGESIMUS.

DE LEGATIS.

Dig. Lib. 30. 31. 32. *C. Lib.* 6. 37.

Ratio ordinis cum ſumma eorum, quæ 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, donec omnes per univerſitatem acquiſitiones percurſæ forent. Eo enim nos ipſe rerum ordo & diſpoſitio partium deinceps tractandarum facta §. *ultim. ſup. per. quas perſ. cuiq. acq.* quaſi manu ducit. Sed Imp. hic aliquantum à cœpto deflectit propter legata & fideicommiſſa; nec abſque ratione. Nam cum legata & fideicommiſſa non minus teſtamento relinquantur, quam hæreditas, & vix ullum teſtamentum condatur, in quo non aliquis legato aut fideicommiſſo honoretur: hæc cauſæ communio, ſimul quod legata ſunt partes, hoc eſt, acceſſiones & appendices teſtamenti, exigit, ut hoc loco maximè de his diſputetur, atque ob hanc etiam cauſam id in hunc locum collatum eſt, *d.* §. *ult.* cum alioqui legata & fideicommiſſa ſint modi, in quibus non univerſitas, ſed res ſingulæ acquiruntur. Hoc titulo diſputatur de legatis; atque ordine hæc docentur, quid ſit legatum, quotuplex olim fuerit, & quæ nunc natura atque effectus omnium; quibus rebus olim legata diſtabant à fideicommiſſis, & quæ poſtea ſecuta exæquatio; quæ res dari legari poſſint, vel non poſſint, quibus rectè legetur, aut contra poſtremo quædam, quæ ad veterem formam legandi pertinebant, mutantur.

TEXTUS.

Continuatio.

Poſt hæc videamus de legatis: quæ pars juris extra propoſitam quidem materiam videtur: nam loquimur de iis juris figuris, quibus per univerſitatem res nobis acquiruntur: ſed cum omnino de teſtamentis, & de hæredibus, qui in teſtamento inſtituuntur, loquuti ſimus, non ſine cauſa ſequenti loco poteſt hæc juris materia tractari.

COMMENTARIUS.

DE *iis figuris, quibus per univerſitatem*] *Figuris*, id eſt, *cauſis, modis, rationibus.* Docemus quibus modis res univerſæ 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. cuiq. acq.* in hac diſtinctione acquiſitionem 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 ſucceſſorem, *d. l. non amplius.* 26. §. 2. proinde nec ullas actiones hæreditarias aut activè aut paſſivè in eum transire: ob quam cauſam olim factum, ut ſtipulationes partis & pro parte inter hujuſmodi legatarium & hæredem interponerentur, §. *ſed quia.* 5. *inf. de fid. har.* Quod autem parte hæreditatis legata non deducuntur impenſæ, puta pretia ſervorum manumiſſorum, aut ſumptus funeris, *l.* 8. §. *ult. de legat.* 2. hoc non tribuit legatario ſucceſſionem juris; ſed 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.

TEXTUS.

Definitio.

1. *Legatum itaque eſt donatio quædam à defuncto relicta, ab hærede præſtanda.*

NOTÆ.

1. *Donatio quædam*] *Quædam* συνκατηγόρημα generi additum, quia legatum propriè donatio non eſt: in omni enim donatione res inter duos agitur, nec ulla eſt donatio ſine acceptione, *v. ſup. de don.* Florent. *delibatio hæreditatis, l.* 116. *de leg.* 1. μείωσις κληρονομίας Baſil. 44. *tit.* 1. *c.* 1.

A 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] Deſunt hæc apud Modeſtin. nec Theoph. Cujac. Hot. agnoſcunt, neque ad definitionem ſunt neceſſaria. Sæpè tamen noſtri definitionibus aliquid adjiciunt plenioris explicationis gratia.

COMMENTARIUS.

1. *Legatum unde dictum.*
2. *Cur particula* quædam *donationi in definitione adjecta.*
3. *Consulto pro* testamento relicta, *ut est in definitione Modestini, hic positum* à defuncto relicta.
4. *Verba* ab hærede præstanda, *non videri otiosa, ut quidam censent.*

1 LEgatum, inquit Ulpianus *in fragm. hoc tit.* est, quod *legis modo*, id est, *imperativè* testamento relinquitur: quæ notatio quædam est & ratio nominis: 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 definivisse *delibationem hæreditatis*, *l. legatum.* 116. *in pr. de leg.* 1. Nam delibare decerpere est. Cic. *in orat. pro Sext. cap.* 56. *Omnes undique floſculos carpere atque delibare.* Quæ autem decerpuntur, leguntur. Virg. *Eclog.* 3. *v.* 92.

Qui legitis flores & humi nascentia fraga.

Nec dissimili admodum ratione Varro *lib.* 4. *de ling. Lat.* legatos à *legendo* appellatos tradit; quia scilicet *publicè lecti sint, ut mittantur.* Cæterum etymologia Ulpiani convenientior videtur latitudini significationis verbi *legare*, in qua usurpatur in illo legis duodecim tabularum, *uti quisque legassit*, &c. ubi hoc verbo *legassit*, continentur etiam hæredum institutiones, denique quicquid verbis directis paterfam. in testamento caverit, confirmatur, *l. verbis legis.* 120. *de verb. sign.* VINN. Immo etymologia Ulpiani nihil est verius. Legare enim prima producta non significat delibare, vel decerpere, sed mandare, jubere, legem dicere. Unde & legare dicitur paterfamilias etiam, quando heredem ex asse instituit. Placuit vero hoc vocabulum veteribus, quia, ut supra monuimus, testamenta legis modo condebantur in comitiis calatis. Quare nec legata aliter relinqui poterant, quam verbis directis & ut ita dicamus, legislatoriis, e. g. *habeto, heres damnas esto, sinito*, &c. Plura eam in rem diximus in *Antiquit. Rom. h. t.* HEIN.

2 *Donatio quædam*] Particulam *quædam* Modestinus in sua legati definitione non addidit, *l. legatum.* 36. *de legat.* 2. Non est tamen 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 aditione hæreditatis: quod iterum secus in donationibus etiam iis, quæ mortis causa fiunt. *l* 5. §. *qui mortis.* 17. *de his quæ 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 συγκατηγόρημα *quædam*, ut sciamus, genus hoc non simpliciter, sed quadantenus & ratione analogica speciei definitæ convenire. Neque quicquam hactenus contra legem aut modum definiendi. vid. Goclen. *de trop. defin. can.* 9. *except.* 1.

A defuncto relicta] Directo scilicet & proximè à defuncto, non per interpositam mediam personam; ut excludatur fideicommissum: quod quidem etiam relinquitur à defuncto, sed ἐμμέσως, atque ita, ut relictum prius alteri quæratur, atque in hujus persona consistat. Videtur autem Tribonianus pro eo, 3 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 relinqui posse cœperunt, aut codicillis testamento non confirmatis: quod secus fuit jure veteri, quo legata tantum ex testamento valebant. §. *præterea.* 10. *inf. de fid. hær.* Id quod Modestinus indicare voluit, & Florentinus significat, cum legatum sic describit, ut sit *delibatio hæreditatis*, (μείωσις κληρονομίας, Basil. 44. *tit.* 1. *c.* 1.) *qua testator ex eo, quod universum hæredis 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 quæritur, quid sit legatum; non à quo relinquatur aut præstandum sit; quod pertinet ad executionem. Cæterum cau- 4 sam 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 exæquationem 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 censeri: de quo nonnihil iterum infra *de fideic. hær. 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

possessi

sio 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.

Textus.

De antiquis generibus legatorum sublatis.

2. *Sed olim quidem erant legatorum genera quatuor: per vindicationem, per damnationem, sinendi modo, per præceptionem: & certa quædam verba cuique generi legatorum adsignata erant, per quæ singula genera legatorum significabantur. Sed ex constitutionibus divorum Principum solemnitas hujusmodi verborum sublata est. Nostra autem constitutio, quam cum magna fecimus lucubratione, defunctorum voluntates validiores esse cupientes, & non verbis, sed voluntatibus eorum faventes, disposuit, ut omnibus una sit natura: & 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.*

Notæ.

2. *Certa quædam verba*] Vid. Ulp. *tit.* 24. Cajum *lib.* 2. *tit.* 1. Notæ juris, D. D. E. *dare damnas esto.* Per præceptionem solummodo legatur uni ex hæredibus. Cajus *d. lib. & tit.* §. *ult.* Theoph. hic. Formula: *Luc. Titius mihi ex parte hares rem illam præcipito.* Hæc capiendi figura præceptio dicitur, prælegatum, & præcipuum. Græc. ἐξαιρέτου δόσις.

Commentarius.

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.*

Per vindicationem, per damnationem, sinendi modo, per præceptionem.] His nominibus sic genera hæc distincta atque appellata fuerunt à verborum formulis cujusque generis propriis, aut earum 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 sibique habere.* Per præceptionem uni ex hæredibus legabatur hac formula, *L. Titius mihi ex parte hæres illam rem præcipito, aut præcipuam 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 disjunctim, electio erat legatarii: idque puto etiam obtinuisse in relicto sinendi modo; quia in hoc quoque genere verba executiva, ut loquuntur, diriguntur ad legatarium. In damnationis autem legato hoc casu electio erat 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: Cajus etiam vindicari potuisse, *lib.* 2. *h. t.* §. *pen.* quod ego locum habuisse puto, cum res testatoris propria hoc genere legati relicta esset. Quod per præceptionem cohæredi datum erat, eo nomine familiæ erciscundæ agebatur in cohæredes. Hæc ferè, & quædam alia hujusmodi reperiuntur apud Ulp. *tit.* 24. Cajum *lib.* 2. *tit.* 5. Paul. 3. *sent.* 6. & Theophil. *hic.* Si cui vacat, etiam per me licet adeat Ant. Fab. 6. *conject.* 1. caute tamen. Vinn. Recte Cajum interpretatur Vinnius. Si enim res propria heredis vel testatoris alicui sinendi modo fuerat relicta, & legatarius eam vindicabat: tunc heres non contra vindicare, nec dicere poterat: *Et ego ajo illam rem meam esse:* quia jussus erat sinere, ut legatarius rem sibi haberet. Præclare hoc observavit V. C. Ant. Schulting. *ad* Caj. *lib.* 11. *tit.* 6. §. 6. *p.* 120. Ceterum septendecim horum legatorum differentias ex jure antiquo erudite erutas exhibuit Merill. *Obs. Lib.* VI. *cap.* XXXII. *p.* 175. Hein.

Constitutionibus DD. Principum verborum solemnitas sublata] Significatur *l. in legatis.* 21. *C. hoc tit.* quæ una quidem constitutio est, sed trium Impp. Constantini, Constantii & Constantis; quos si singulos spectes, totidem dici possunt Imperatorum constitutiones. Hi iidem Impp. etiam verborum solemnitatem & observantiam sustulerunt in institutionibus 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 vetus naturæ & effectorum in ſingulis generibus diverſitas: verbi cauſa, nihilo magis res aliena per verba vindicationis legari poterat, quam ante; aut legatum per damnatio-
2 nem 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. Comm. de leg.* Quod ſi qua adhuc veteris diſcriminis veſtigia in libris noſtris tibi occurrent, ſcito, Tribonianum hæc per incuriam reliquiſſe, qui dum reſponſa Juriſconſultorum ad conſtitutionem Juſtiniani accommodare ſtuduit, verba quidem hæc, *per vindicationem*, aut *damnationem*, ubique ſuſtulit; rem autem ipſam & effectum reliquit. VINN. Id negari vix poteſt. Nam ſic e.g. in legato per vindicationem portio deficiens conjuncto accreſcere dicitur *l. 16. §. ult. & l. 34. ff. de legat. 1. l. 31. §. 1. ff. de ſtatulib.* Contra in legato per damnationem illa deficiens portio non accreſcit conjuncto. *l. 16. pr. ff. de legat. 1. l. 62. de legat. 2.* Non itaque dicendum cum Cujacio *in Paratitl. C. ad l. un. de cad. tollend. ſub fin.* hanc differentiam non eſſe ſublatam, ſed Pandectarum compoſitores feſtinantius agentes veſtigia omnia juris antiqui, quod Juſtinianus immutavit, non deleviſſe. Vid. Merill. *Variant. Cujac. lib. 11. cap. 10. p. 241.* HEIN.

Non verbis, ſed voluntatibus] Ætiologia hujus exæquationis: quæ talis tamen eſt, ut quivis facilè intelligat, Imperatorem noluiſſe quicquam ſtatuere, aut exæquationem iſtam valere contra manifeſtam voluntatem teſtatoris. Quamobrem ſi teſtator, verbi cauſa, generaliter quid legaverit, aut hoc vel illud 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. ſervo. 69. §. ult. l. non quocunque. 82. in pr. l. quæſitum. 91. §. ult. de legat. 1. l. qui concubinam. 29. §. 3. de legat. 3. l. 6. de in lit. jur. §. ſi res aliena. 6. inſ. 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 facto quodammodo cum legatariis contrahere videtur, *§. hæres. 5. inſ. de obl. quæ 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.*

3 *Sed etiam per in rem*] Etiam olim legati obtinendi cauſa actio in rem prodita legatariis fuit: ſed non de omni legato: ut ecce, de eo, quod per vindicationem legatum erat, præter actionem in perſonam competebat etiam in rem ſeu rei vindicatio: de re per formulam damnandi legata una erat actio in perſonam, in rem non erat: quæ juris diverſitas ex alio diverſo inter hæc jure naſcebatur; ex eo nimirum, quod rei per vindicationem legatæ dominium recta 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 fideicommiſſo, 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 aliâ, quam in perſonam actio competere poſſit. 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 recta 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. inſ. 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. 23. de rei vind.* & in promptu alia reſponſio eſt, deſcendere nimirum haſce actiones ex diverſis cauſis; in perſonam ex obligatione hæredis; in rem ex jure dominii, 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. Concurſus autem duarum harum actionum non cumulativus eſt, ſed electivus, hoc eſt, non ita ſimul competunt, ut liceat experiri utraque, ſed ut una, utra legatarius velit: una autem electa altera conſumitur, *l. cum filius. 76. §. variis. 8. de legat. 2. l. hujuſmodi. 84. §. ult. 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, vindicatio locum habere poteſt: deinde ut res, quæ legata eſt, propria teſtatoris fuerit: nam quod teſtatoris non eſt, id ab eo non poteſt recta tranſire ad legatarium. *l. nemo plus juris. 54. de reg. jur.*

Et per hypothecariam] Priores duæ actiones etiam ve- 4
teribus ſecundum ea, quæ diximus, in uſu fuerunt.

Hypo-

Hypothecaria, de qua hoc loco, tota beneficio Juſtiniani accepto ferenda eſt. Nam quod legimus apud Papinianum, legatarios cauſam pignoris habere, *l.* 4. § 1. *de ſepar.* id, ut locus ipſe indicat, junct. *l.* 1. §. *ſciendum.* 3. *eod. tit.* accipiendum eſt de ſpecie pignoris 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 quaſcunque res à defuncto relictas, adverſus quoſvis earum rerum poſſeſſores. Ajo, à defuncto relictas; ſiquidem non res hæredis propriæ, ſed hæreditariæ, ex hac cauſa pignori ſunt legatariis ex d. conſtitutione Juſtiniani. Neque tamen in his rebus numeranda videtur res teſtatoris, quæ legata ſit: quippe quæ ſtatim fit legatarii: rei autem noſtræ pignus non conſiſtit, *l. neque pignus.* 45. *de reg. jur.* Actionem hypothecariam cum perſonali 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 Treutl. vol.* 2. *diſp.* 13. *theſ.* 7. Utut 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 vindicatio: ut proinde ſimpliciter verum eſſe non poſſit, quod nonnulli ſimpliciter tradunt, tres haſce actiones electivè concurrere, non cumulativè: ſed nec pignus liberari debitore ad ſolvendum condemnato reſponſum eſt, *l. quamvis.* 8. *C. de pign.* Illud pene ſupervacuum monere, actionibus hiſce 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. tut. l. eam.* 14. *C. de fideicomm.* niſi forte teſtator voluerit ſcripturam teſtamenti etiam pro codicillis valere, ſive quod teſtamento relinquitur, 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 Jaſ. in *d. l.* 14. & poſt eum Sichard. *n.* 6. 7. & 9. Don. *num.* 9. *& ſeqq.* Illud in tranſitu monere non inutile viſum, actionem hypothecariam, quam Juſtinianus pro legatis aut fideicommiſſis conceſſit, ex conſtitutione ipſius inter plures hæredes ipſo jure diviſam eſſe, *d. l.* 1. *in fin. C. comm. de legat.* quod ſpeciale eſt, & contra ordinariam naturam actionis hypothecariæ, quæ alias ſemper individua eſt, *l. rem hæreditariam.* 65. *de evict.* introductum. Ac proinde hoc non obtinebit in hypotheca aut pignore expreſſo, quod teſtator legati aut fideicommiſſi nomine conſtituit: *l. non eſt mirum.* 26. *de pign. act.* cum in dubio credendum ſit, teſtatorem ſe conformare voluiſſe ad jus commune. *l. ult. C. de verb. ſign.* Atque hinc intelligimus, etiam poſt hanc conſtitutionem Juſtiniani adhuc utiliter pignus teſtamento conſtitui, add. Chriſtin. *vol.* 4. *deciſ.* 47. *num.* 3. & 4. Donellus tamen nihil in hoc putat eſſe ſingulare, *in d. l.* 1. *num.* 12. VINN. Atqui de cumulatione actionum fruſtra quæritur, ſi ex principiis juris Romani decidenda ſit quæſtio. Nam id jus cumulationem ignorare, & ab ea plane abhorrere videtur. *l. 6. ff. de except. rei jud.* Nec contrarium liquet ex *l.* 1. §. 4. *ff. de edendo.* & *l.* 12. §. 1. *ff. de adqu. vel amitt. poſſ.* quarum altera ad primam editionem altera ad mutationem actionis pertinet. Poterat itaque actor duas edere actiones, proteſtatus, ex altera ſe velle conſequi, quod ſe contingat: poteſt & relicta actione petitoria ad poſſeſſorium confugere, ſed non duas actiones cumulare. Totum id jus ex jure canonico videtur proficiſci, quod praxis ſequitur. Ceterum hæc docet, frequenter cumulari actionem perſonalem ex teſtamento & hypothecariam, (modo non agatur adverſus tertium poſſeſſorem, contra quem ex teſtamento agi nequit,) non autem rei vindicationem & hypothecariam, quum alterutra ſufficiat. HEIN.

TEXTUS.

Collatio legatorum & fideicommiſſorum.

3. *Sed non uſque ad eam conſtitutionem ſtandum eſſe exiſtimavimus. Cum enim antiquitatem invenimus legata quidem ſtricte concludentem; fideicommiſſis autem, quæ ex voluntate magis deſcendebant defunctorum, pinguiorem naturam indulgentem: neceſſarium eſſe duximus, omnia legata fideicommiſſis exæquare, ut nulla ſit inter ea differentia: ſed quod deeſt legatis, hoc repleatur ex natura fideicommiſſorum: & ſi quid amplius eſt in legatis, per hoc creſcat fideicommiſſorum natura. Sed ne in primis legum cunabulis permiſtim de his exponendo ſtudioſis adoleſcentibus quandam introducamus difficultatem, operæ pretium eſſe duximus, interim ſeparatim prius de legatis, & poſtea de fideicommiſſis tractare; ut natura utriuſque juris cognita, facile poſſint permiſtionem eorum eruditi ſubtilioribus auribus accipere.*

NOTÆ.

3. *Pinguiorem naturam indulgentem*] Vid. Ulp. *d. tit.* 25. Caj. *lib.* 2. *tit.* 7. Theoph. 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 & imperativis legis modo eſt relictum, adhuc legatum; & quod precariis, fideicommiſſum eſt. Sed neque ea differentia ſublata, quam facit manifeſta voluntas teſtatoris; cujus rei exemplum habemus §. *pen. inf. de ſing. reb. per fid. rel.*

COMMENTARIUS.

1. *Auctorem exæquationis legatorum & fideicommissorum itidem esse Justinianum.*
2. *Cur stricta legatorum natura, & quibus cancellis circumscripta fuerit?*
3. *Cur pinguior ac laxior fideicommissorum, & quibus in rebus?*
4. *Exæquatione hac non esse sublatam utriusque relicti differentiam essentialem.*
5. *Quando amplius fuerit in legato, quam in fideicommisso?*

SUperiore §. didicimus legata omnia inter se exæquata esse, hic docetur, ea etiam omnia & in omnibus exæquata esse fideicommissis, hoc est, communicatam ac confusam invicem etiam legatorum
1 omnium & fideicommissorum naturam. Auctor hujus exæquationis itidem Justinianus est, *l. 2. C. comm. de legat.* quod etiam hoc loco expresse profitetur. Et verum esse vel ex eo liquet, quod veteres inter legata & fideicommissa differentiæ, quas Ulpianus *in fragm.* & Cajus *lib. 2.* commemorant, certe maxima earum pars, usque ad tempora Justiniani permanserunt. Quamobrem dubitandum non est, quin illud, quod apud Ulpianum *l. 1. de legat. 1.* legimus, *per omnia exæquata esse legata fideicommissis*, Triboniano acceptum ferri debeat, qui verba Ulpiani interpolando, ea traxerit ad constitutionem Justiniani, jam biennio fere ante editionem Pandectarum evulgatam. Etenim concessu Principis hanc potestatem compilatores Pandectarum habuerunt, ut pro arbitratu suo & adjicere quædam, & detrahere scriptis veterum possent. *l. 1. C. de vet. jur. enucl.* Idque in plurimis locis ab iis factum esse animadvertere licet, vid. Govean. 1. *var. lect.* 29. Duar. 2. *disp.* 9. Don. 8. *comm.* 2. Baron. Hotom. Wesemb. *hic.* Covar. *in c. Raynaldus.* §. 1. *n.* 3. *x. de testam.* Aliter & diversimode hoc expediunt Cujac. 8. *obs.* 4. Rævard. 3. *var.* 4. Robert. 2. *sent.* 23. quorum explicationes etsi non probo, confutare tamen nolo, quia res non meretur ullam operam. Illud autem monendi sumus, hanc legatorum & fideicommissorum exæquationem pertinere tantum ad fideicommissa specialia, quibus scilicet res singulæ relinquuntur; ad universalia sive ad hæreditates fideicommissarias non pertinere. Is enim, cui ex fideicommisso restituitur hæreditas, hæredis loco habetur. De quo uberius *inf. de fideic. har.*

Stricte concludentem] Id est, strictam legatis naturam attribuentem, eaque cogentem intra verborum ac formularum angustias, & voluntates testantium juris
2 subtilitati subjicientem. Quippe in legatis, utpote quæ ex legibus & jure civili ortum ducebant, certis quibusdam & solennibus ac præscriptis verbis utendum erat, sicut & in hæredis institutione, nec aliis verbis, relicta valebant: quæ verba idcirco legitima & civilia dicebantur, *l. 7. de vulg. & pup. l. ult. C. de testam.* qualia sunt: *do, lego, capito, sumito, habeto, hæres meus damnas esto dare, hæredem meum dare jubeo.* Atque ad hæc verba, quoniam fere imperativa sunt, & legislationis propria, respexit Ulp. *in fragm. hoc tit.* legatum definiens, quod legis modo relinquitur. Cæterum prisca illa & præcisa verborum observantia jam ante Justinianum sublata fuit, ut intelleximus in §. *prec.* Voluntas quoque testantis cancellis quibusdam in legando circumscripta erat. Siquidem legatum relinqui non poterat nisi in testamento aut codicillis testamento confirmatis, §. *præterea.* 10. *inf. de fideic. her.* Cajus *lib. 2. tit. 7.* Præterea legatum relinqui non poterat ante hæredis institutionem, nec post mortem hæredis, nec à legatario aut fideicommissario, sed à solo hærede, §. *ante.* 34. *& seq. inf. eod. & tit. de fing. reb. per fideic. rel. in pr.* Ulp. *hoc tit.* §. *post mortem.* 16. *&* §. *à legatario.* 20. Cajus *dict. tit.* 7. Denique verba legatorum stricte accipiebantur, neque in his, si perspicua erant & minime ambigua, facile admittebantur conjecturæ, aut quæstio voluntatis. *l. ille.* 25. §. 1. *de legat.* 3.

Ex voluntate magis descendunt] Quam ex lege aut
3 certo jure. Quod significat Ulpianus *in fragm. tit. de fideic.* cum ait *fideicommissum non ex rigore juris civilis proficisci, sed ex voluntate dari relinquentis.* Proinde in fideicommissis parum referebat, quibus verbis relicta essent, modo certa esset testatoris voluntas, *l. cum virum.* 16. *C. de fideic.* adeo ut fideicommissum non minus Græco, quam Latino sermone recte relinqueretur, *l. 11. in pr. de legat.* 3. Ulp. *d. tit.* §. *item Græce.* 9. Hoc amplius etiam nutu fideicommissa posse relinqui, placebat, *l. nutu.* 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.

Pinguiorem naturam indulgentem] Non ea adstringentem verborum formulis, nec voluntatem relinquentis coërcentem intra rigorem juris civilis, laxioremque longe & benigniorem interpretationem in fideicommissis, quam in legatis admittentem. Unde nihil eorum, quæ legatum vitiasse diximus, oberat fideicommisso. Poterat & ab intestato relinqui, & codicillis testamento non confirmatis. Poterat relinqui & ante hæredis institutionem & post mortem hæredis. Poterat & à legatario & à fideicommissario, ut supra allegata simul docent. Erant & aliæ quædam inter legata & fideicommissa differentiæ, quarum Ulp. *tit.* 25. & Caj. *lib. 2. tit. 7.* meminerunt. Nobis hic omnes referri curæ non fuit. VINN. In his præcipua videtur, quod quibus legari non poterat, iis fideicommitti posset. §. 1. *Inst. de fideic. hered.* Hinc deportatis, orbis, in cœlibatu viventibus legari non poterat, quum posset fideicommissum relinqui, immo & Latinis, quum hi legatum non caperent, nisi intra centum dies jura Quiritium impetrarent. Ulp. *tit.* XVII. §. 1. & *tit.* XXV. §. 7. Unde omnino apud Ulp. *tit.* XXV. §. 6. legendum videtur: *Fideicommissa dari possunt his, quibus legari non potest.* Hoc jus enim ante Ulpianum mutatum esse, nondum constat. HEIN.

Ut nulla sit inter ea differentia] Hoc est, ut una sit eorum natura, ut jam non amplius, sicut olim, diversa eorum vis sit, ac potestas. Hoc enim exæquare est, alterius vim ac naturam alteri communicare; quemadmodum hoc Imperator ipse mox explicat & in *d. l. 2. C. comm. de leg.* Itaque nunc legata æquè ac fideicommissa & ab intestato, & nutu, & à legatario,

rio, &c. relinqui poterunt, & voluntas legantis ser-
4 vabitur. Quod ideo monendum putavi, ne quis putet hac exæquatione essentialem harum rerum differentiam sublatam esse, & quod verbis directis ac imperativis relictum est, etiam fideicommissum factum; & contra quod precariis, legatum: quod esset absurdum. Nam voluntas testatoris legatum aut fideicommissum facit & discernit. Ac proinde etiam adhuc fieri potest, ut aliquo casu dissimilem hæc necessario effectum habeant, ne quid fiat contra voluntatem defuncti; quam non evertere, sed conservare Justiniano propositum fuit. Cujus rei exemplum habemus in legato & fideicommisso libertatis. §. *pen. inf. de sing. reb. per fideic. rel.* Quinque alias differentias refert Giphanius, quas existimat post exæquationem nostram adhuc relictas: sed perspicuo errore, nec digno, qui confutetur.

5 *Si quid amplius est in legatis*] Mutua igitur est hæc exæquatio. In legatis hoc amplius erat, quam in fideicommissis, quod aliquando, & scilicet legata re testatoris propria, dominium recta in legatarium transibat, ex fideicommisso 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 competebat extraordinaria persecutio. De quo dicendum amplius *inf. tit. de fideic. har.* §. 1. Cæterum etiam hanc differentiam sustulit Justinianus, & fideicommissa vice mutua in his rebus exæquavit legatis, ut jam iisdem quoque actionibus, quibus legata, peti possint. *l. 1. & 2. C. comm. de leg.*

Separatim prius de legatis, & postea de fid.] Hinc est, quod Justinianus in progressu aliquando ita differit, tanquam inter legata & fideicommissa quædam adhuc differentiæ obtinerent, quas tamen certum est eum una cum cæteris sublatas voluisse. Veluti in §. *præterea.* 10. *inf. de fideic. hared.* ubi ait, legata nisi ex testamento non valere. Et in *pr. tit. de sing. reb. per fid. rel.* sic loquitur, quasi à legatario etiamnum legare non liceret.

TEXTUS.

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, æstimationem ejus dare. Sed si talis sit res, cujus commercium non est, vel adipisci non potest, nec æstimatio ejus debetur; veluti si quis campum Martium, vel basilicas, vel templa, vel quæ publico usui destinata sunt, legaverit. Nam nullius momenti tale legatum est. Quod autem diximus, alienam rem posse legari, ita intelligendum est, si defunctus sciebat, alienam rem esse, non si ignorabat. Forsitan enim si scivisset, alienam rem esse, non legasset, & ita divus Pius rescripsit. Et verius est, ipsum, qui agit, id est, legatarium, probare oportere, scivisse alienam rem legare defunctum; non hæredem probare oportere, ignorasse alienam. Quia semper necessitas probandi incumbit illi, qui agit.*

NOTÆ.

4 *Cujus commercium non est*] Ejus rei, quæ absolute commercio exemta, legatum prorsus inutile est: cujusmodi sunt, quæ hic & in *l.* 39. §. 8. *& seqq. eod.* 1. memorantur. Sed nec earum rerum legatum regulariter consistit, quæ ædibus juncta sunt, *l.* 41. cum 2. *seqq. eod.* Quid si vel testator, vel hæres, commercium rei non habeant? Resp. si legatarius habeat, utile esse legatum, *l.* 49. §. 3. *eod.* 2. fac. *l.* 34. *de verb. obl.* sin minus, non valere. *d. l.* 49. §. 2. *d. l.* 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 æstimatio 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.*

COMMENTARIUS.

1. *Quarum rerum legatum consistat, aut non consistat?*
2. *Legem* 12. *tabb. non impedire, quominus res alienæ legari possit. Et num jus Canonicum?*
3. *Quid juris sit in legato rei communis? Quæstio subtilis & elegans.*
4. *Effectus legati rei alienæ.*
5. *Legatum rei simpliciter exemtæ commercio, aut usibus Principis deservientis, prorsus inutile esse. Ut & regulariter earum rerum, quæ ædibus junctæ.*
6. *Rei exemtæ commercio certæ personæ legatum valere, si legatarius commercium habeat; sin minus, secus; subjecta pleniſſima solutione omnium, quæ obstare videantur.*
7. *Quid juris, si feudum legatum sit?*
8. *Legatum rei alienæ, nisi singulari conjectura adjuvetur, cur demum valere placeat, si testator sciverit, alienam esse: & cur legatario ejus rei probatio incumbat?*

INchoatur hic tractatio de rebus, quæ legari possunt, aut non possunt: qui locus maximam hujus tit. partem occupat; nec est fine multiplici distinctione pervius. Primum hoc in genere teneamus, non so- 1
lum res speciatim sic dictas, sed etiam facta legari posse, ut qui jussus est facere, parere debeat: nec solum res corporales, sed etiam incorporales, puta usumfructum, servitutem, nomen. Deinde posse legari non modo res, quæ actu sunt in rerum natura,

verum

verum etiam, quæ futuræ ſperantur: quæ non ſunt, nec eſſe poſſunt, earum legatum inutile eſſe. De quibus omnibus accuratius agemus ſuis locis. Porro intereſt, utrum res legata ſit in commercio, an non ſit: & ſi extra commercium, utrum ſimpliciter atque in totum, ut ſunt res publicæ, ſacræ, ſanctæ, religioſæ, liber homo; quarum rerum legatum nullius momenti eſt: an vero res talis ſit certo reſpectu, & vel ob ſpecialem circumſtantiam commercio exemta, cum alioqui per ſe & conditione ſua ſit in commercio, cujuſmodi ſunt marmora, columnæ, tigna ædificiis juncta; quæ inutiliter itidem uno atque altero caſu excepto legantur; vel exemta commercio quorundam, non omnium, ut mancipium Chriſtianum, cujus commercium non habent hæreticus, Judæus, paganus, *t. 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 præſide non item. Atque hujus generis res aliquando utiliter, aliquando inutiliter legantur: de quo uberius paulo poſt. Quæ res legata in commercio eſt, ea vel eſt teſtatoris propria, vel non eſt, & hæc iterum vel hæredis, vel legatarii, vel tertii 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 dicetur *inf. ſub.* §. *ſed ſi rem.* 10. De re aliena hic itidem traditum eſt, eam utiliter legari; cum ea tamen diſtinctione, quam legatum rei teſtatoris aut hæredis propriæ non recipit. Poſtremo illud quoque generaliter tenendum eſt, nullius eſſe momenti legatum earum rerum, quæ legatæ nihil emolumenti aut commodi legatario afferunt, quamvis ſint in commercio: de quo etiam inferius præcipietur diligentius *ſub.* §. *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.* 39. §. *conſtat.* 2 7. *de legat.* 1. nec obſtat lex duodecim tabularum, quæ tantum 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 præſtet. 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. *eod.* An autem jure quoque Canonico legatum rei alienæ valeat, dubitatur propter *cap. filius.* 5. *x. de teſtam.* ubi videtur ejuſmodi diſpoſitio improbari. Covarruvias putat, ſpeciem *d. c.* eſſe ſingularem, quod res alterius Eccleſiæ legata proponeretur ſepulturæ cauſa: & ideo extra ſpeciem illic propoſitam etiam jure Pontificio alienæ rei legatum conſiſtere: & ita quoque Mantic. 9. *de conj. ult. vol.* 10. Fachin. 5. *contr.* 38. At enim negari non poteſt, quin Pontifex in *d. c.* oſtenderit, ſibi diſplicere rei alienæ legatum, cum id magis *ſeculi legibus*, quam *legi Dei* convenire ſignificet. Quamobrem D. Tulden. *hic 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 redemtam, aut eo nolente vendere, juſtam rei æſtimationem legatario præſtet. 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 redemtione rei alienæ, aut pretii illius præſtatione oneretur, conſtat, legi divinæ minime repugnare. Quæſitum eſt, quid juris ſit in legato rei 3 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, patrem, 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 interpretamur, quatenus meus eſt: nam meum etiam recte dicitur, quod pro parte meum eſt, *l. in re communi.* 26. *de ſerv. prad. urb. l. ſi quis.* 74. *de legat.* 3. *l.* 2. *de cond. inſt.* quamvis totum meum eſſe non recte dicatur, *l. recte.* 25. *de verb. ſign.* Mens teſtatoris; quia etiamſi 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 contrariam ſententiam, quam probant Bart. Bald. Jaſ. Ang. Zaſ. Duar. in *d. l.* 5. §. *ult. de legat.* 1. Mant. 9. *de conj. ult. vol. tit.* 1. *n.* 12. veram eſſe exiſtimo, partem tantum deberi. Quippe longe diverſa ratio eſt in caſu propoſito rei in totum alienæ, & pro parte meæ. Si res legata tota aliena eſt, non poteſt videri teſtator revocaſſe modum legati ad partem aliquam ſuam, quam nullam in ea re habet; nullaque alia conjectura capi poteſt, quam voluiſſe legare totam. At cum pars tantum teſtatoris fuit, omnino credibile eſt, eum potius de ſua illa parte cogitaſſe, quam voluiſſe hæredem ſuum ita onerare, ut partem alienam redimat; quæ conjectura efficaciſſima eſt.

eſt. *l. unum.* 67. §. *ſi rem.* 8. *de leg.* 2. *l. Sticho.* 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 inſtruct. 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. quæſt. cap.* 26.

Si eam non poteſt redimere, æſtimationem ejus dare] 4 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 re aliena legata, dominium ejus rei rectà 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] 5 Ejus rei, quæ ſimpliciter atque abſolute extra commercium eſt, legatum inutile prorſus atque inane eſt, ut nec æſtimatio debeatur. Cujus generis ſunt res ſacræ, ſanctæ, religioſæ, uſibus publicis deſtinatæ. *l. 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. & 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. cætera.* 41. *cum* 2. *ll. ſeq. d. tit.* Excipiuntur duæ cauſæ, in quibus harum etiam rerum legatum valere placet: quarum una eſt in *d. l. cætera.* §. *ſed ſi quis.* 5. altera in *l.* 11. §. *ſi quis illicite.* 14. *de legat.* 3. nimirum quia in utraque ea ſpecie ceſſat ratio, ob quam hæ res legari, aut negotiandi cauſa eximi prohibentur, quæ hæc eſt, ne ruinis deformetur aſpectus publicus. *l.* 2. *C. de ædif. priv.* 6 Hæc omnia liquida ſunt & cunctis probata. 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 ſtipulatum deductæ commercium habeat ſtipulator, licet promiſſor 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, & ulu, uti & ſuperiora, recepta. Grot. 2. *manuduct.* 22. *verſ. pen.* Quod ſi legatarius commercium non habeat, traditum eſt, legatum non valere, *dict. l. mortuo bove.* §. 2. cui ſimile eſt, quod is, qui rei commercium non habet, eam inutiliter ſtipulatur, *dict. l.* 34. *de verb. obl.* & quod donari non poteſt, quod donatario acquiri non poteſt, *l.* 9. §. *ult. de donat.* οἷον χερσαῖον ἀνδρὶ ἀφ' ἵππου ἀιχετικῷ ἐφεστῶτι, ut ibi Græci. Cæterum non eſt hoc æque expeditum, ac præcedentia. Nam primum obſtare videtur, quod reſponſum eſt, militia ſervo alieno legata, domino æſtimationem deberi, modo teſtator ſciens eam ſervo legaverit, *l.* 11. §. *ſi ſervo.* 16. *de legat.* 3. Atqui ſervus militiæ capax non eſt. Reſpondeo, ſervis ademptam eſſe totius juris civilis communionem. Sed ſciendum, teſtamenti factionem cum ſervis ex perſona dominorum introductam, ut proinde, ſi domino militia relinqui potuit, & ſervo poſſit, atque in perſona ſervi ipſi domino relicta videatur, *l. non minus.* 31. *de hæred. inſt.* Eo fit, ut ſi teſtator ſervo alieno militiam legaverit, legatum utile ſit, & æſtimatio, quæ natura legati militiæ continetur, *d. l.* 49. §. 1. *de leg.* 2. debeatur domino, qui militiæ commercium habuit. Utique, ſi teſtator non ignoraverit, ſervum eſſe: nam ſi liberum putavit, ſcriptum eſt in *d. l.* 11. §. *ſi ſervo.* 16. denegari fideicommiſſi petitionem, addita hac ratione, quia ſi ſciſſet ſervum, non reliquiſſet. Itaque nec ad dominum quicquam iſto caſu ex legato aut fideicommiſſo 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 relictæ interdictum eſt. Nemo enim dicet, prædium provinciale licite legari præſidi, aut mancipium Chriſtianum Judæo. Proponitur relictum ei, qui caſu aliquo & probabili ex cauſa rem habere non poteſt; non ei, qui jure capere prohibetur. Finge, ſurdo, muto, aut cæco militiam legatam, aut per fideicommiſſum relictam, hoc caſu æſtimatio debebitur: at non deberetur, ſi ea res relicta eſſet incapaci, argum. *d. l.* 11. §. *ſi ſervo.* 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.* 34. *de verb. obl.* diſtinguit inter impedimentum poſſidendi, & incapacitatem legatarii, vultque aliud eſſe, non habere jus poſſidendi, aliud, non habere rei commercium. Verum iſta diſtinctio locum habet, ubi quæſtio eſt de conditione perſonæ legatarii, non de capacitate ejus aut incapacitate, ut jam intellectum eſt. Robertus, 3. *animadverſ.* 11. & alii, intereſſe putant, ſciverit teſtator legatarium ſive fideicommiſſarium incapacem eſſe, an ignoraverit: priore caſu æſtimationem deberi, poſteriore non item. Non diſplicet, quod Cujacius in *d. l. multum.* 34. contendit, redundare in *d. l. ſed ſi res.* 40. ſecundam negationem, eamque demendam; ut hic ſit ſenſus, æ-

ſtimationem 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 ſimillimus ei, 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.* 40. Sed cui placere poterit Duareni explicatio, verba illa, *cui jus poſſidendi non eſt*, referentis ad legatarium, qui Duareno idem eſt ille, cui per fideicommiſſum relinqui dicitur? Quis non videt, tunc totum illud, *cui poſſidendi jus non eſt*, abundare? Exiſtimat autem Duarenus in quæſtione propoſita diſtinguendum eſſe ex ratione juris veteris inter legatum & fideicommiſſum. Legatum rei, cujus legatarius commercium non habet, eo jure inutile eſſe; fideicommiſſum, in quo benignior admittebatur interpretatio, utile, atque ex eo æſtimationem fideicommiſſario, deberi. Argumento eſſe, quod in iis locis, ubi negatur deberi æſtimatio, agatur de legato, ut in *dict. l. mortuo bove.* 49. *de leg.* 2. §. *pen.* contra ubi æſtimatio dicitur deberi, de fideicommiſſo, ut in *d. l.* 11. §. *ſi ſervo.* 16. *de legat.* 3. *& d. l. ſi filiusfam.* 114. §. *ſi quid alicui.* 5. *de legat.* 1. Bachovius etiam, qui idem in hac re, quod Duarenus ſentit, non inelegantem ſibi hujus differentiæ rationem reddere videtur; nimirum quia legatum recta tranſit in legatarium, fideicommiſſum primo conſiſtit in perſona ejus, à quo relinquitur. Ego vero non magni hæc æſtimo. Nam ſi tam inſignis hoc in caſu differentia fuiſſet inter legata & fideicommiſſa, utique ejus meminiſſent Ulp. & Cajus *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 hactenus naturæ, ut eædem res, quæ per unum relinqui poſſunt, poſſint & per alterum, *dict. tit. de fideic.* §. 4. Sed nec magis ex legato damnationis dominium recta in legatarium tranſit, quam ex fideicommiſſo: ex quo apparet rationem illam differen
7 tiæ, 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. Pet. Gregor. 42. *ſyntagm.* 32. Ajunt Peregrin. *de fideic. art.* 11. *n.* 103. *& ſeq.* Matheac. *lib.* 2. *epit. legat. cap.* 19. *n.* 4. Quorum ſententia probabilior videtur Bachov. *in Treutl. vol.* 2. *diſput.* 13. *theſ.* 5. Sed prior apud nos obtinet, ſive teſtator de ſuo feudo diſpoſuerit non intervenientе domini conſenſu, D. Grot. 2. *manud.* 42. ſive 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, debebitur; ſi ignoravit, non item, *l. cum alienam.* 10. *C. hoc tit. l. unum.* 67. §. *ſi rem.* 8. *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 8
nimirum, quod nemo facile credendus ſit hæredem ſuum onerare voluiſſe redemptione rei alienæ, *d. l. unum.* 67. §. *ſi rem.* 8. *l. Sticho.* 36. *in fin. de uſufr. leg.* Atque hinc intelligere licet diſtinctionem illam ad rem hæredis legatam non pertinere, ſed eam omnino deberi, etiamſi 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, aliive 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. piæ 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.* 23. *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 jus 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.

5. Sed & ſi rem obligatam creditori aliquis legaverit, neceſſe habet hæres eam luere. Et in hoc quoque caſu idem placet, quod in re aliena, ut ita demum luere neceſſe habeat hæres, ſi ſciebat defunctus rem obligatam eſſe:

&

& ita divi Severus & Antoninus reſcripſerunt. Si tamen defunctus voluerit legatarium luere, & hoc expreſſerit, non debet hæres eam luere.

Notæ.

5. Si rem obligatam] Fac. *l.* 57. *de legat.* 1. *l.* 15. *de dot. præl. l.* 6. *C. de fideic.*

Hæres eam luere] In *d. leg.* 15. *liberare.* Luere eſt pignus ſolutione vel ſatisfactione liberare.

Et hoc expreſſerit] In teſtatoris certa & expreſſa voluntate conjecturis non eſt locus, *l.* 33. *eod.* 1.

Commentarius.

1. *Doctrina hujus §. non obſtare quod alibi traditur, ſi res certa legata ſit, talem dari debere, qualis eſt.*
2. *Interdum etiam tunc cum teſtator neſcivit rem obligatam eſſe, hæredem eam luere debere, & quibus caſibus.*
3. *Quid juris ſit pignore diſtracto?*

REs pignori obligata quodammodo aliena eſt, utpote cujus pretium nobis abſit, quod pro ea liberanda præſtare cogimur, *argum. l. Labeo.* 14. *de verb. ſign.* unde & pignoris obligatio ſpecies quædam alienationis habetur, *l. ult. C. de reb. al. non alien.* Atque hinc eſt, quod in re pignori obligata idem placet, quod in re aliena, ut quemadmodum hæres rem alienam legatam cogitur redimere, ita & rem pignori obligatam, quæ legata ſit, luere, id eſt, nexu pignoris liberare, ſoluta creditori pecunia, *hoc text. l. ſi res.* 57. *de legat.* 1. *l. licet.* 15. *de dot. præl. l. prædia.* 6. *C. de fideic.*

1 Non obſtat quod alibi traditur, ſi res certa legata eſt, talem dari debere, qualis eſt; verbi cauſa ſi fundus, qui legatus eſt, ſervitutem debet, eum cum ſervitute rectè præſtari, *l. ſervo.* 69. §. 3. *de legat.* 1. ſi ſervus ſtatuliber legatus eſt, ſtatuliberum rectè 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 uſumfructum redimere debere; quoniam ſcilicet & in uſufructu res aliena legata videtur: nam etſi uſusfructus non in parte, ſed in jure conſiſtit, emolumentum tamen rei continere, & ideo inſtar obtinere portionis, *l. Mævius.* 66. §. *pen. l. cum filius.* 76. §. *dominus.* 2. *de legat.* 2. Plane, ſi quis prædium legavit obligatum pro annuo reditu, hoc caſu non eſſe cogendum hæredem prædium liberare, poſt Joan. Fab. D. Tuldenus *hic. c.* 11. annotavit: & ita obſervari ait; quoniam ejuſmodi onera plerumque perpetua ſunt, inſtar ſervitutis rei inhærentia, ut proinde non ſit præſumendum, teſtatorem cogitaſſe de liberatione. *Deciſ. Cur. Holland.* 11. *in fin.*

Ita demum, ſi ſciebat defunctus] Si ignorabat, valet quidem adhuc legatum: cæterum tunc res à legatario
2 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.* 57. *de legat.* 1. *d. l. prædia.* 6. *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.* 10. *C. de legat.* Alter caſus eſt, cum debitum exæquat aut ſuperat pretium rei pro eo obligatæ: quoniam hoc caſu legatarius ipſe rem liberans nihil reliqui habiturus eſſet, atque inani legato, quod verisimile non eſt defunctum voluiſſe, ludificaretur, *d. l. ſi res.* 57. *in pr.* ubi ita legendum eſt, *vel niſi non poteſt aliquid eſſe ſuperfluum exſoluto ære alieno.* Ut editiones Roberti Stephani, Petri Baudozæ & nonnullæ aliæ habent, & in ſua notat Jul. Pacius: non ut 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 re 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. Tulden. *hic. c.* 11. Atqui tunc regula convertenda erit: quoniam rariſſimè fit, ut creditores pignus accipiant, cujus æſtimatio non ſuperet quantitatem crediti. Donellus 8. *comm.* 19. alium ſenſum vulgatæ lectioni affingit, nimirum 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 ære alieno*, minime ferunt. Illud hic monendi ſumus, tunc ſolum hæredem poſſe pignus luere, cum id nondum à creditore legitime diſtractum eſt. Diſtracto 3
pignore res in priorem ſpeciem rei alienæ legatæ incidit, utpote dominio pignoris jure in alium tranſlato, *l. non eſt novum.* 46. *de acq. rer. dom. l. ult. C. ſi vend. pign. agat.* Proinde hoc caſu id ſupereſt, ut hæres aut rem redimat, aut ſi redimere non poſſit, æſtimationem ejus præſtet; niſi contraria defuncti voluntas ab hærede oſtendatur, *d. l. prædia.* 6. *C. de fideic.* Vinn. Quum vexatiſſima ſit *l.* 57. *ff. de leg.* 1. Stephani autem & Baudozæ lectio & violenta videatur, nec præſidium in vetuſtis Codicibus MSS. reperiat: omnino videtur Donelli ſententia liquidiſſima. Ponit primo Ulpianus regulam bimembrem. Si teſtator ſcivit, rem obligatam, tunc heres luit, niſi alio animo fuerit. Sin neſcivit teſtator, tunc luit fideicommiſſarius. Jam ſequuntur exceptiones aliquod ad poſterius membrum pertinentes: (1.) niſi ſi vel hanc vel aliam rem relicturus fuiſſet, ſi ſciſſet. (2.) *vel poteſt aliquid eſſe ſuperfluum exſoluto ære alieno*, id eſt, niſi exſoluto ære alieno nihilominus aliquid ſuperfluum manet, quod ſolvendum, e. g. uſuræ diu *non* ſolutæ, tunc id quod ſolvendum ſupereſt, ab herede ſolvendum. Ad hunc caſum etiam pertinent verba ſequentia, in quibus fruſtra Ant. Fab. *lib.* XI. *Conj. cap.* X. & Donell. *lib.* VIII. *cap.* XIX. pro *noluerit* legunt *voluerit*. Qua emendatione non opus eſſe, ſi verſiculus ille ad hunc caſum referatur, jam oſtendit Oſw. Hillig. *Donell. Enucl. ib. litt. Q.* Hein.

Voluerit legatarium luere & hoc expreſſerit] Ratio manife-

nifesta 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 debitores, 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 solut.* Ratio est, quia cum creditoris jam res esse cœperit, in eum casum devenit obligatio, à quo incipere non potuit. §. 10. *inf. eod.* §. 2. *inf. de inut. stip.* §. 14. *inf. de act.* Diversa ratio est causæ onerosæ; quia, cui pretium abest, ei adhuc res ipsa abesse videtur. *l.* 14. *de verb. sign.*

COMMENTARIUS.

1. *Distinctionem hoc §. traditam locum habere etiam eum res legata mortuo testatore ad legatarium pervenerit.*
2. *Duarum causarum lucrativarum in eandem rem & personam concursum esse speciem liberationis, & quo ea pertineat?*
3. *Quid si eadem res eidem sæpius legata sit eodem testamento?*
4. *Quid si eadem quantitas eidem legata vel unius testamento, vel duorum?*
5. *Si duorum testamentis eadem res relicta sit, eum qui rem nactus est, posse ex altero adhuc æstimationem petere: non contra, & cur tam varie?*

SI res legata tempore facti testamenti legatarii fuit, legatum inutile est, ut docetur *inf.* §. *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, fideicommissum, donatio, *l.* 4. §. *si quis.* 29. *de dol. mal. exc. l. inter.* 83. §. *si rem.* 6. *de verb. obl. l. in perpetuum.* 61. *de solut. 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 etsi hæreditatem aditam ponamus, ex quo hæres debitor efficitur; idem tamen dicendum esset, nempe hæredem liberari, si antequam rem redimere & præstare posset, ea ex alia causa lucrativa ad legatarium pervenerit, juxta regulam generalem traditam in *l. omnes* 17. *de obl. & act.* Proinde frivolum est, quod objicit Bachov. diem legati cedere à morte testatoris. Sed quid si legatarius eandem rem iterum vivo testatore alienaverit, an legatum convalescet? Negant comm. DD. Sed ego subsisto propter *l. non quocunque.* 82. *in pr. de legat.* 1. qui locus arguere videtur, cum effectu obligationem in proposito non extingui, nisi die legati cedente dominium rei adhuc apud legatarium existat.

Ex causa emptionis, &c. pretium consequi potest] *l. plane.* 34 §. *quod si.* 7. *de legat.* 1. add. *l. si à substituto.* 45. *l. hujusmodi.* 84. §. *qui servum.* 5. *eod. tit.* & quidem si rem totam emit, aliove oneroso titulo acquisivit, pretium totius; si non totam, sed partem, pretium partis, quam emit, consequetur. *d. l. non quocunque.* 82. §. 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.* 4. *de legat.* 1. *l. Mævius* 66. §. 1. *de legat.* 2. *l. nutu.* 21. §. 1. *de legat.* 3. sed etiam si ex aliis causis similiter lucrativis, *d. l. omnes.* 17. *de obl. & act. l. inter stipulantem.* 83. §. *si rem.* 6. *de verb. obl. l. in perpetuum.* 61. *de solut.* Est enim duarum lucrativarum causarum circa eandem rem & personam concursus species liberationis, *d. l. omnes.* 17. *de obl. & act.* quæ, ut ego existimo, referenda est ad eas causas, in quibus res incidit in eum casum, unde incipere non potuit, §. 2. *inf. de inut. stip.* 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. §. *sic itaque.* 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: emo-

emolumento 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 debeatur: 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, multiplicatio legati non præſumatur. *d. l. plane.* 34. §. 3. Exigit regula, ut ea ſpecies ad creditorem pervenerit, *d. l. omnes.* 17. *de obl. & act.* quæ verba cum effectu accipienda ſunt, ſi ſic pervenerit, ut ſit manſura: alioqui ſi in ea cauſa ſit, ut avocari poſſit, aut ea lege legata, ut alteri reſtituatur, definitio locum non habet. *l. non quocunque.* 82. *in pr. & §. 1. de legat.* 1. *l. in perpetuum.* 61. *de ſolut. fac. l. aliud.* 71. *de verb. ſign.*

3 *Si ex duobus teſtamentis eadem res*] Ait *duobus*, id eſt, *duorum teſtamentis.* Nam ſi eadem res eidem ſæpius legetur eodem teſtamento, amplius quam ſemel peti non poteſt, ſufficitque vel rem conſequi vel rei æſtimationem, *l. plane.* 34. §. 1. *de legat.* 1. Quippe ſæpius idem legando non ampliat teſtator legatum, *l. ſi alii.* 42. *de uſufr.* nec tam legaſſe ſæpius, quam ſæpius locutus creditur, *l. Mævius.* 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,

4 *l. quid ergo.* 53. §. 2. *de legat.* 1. Ait *eadem res*, id eſt, *eadem ſpecies, idem corpus*, nam ſi eadem quantitas eidem duorum teſtamentis relicta ſit, puta centum aurei, ſolidum legatum ex utriuſque teſtamento peti poteſt: quamvis ſi in eodem teſtamento, non aliter placeat legatum ſæpius præſtandum, quam ſi legatarius doceat teſtatorem multiplicare ſummam voluiſſe: præſumitur enim potius repetiiſſe legatum, quam voluiſſe multiplicare, *d. l. plane.* 34. §. 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 Zaſii hanc diſtinctionem impugnantis: aut ſi variaverit teſtator modum legandi in quantitate vel qualitate, conditione, tempore, loco, vel cauſa: nam & tunc ampliaſſe legatum creditur, niſi contrarium doceatur. per *l. cum centum.* 9. *de adm. leg.* Bald. Caſtr. Raphael. Jaſ. *in d. l. plane.* §. 1. Gomez. 1. *reſolut.* 12. *num.* 38.

5 *Utrum rem, an æſtimationem*] Igitur quod ſcriptum eſt in *d. l. plane.* 34. §. 2. ſi duorum teſtamentis mihi eadem res legata ſit, bis petere me poſſe, ut ex altero teſtamento rem conſequar, ex altero æſtimationem, id cum diſtinctione accipiendum eſt, ut ſi prius æſtimationem ex altero conſecutus ſim, ex altero rem adhuc petere poſſim: non autem, ut poſſim de æſtimatione agere, ſi rem antea conſecutus fuero: eoque jure utimur, Grot. 2. *manuduct.* 22. Non obſtat huic diſtinctioni, *l. hujuſmodi.* 84. §. 2. *de legat.* 1. ubi per exceptionem repelli dicitur, qui pretium rei legatæ accepit: nam in ſpecie *d. l.* hæres Titius id duntaxat legaſſe intelligitur, quod ipſe in re legata habuit, videlicet jus per biennium retinendi, ut eo legato nihil præter commodum repræſentationis contineatur. Rationem propoſitæ diſtinctionis ſuppeditat *l. tantum.* 88. *de verb. ſign.* ubi docet Juriſconſultus, eum, qui rem habet, & æſtimationem habere intelligi: contra qui æſtimationem habet, non videri habere rem ipſam: re enim æſtimationem contineri; æſtimatione rem non contineri: ut proinde ſi is, qui rem habet, æſtimationem petat, id petere intelligatur, quod jam habet: qui æſtimationem adeptus eſt, ſi rem petat, id petere, quod non habet. Adhæc etiam affectio ad rem eſſe poteſt ſupra æſtimationem, *l. ſi in emptionem.* 35. *de minor.*

Textus.

De his quæ non ſunt in rerum natura.

7. Ea quoque res, quæ 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.

QUæ in rerum natura non ſunt nec actu, nec potentia, fruſtra & inutiliter legantur, veluti ſi hippocentaurus legetur, aut homo, qui mortuus ſit; quemadmodum & ſtipulatio harum rerum inutilis eſt. §. 1. *inſt. de inut. ſtip. fac. l. ſervus.* 108. §. *qui quinque.* 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 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 quæritur, 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. eod. ced.* Gomez. 1. *reſ.* 12. *n.* 24. quod mox perfectius intelligetur.

Fructus, qui in illo fundo] Ille caſus huc non pertinet, quando quis ſimpliciter legat certam quantitatem frumenti, vini aut olei; quæ omnino præſtanda eſt: ſed quando legantur fructus, aut certa quantitas fructuum, qui nati erunt in hoc vel illo fundo; puta hoc modo, *fructus, qui naſcentur in fundo Tuſculano, hæres dato*, vel ſix expreſſa certa quantitate, *centum amphoras vini ex eo, quod natum erit in fundo Semproniano, hæredem 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 ta-

xationis legaſſet, *ſi hoc vel tantum natum fuerit, d. l. 5. de tritic. leg. l. 8. §. 2. de legat 2.* & hoc eſt, quod Pomponius ſignificat, cum ait ineſſe hujuſmodi legatis conditionem, *l. 1. §. ult. de cond. & dem.* ex natura nimirum ipſius rei, *l. interdum. 73. infr. 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 hactenus habetur, ut nulla eo nomine obligatio aut actio eſſe intelligatur, antequam res natæ ſint; & tunc demum actio incipiat, cum per rerum naturam præſtari poſſunt, *d. l. interdum. 73. de verb. obl.* Obiter & illud hic monendus es, non pertinere huc legatum certæ quantitatis fructuum, etiamſi fundus adjectus ſit non taxationis, ſed demonſtrationis cauſa, eoque caſu integrum legatum deberi, etſi ex fundo adjecto tantum percipi non poſſit, *l. Lucius. 12. de alim leg. 1. l. Paula. 27. §. ult. de legat. 3.*

TEXTUS.

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 deceſſerit, vel alio quoquo modo defecerit, totum ad collegatarium pertinet. Conjunctim autem legatur, veluti ſi quis dicat,* Titio & Sejo hominem Stichum do, lego. *Disjunctim ita,* Titio hominem Stichum do, lego: Sejo hominem Stichum do, lego. *Sed & ſi expreſſerit* eundem hominem Stichum, *æque disjunctim legatum intelligitur.*

NOTÆ.

8. *Si alter deficiat, totum ad collegatarium.*] 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. 1. l. 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, *æquis partibus*, tum verbis conjuncti erunt duntaxat, *d. l. 142. d. l. 89.* inter quos tamen & ipſos juri accreſcendi locus, ut evincit, *d. l. 89.* nam jus prælationis, quod illic eis tribuitur, neceſſario præſupponit jus accreſcendi.

Disjunctim] Separatim, pluribus orationibus. Sunt tamen & hi conjuncti reſpectu rei, ad quam vocantur: unde & re conjuncti dicuntur; triplex enim conjunctio eſt, *d. l. 142. d. l. 89.*

COMMENTARIUS.

1. *Quid ſit jus accreſcendi?*
2. *In hæreditatibus id jus valere ex neceſſitate: unde ea neceſſitas, & qui ejus effectus?*
3. *Deficientium hæredum portiones quibus pro qua parte accreſcant?*
4. *Valere idem jus & in legatis, ſed ex ſola præſumpta voluntate teſtatoris: unde diſſimila effecta; & quæ?*
5. *Vetus inter genera legatorum circa jus accreſcendi differentia.*
6. *Juri accreſcendi locum non eſſe, niſi inter conjunctos: & genera conjunctorum expoſita.*
7. *Qui hic & paſſim disjuncti dicuntur, eos & ipſos 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, recte & totum habere dici, & partes.*
11. *Quid ſit partem ab initio facere, notato Gothofredo & Goveano?*
12. *Locus Ulpiani in* l. planè. 34. §. ſi conjunctim. 9. 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?*
15. *An inter verbis conjunctos jus accreſcendi locum habeat?*
16. *Quibus argumentis probari videatur, verbis conjunctos re conjunctos non eſſe; quibus item contra?*
17. *Communes ſententiæ, quod etiam inter verbis conjunctos jus accreſcendi valeat, pleniſſima defenſio.*
18. *Quid hic juris apud nos, & quid in legato alimentorum?*

TAngitur hic diſputatio de jure accreſcendi, qua nulla in toto jure noſtro creditur eſſe vel ſubtilior vel perplexior. Jus accreſcendi eſt, quo deficientium hæredum ejuſdem hæreditatis, aut collegatariorum ejusdem rei portiones adjiciuntur 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.*

bon. poſſ. & eos quoque ex fideicommiſſo reſtituta eſt hæreditas. *l. Papin.* 43. *cum l. ſeq.* §. 1. *l. antepen. ad Trebell. l. ſi totam.* 83. *de acq. hær.* Gomez. 1. *reſol.* 1. *n.* 19. Appellatione legatariorum etiam fideicommiſſarios ſingulares & donatarios mortis cauſa. *l. un.* §. 2 *ult. C. de cad. toll.* Valet hoc jus in hæreditatibus ex neceſſitate. Neceſſitas naſcitur ex duobus juris principiis: unum hoc eſt, *Neminem hæreditatis ſibi delatæ partem ſemel quæſitam repudiare poſſe, l.* 4. *C. de rep. hær.* Alterum, *Neminem ejuſdem hæreditatis, quæ alium hæredem non habet, partem habere poſſe, partem repudiare, l.* 1. *&* 2. *de acq. hær. 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 hær. inſt.* Si vero non prohibuerit, interpretatione juris etiam quaſi ex voluntate ejus inducitur tanquam ex tacita ſubſtitutione. *l. ſi Titio.* 61. §. 1. *de legat.* 2. Vid. Oſw. 3 Hill. *in not. ad* Don. *lib.* 7. *c.* 12. *&* 26. Ergo qui ex aliqua parte hæres extitit, ſive ex teſtamento ſive ab inteſtato, ei invito etiam & ignoranti deficientium portiones accreſcunt. *l. hæredi.* 31. *l. qui ex duabus.* 53. §. 1. *de acq. hæred. l.* 9. *de ſuis & leg. hæred.* & accreſcunt ſemper cum ſuo onere, æris ſcilicet alieni & legatorum. *d. l. un.* §. *his ita.* 10. *C. de cad. toll.* Si plures ſint, qui portionem ſuam agnoverunt, defectæ partes accreſcunt omnibus, qui agnoverint, ſi omnes conjuncti aut disjuncti ſint: ſin promiſcuè conjunctim disjunctimque inſtituti, aut ab inteſtato vocati, deficientis disjuncti portio omnibus, conjuncti ſolis conjunctis accreſcit ex tacita voluntate teſtatoria aut legis. Accreſcit vero ſingulis non ex æquo, ſed pro portionibus hæreditariis; & in diſtributione, ſi permiſtim 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.* 10. Eademque ratio eſt hæredum legitimorum, cum alii conjunctim ſeu nomine collectivo, alii ſeparatim vocantur: quod fit, cum quidam in ſtirpes, alii in capita veniunt, ut filii & nepotes, §. *cum filius.* 6. *inf. de hær. quæ ab int.* fratres & fra- 4 trum filii, *Nov.* 118. §. 3. Valet idem jus & in legatis inter collegatarios ejuſdem rei; verum effectu nonnihil diſſimili: namque in legatis locum habet non ex neceſſitate aliqua aut diſpoſitione juris, ſed ex ſola præſumpta voluntate teſtatoris eandem rem pluribus legantis: quippe quos ſingulos partem 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 relictæ 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 deficiens volenti 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 deficiens potuit: ea autem admiſſa etiam onus ei adjunctum ſubire debet, *arg. l. qui in jus.* 177. *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.* 11. *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 5 in legatis ipſis 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 auferebat, ſive jure accreſcendi ſive non decreſcendi: in legato damnationis unus rem, alter pretium rei ab hærede percipiebat, ut in hoc genere legati nullo caſu locus pateret juri accreſcendi: teſtes Ulp. *tit.* 24. Cajus *lib.* 2. *tit.* 5. atque ex parte Juſtinianus *d. l. un.* §. *ubi.* 11. Hæc differentia etſi 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. VINN. Nec tamen in univerſum per legem Papiam ſublatum jus adcreſcendi, quod viſum Em. Merill. *Var. Cujac. lib.* 1. *cap.* 39. Noluit enim, ſi poſt apertas Tabulas aliquid deficeret: valuit, ſi collegatarius haberet liberos: valuit in uſufructu, aliiſque caſibus, de quibus Jan. a Coſta *ad* §. *ult. Inſt. de SCto Orphit.* & Jac. Gothofr. *ad L. Iul. & Pap. Caduc. c.* 29. HEIN. Porro autem 6 cum non niſi inter conjunctos (nam & disjuncti qui dicuntur, ratione rei conjuncti ſunt) locus ſit juri accreſcendi, nec olim etiam fuerit, inde nata quæſtio de conjunctis eorumque differentia, quem locum tractat Paul. *l. 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, ſivé uno ſermone, ſive 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 a diverſis teſtatoribus, *l. ſi ſub conditione.* 16. *quib. mod. uſufr. am.* nec quibus ſeparatim partes ejuſdem rei legatæ ſunt, *l.* 1. *in fin. pr. de uſufr. accreſ.* jus conjunctionis aut accreſcendi habere. Cæterum li- 7 cet conjuncti omnes conjuncti ſint in eandem rem, ex verborum tamen forma & conceptione dividuntur *d. l. triplici.* 142. *& d. l. re conjuncti.* 89. in tres ſpecies, ut alii dicantur re conjuncti tantum, quorum ſcilicet ſinguli ſeparatim, ſeu diverſis orationibus ad eandem

hære-

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 hæredes sunto. Titio & Sejo fundum Tusculanum do lego:* alii denique verbis tantum, qui eadem oratione ad eandem successionem aut rem vocantur, additis his verbis, *æquis partibus*; veluti, *Titius & Sejus hæredes sunto æquis partibus. Titio & Sejo fundum illum æquis partibus do lego.* Hæc divisio primum eo comparata est, ut intelligamus in omni specie harum conjunctionum jus accrescendi valere: nam ubi jus conjunctionis est, ibi jus est accrescendi, & 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 separat. Unde est, quod hi cum illis comparati disjuncti passim appellantur; illi soli conjuncti, *l. plane* 34. *in pr. de legat.* 1. *l. hæredes.* 63. *de hær. inst. l. un.* § 10. *& seq. C. de cad. toll.* & apud Ulp. & Caj. estque arctioris hujus conjunctionis effectus insignis in eo, quod utroque modo conjuncti in portione deficientis potiores habeantur, & oratione separatos excludant, *d. l. re conjuncti.* 89 *de legat.* 3. *d. l. hæredes.* 63. *de hær. inst. d. l. un.* §. *his ita.* 10. *vers. sin vero.* ubi etiam hujus rei ratio affertur. Plane, si testator plures una oratione comprehenderit, non eo animo, ut eos conjungeret, quod plerumque fit, sed brevitatis studio celerius loquens, deque eo constet, tum si quis ex his defecerit, cæteri non plus in hujus portione juris habebunt, quam alii, qui aperte oratione
8 sejuncti sunt, *l. si. quis.* 66. *de hær. inst.* Quicquid autem & hic accrescit, nulli accrescit, nisi qui portionem suam agnovit: si plures agnoverint, singulis accrescit pro virilibus & æquis portionibus, quemadmodum & ab initio omnibus in casum concursus æquæ & viriles partes datæ intelliguntur, *d. l. un.* §. *ubi autem.* 11. *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. tit. d. l. un.* §. *his ita.* 10. Exempla jam sibi quisque sine negotio formare poterit. In accretione ususfructus quædam sunt peculiaria, 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 quemadmodum hic dicitur, nisi eadem res pluribus legata sit: inter diversarum rerum legatarios non esse, sive singulis legetur separatim, puta hoc modo, *Titio Stichum do lego: Mævio Pamphilum do lego*, sive etiam una oratione conjunctim, ut, *Titio & Mævio singulos servos do lego, l. 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 singulis; 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. hær. l. un.* §. *his ita.* 10. *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 suæ amplecti vellet, & reliquum repudiare, hic ei obstaret juris ista ratio. Sed etsi duobus res eadem & solida conjunctim legata sit, potest nihilominus deficientis portio repudiari, *d. l. un.* §. *ubi autem.* 11. Hoc igitur ratum sit, necesse esse, ut iis, inter quos jus accrescendi esse volumus, una atque eadem res legata sit, & quidem solida singulis: hoc enim est, quod Ulpianus ex Celsi sententia refert, toties esse jus accrescendi, quoties ex duobus, qui in solidum habuerunt, concursu res divisa est, *l.* 3. *in pr. de usuf. accr.*

Sive conjunctim sive disjunctim] Conjunctim legari dicitur, quando una oratione una eademque res pluribus legatur. Disjunctim seu separatim, quando singulis orationibus singuli ad eandem rem vocantur; ut hic sint plures enunciationes, illic una copulata, *d. l. un.* §. *his ita.* 10. *& §. seq. l.* 1. §. 3. *de usuf. accr. l. si pluribus.* 33. *de legat.* 1. indeque est, quod alii conjuncti, alii disjuncti passim dicuntur. Cæterum conjunctio hæc 10
& 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 differentiæ, cum de onere partis accrescentis quæritur, itemque de prærogativa & partibus faciendis, cum permixti sunt.

Scinditur inter eos legatum] Hoc alibi sic dicitur, *concursu partes faciunt*, aut, *concursu partes habent*, *l.* 3. *de usufr. accr. l. plane.* 34. §. *sed si.* 10. *de legat.* 1. *l. conjunctim.* 80. *de legat.* 3. *l.* 7. *C. de legat.* Estque hoc certissimum argumentum in utroque hoc genere legati, hoc est, sive conjunctim, sive disjunctim eadem res duobus legata sit, non partes ab initio factas, sed solidum singulis relictum intelligi. Quod tamen cum

cum dicimus, non hoc ſignificamus, ſingulos ſimpliciter habere ſolidum, aut unumquemque ſolidum petere poſſe, non exſpectato 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.* 11. *C. de cad. toll. l. ſi pluribus.* 33. *de legat.* 1. quo in loco valde conſpicua ſunt emblemata Triboniani: 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. plane.* 34. §. *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 per-
11 ſona 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.* 9. ſcribit *partem facere, non quorum perſonæ in diviſione partem accipiunt, ſed cum ejus, qui deficit, aut incapax eſt, pars conjuncto accreſcit*, contra manifeſtam *d.* §. ſententiam & perpetuum uſum juris auctorum, quibus partem facere, eſt facere, ut quis partem tantum habeat in eo, quod totum habiturus eſſet, ſi ſolus eſſet; aut impedire, ne totum ad alterum pertineat, ut conſtat ex *l.* 8. §. *quoniam.* 8. *l. qui repudiantis.* 77. *de inoff. teſt. l.* 7. *de reb. dub. l. hujuſmodi.* 84. §. *ſi Titio.* 8. *de legat.* 1. *cum ſimil.* Et igitur perſpicuè etiam errat Goveanus qui *lib. de jur. accr. n.* 6. & 7. ſcribit, eos, qui partes faciunt ab initio, partes non habere. Ut autem jus accreſcendi excludatur, neceſſe eſſe partes ab initio habere legatarios. Facere autem ab initio partes eo dici, non quia pro parte ab utroque legatum vindicetur; ſed quia utroque ſolidum vindicante res inter eos ſcinditur. Tot errores, & errores conſpicui, quot 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 habetur, ac ſi concurriſſet ſuamque partem abſtuliſſet. Confundit Goveanus & pro iiſdem habet, ſive dicas partes ab initio fieri, ſive partes fieri concurſu: quod in tanto viro vix ferre poſſum. Poſtremo illud quoque falſum eſt, poſſe in concurſu vel ſingulos conjunctos ſolidum vindicare, vel unum eorum, quamdiu alter adhuc concurrere poteſt. Non enim amplius vindicare licet, quam delatum eſt: at in eventum, quo uterque concurrit, ſingulis non ſolidum, ſed partes relictæ intelliguntur, quod pluribus confirmat Ant. Faber *decad.* 49. *err.* 9. Quamobrem miror, D. 12
Swanenburgium locum hunc Goveani notatu tam dignum exiſtimaſſe, ut eum integrum verbis Goveani deſcripſerit *cap.* 8. *tract. de jur. accreſc.* Quid ergo reſpondemus ad d. locum Ulpiani in *l. plane.* 34. §. *ſi conjunctim.* 9. *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 referetur ad legata per damnationem, aut potius ad legem Juliam Papiam & jus caducorum; ut adeo dicamus, de iis ibi agi, qui vel ante mortem teſtatoris vel ante apertas tabulas defecerunt, quibus quod adſcriptum erat, caducum fiebat, ut in favorem fiſci hi partes facerent, quæ alioqui vel in hæreditate manſiſſent, vel accreviſſent conjuncto: nam ex lege Julia Papia conjunctis nihil accreſcebat, niſi poſt diem legati cedentem (cedebat autem demum ab apertura tabularum) legatarius deceſſiſſet, aut tempore facti teſtamenti non fuiſſet in rerum natura, cui quod relictum erat, pro non ſcripto habebatur, *l. unic.* §. 1. & *ſeqq. C. de cad. toll.* 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.* 11. 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 13
teſtamenti tempore jam mortuus ſit, aut capere ex teſtamento nequeat, partem alteri faciat, an totum ad alterum pertinebit? Et eum quidem, qui tempore teſtamenti non fuit in rerum natura, partem nec olim feciſſe, teſtatur Juſtinian. *d. l. un.* §. 3. *C. de cad. toll.* Puto autem & quod ei, qui capere non pote-

rat, conjunctim cum alio relictum erat, in eadem causa fuisse, ut & hoc conjuncto totum cederet, quoniam æquè quam illud pro non scripto habebatur, *arg. l.* 1. *C. de hær. inst.* quod tamen non aliter processisse, quam si alter simpliciter & omnino incapax fuerat, evincitur ex verbis *d. l. planè.* 34. §. *si conjunctim.* 9. *de legat.* 1. ubi Jurisconsultus ait etiam servum proprium, cui sine libertate quid legatum est, quamvis id in persona servi non consistat, conjuncto partem facere, innuens, ut paulo ante hoc interpretati sumus, in fisci favorem partem ejus ex lege Julia Papia caducam fieri.

Aut spreverit legatum] Post legem Juliam Papiam si eadem res duobus conjunctim legata erat, etiam partem repudiantis caducam factam colligitur ex loco Ulpiani *in fragm. tit.* 24. §. 11. *& seq.* ubi scribit, partem non concurrentis conjuncti, quæ in legato vindicationis jure civili accrescebat, in legato damnationis in hæreditate remanebat, ex lege Papia caducam fieri: nunc autem certum est in utroque genere legati accrescere, atque hactenus 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 defecerat, puta damnatione in metallum aut deportatione, uti ex d. loco Ulpiani manifestum est: idque quod huic relictum erat, dicebatur esse in causa caduci, *d. l. un.* §. 2. *C. de cad. toll.* sed nunc certo jure conjunctis in eandem rem accrescit sine discrimine generis legati aut modi legandi, *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 cœpit: cæterum nec accrescit collegatario, sed ad hæredem deficientis transmittitur, qui effectus est cessionis diei in legatis & fideicommissis, *l.* 5. *& pass. quand. di. leg. ced.* & textus est in *l.* 4. *in fin. pr.* 14 *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.* 5. Non frustra igitur dixit, vivo testatore.

Totum ad collegatarium pertinet] Si plures sint, omnes autem vel conjuncti tantum, vel tantum disjuncti, pars deficientis accrescit omnibus ex æquo: si permixti conjuncti & disjuncti, conjuncti in parte conjunctorum cæteris anteferuntur; disjunctorum partes accrescunt omnibus, sic ut in divisione omnes conjuncti pro una persona habeantur, *d. l. plane.* 34. *in pr. de legat.* 1. *l. re conjuncti.* 89. *de legat.* 3. *d. l. un.* §. *his ita.* 10. *C. de cad. toll.* Quod autem conjunctis accrescit, accrescit cum onere; quod disjunctis, sine onere, *d. l. un.* §. *ubi autem.* 11. *sub. fin.* de quibus etiam dictum superius.

Titio & Sejo hominem Stichum do lego] Quod in his, quibus quid conjunctim legatur, Justinianus solum utitur exemplo, re & verbis conjunctorum, id inter alia multos movet, ut negent, inter verbis tantum conjunctos esse jus accrescendi: quo in numero sunt 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 perexiguum ad illud probandum pondus habet. Nam ut taceam, quo nihil certius & notius est, exemplis neminem uti solere ad restringendam regulam, nulla hoc loco est conjunctorum inter se oppositio; sed conjunctorum, id est, eorum omnium, quibus res eadem legatur una oratione, & disjunctorum, quibus quid legatur orationibus diversis, ut licet in exemplo proposito Titius & Sejus sint re & verbis conjuncti, tamen ut tales hic non considerentur, sed ut conjuncti simpliciter: ac proinde hic locus potius contrariam sententiam juvat, quæ etiam in sola verbali conjunctione juri accrescendi locum tribuit. Sed tamen utra sententia verior sit, operæ pretium est penitius inquirere. Illud pro confesso habendum atque omnino re- 15
tinendum est, nullos esse conjunctos, ad quos quidem jus accrescendi pertineat, nisi qui re sint conjuncti sive quibus relicta eadem res. Proinde neque ii, quibus res diversæ relictæ sunt, quamvis una oratione, pro conjunctis hic habentur, veluti si ita dixerit testator, *Titio & Mævio singulos servos do lego:* utut verbis conjungantur, *l. hujusmodi.* 84. §. *pen. de legat.* 1. neque ulla, id est, ne rei quidem conjunctio esse intelligitur, ubi partes tantum ejusdum rei singulis simpliciter datæ; ut proinde hoc etiam casu sine dubio jus accrescendi cesset, *l.* 1. *in fin. pr. l. pen. de us. accres.* Hinc jam de quæstione proposita judicandum est. Nam si verbis tantum conjuncti qui dicuntur in distinctione generum conjunctorum, non sint simul re conjuncti, ex superiore definitione jus accrescendi ad eos non pertinebit: contra pertinebit, si iidem re quoque conjuncti sunt: ut ecce in hoc exemplo; *Titio & Sejo fundum Tusculanum æquis partibus do lego*, constat Titium & Sejum verbis conjunctos esse & appellari: sed jus accrescendi inter eos verborum conjunctio parere non potest, si non etiam accedat conjunctio ipsius rei. Non esse re conjunctos, ipsa appellatio statim à principio indicare videtur. Dicuntur 16
enim verbis tantum conjuncti, *l. triplici* 142. *de verb. sign.* item verbis conjuncti, non etiam re, *l. re conjuncti.* 89. *de legat.* 3. Idem videtur ostendere expressio partium singulis attributarum: nam ut hæ partes individuæ 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* 89. *de legat.* 3. Sed his non obstantibus verius existimo, verbis conjunctos, quos hic vocamus, etiam re conjunctos esse. Etenim qui sic legat, *Titio & Sejo fundum Tus-*

cula-

fundanum do lego ex æquis partibus, is utique utrumque conjungit in eandem rem, dum simul & semel eundem fundum ambobus legat. Nec mutat hanc conjunctionem partium æqualium expressio: nam etsi hæ partes non exprimuntur, tacite tamen significantur enumeratione personarum, *l. cui fundus. 56. de cond. & dem.* Quæ autem non expressa intelliguntur tamen, si exprimantur, pro supervacuis habentur, *l. Cornelius. 69. de her. inst.* 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 censeri, *arg. l. 16. in fin. de legat. 1.* Sed cur igitur dicuntur verbis tantum conjuncti; conjuncti verbis non re? Non quia vere verbis tantum conjuncti 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 diversas facere videtur, quod tamen non ita est, si rem ipsam spectamus & sententiam testatoris, cujus judicio 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 singulos verbis conjunctorum: idque adeo verissimum esse ostendit. *l. conjunctim. 80. de legat. 3.* ubi Celsus scribit, conjunctim legare, esse *tota legata singulis dare, partes autem concursu fieri.* Quæ definitio cum generalis sit, dubitandum non est eam ad verbis quoque conjunctos pertinere, & quod expresse partium in hac conjunctione testator meminit, id ex mente ejus sic à prudentibus acceptum, non quod duobus, verbi gratia, ita conjunctis, simpliciter velit singulos partes adscriptas atque in omnem eventum habere, etiamsi non concurrant: sed quod cum sciret, si concurrerent ambo, quod & futurum speravit, singulos totum habere non posse, istis verbis demonstrare voluerit, quid in hunc eventum singuli habituri essent. At si unus deficiat, etiam in verbali conjunctione sic mentem testatoris acceptam, quasi in hunc casum alterum solidum habere voluerit, nec ob aliam causam ad eandem rem utrumque vocaverit, quam quod eam rem vel alterum eorum magis habere voluit, quam hæredem suum. Sed inquis, verbis conjuncti dicuntur semper partes habere, *d. l. re conjuncti. 89.* 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 habent externa forma verborum; re & verbis conjuncti non habent. Neque alia ratione hæc genera secerni possunt. Quod vero apud Ulpianum scriptum est, si conjunctim res legetur, partes *ab initio* fieri; *d. l. plane. 34. §. si conjunctim. 9. de legat. 1.* id tam ad verbis & re simul conjunctos pertinet, quam ad conjunctos verbis tantum: ac proinde locus iste vel ad legatum damnationis referendus est, vel ad legem Juliam Papiam & jus caducarium; uti & *l. hujusmodi. 84. §. si à Titio. 8. 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* Gœd. *ad l. triplici. 142. de verb. sign. num. 12.* Confirmatur hæc sententia primum aperto textu *l. 17 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. 142.* Non concurrente altero, totum vindicare dicitur. Deinde ex eo, quod verbis conjunctus etiam potior dicitur esse in hoc jure quam is, qui re tantum conjunctus est, *d. l. re conjuncti. 89. 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, 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 quæstione sit effectus, quam ut jus accrescendi conjunctus habeat, cur si verbis conjuncti ab hoc jure removendi sunt, conjunctos tamen eos, non disjunctos, appellamus? Non obstat communi sententiæ, quod Celsus *l. & 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 obſtare videtur *l. pen. de uſufr accr.* ubi minime obſcure Papinianus pronunciat, re ſeparatos videri, quibus eadem res æquis portionibus relicta eſt. Loquitur quidem de uſufructu ejuſdem rei æquis portionibus legato: ſed vel magis idem obtinere debet in ſimili caſu legata proprietate: utpote quæ difficilius accreſcit, quam uſusfructus, *l.* 1. §. 3. *d. tit.* Sed bene mihi videtur reſpondere Donellus, id quod in *d. l. pen.* dicitur de æquis portionibus, accipiendum eſſe non de portionibus rei, cujus uſusfructus relictus eſt, ſed de portionibus ſingulorum 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 hærede uſumfructum vindicet.* Bene autem Papinian. negat, in hujuſmodi ſpecie legatarios in eandem rem conjungi, cum partes hæreditariæ prius diviſæ ſint. Bachovius *d. l. pen.* accipit de eo caſu, quo dimidia ſingulis ſeparatim ſeu diverſis orationibus relicta eſt: ſed hoc verbis Papiniani minime convenit. In hæreditate huic quæſtioni non eſt locus: quippe in qua, ut initio monuimus, jus accreſcendi ex diſpoſitione juris proficiſcitur, quod neminem ejuſdem hæreditatis, quæ alium hæredem non 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 expediet: plura tamen qui deſiderabit, adire poterit *DD. in d. l. re conjuncti.* 89. Gomez. 1. *reſol.* 10. Graſſ. §. *jus accreſcendi.* Ant. Fab. *deciſ.* 49. & 50. Chriſtin. *vol.* 1. *deciſ.* 312. & 2. *ſeqq.* & qui propriis tractatibus hanc materiam explicarunt, Duar. Govean. Ant. Fumæum, Jo. Suev. Corn.
18 Swanenb. D. Grotius *lib.* 2. *manuduct.* 23. ſcribit, apud nos in toto hoc argumento non uſque adeo ſubtilitatem juris civilis attendi, ſed ejus præcipue rationem haberi, quod 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, & uſusfructus ad eum pervenerit, & poſtea ex teſtamento agat, recte eum agere & fundum petere, Julianus ait: quia uſusfructus in petitione ſervitutis locum obtinet: ſed officio judicis continetur, ut deducto uſufructu jubeat æſtimationem præſtari.*

NOTÆ.

9. *Quia uſusfr. 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 uſusfr. intellectu à fundo ſeparetur, & 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 petitæ æſtimationem: quod interdum neceſſarium aut humanum.

COMMENTARIUS.

1. *Speciem hoc loco propoſitam pertinere ad doctrinam traditam* §. 6. *ſiep.*
2. *Quæ ſit hujus loci ſententia, & quo colore defendatur?*
3. *Interpretum error circa ejus explicationem notatus.*
4. *Ant. Fabri opinio confutata.*
5. *Non eſſe novum, ut interdum condemnatio fiat in rei petitæ 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 extingui, ſed poſſe legatarium nihilominus actione ex teſtamento pretium conſequi: hoc caſu contra legatum penitus evaneſcere, eo quod duæ cauſæ lucrativæ in eandem rem & perſonam concurrere non poſſint. 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 quocunque.* 82. §. 3. *de legat.* 1. Unde etiam ſi quis fundi ſibi legati proprietatem emit, detracto uſufructu, & uſusfructus poſtea ad eum pervenit, puta mortuo fructuario aut capite minuto, atque ita ex cauſa lucrativa, perinde hoc habendum, ac ſi pars rei ex cauſa oneroſa, pars ſine onere ad eum perveniſſet. Nam etſi uſusfructus non in parte, ſed in jure conſiſtit: tamen quia emolumentum rei continet, merito vicem partis obtinere placet. *l. Mævius.* 66. §. *pen. l. cum filius.* 76. §. *dominus.* 2. *de legat.* 2. *l. qui uſumfructum.* 58. *de verb. oblig.* Cæterum in hac ſpecie nihilominus fundum recte peti, nec plus quam oportet, ea petitione contineri.

tineri intelligi tradit hic Juſtinianus poſt Julianum in *d. l. non quocunque.* 82. §. 2. *de legat.* 1.

2 *Recte cum agere & fundum petere*] *Recte*, id eſt, *impune*, *ſine metu cadendi cauſa*; quæ pœna eſt eorum, qui plus petendo perperam agunt, §. *ſi quis agens.* 33. *inf. de act.* Senſus igitur horum verborum eſt, poſſe legatarium agentem ex teſtamento cum hærede ſimpliciter intendere, fundum ſibi dari oportere, etiamſi nudam duntaxat proprietatem emerit, uſumfructum adeptus ſit gratis; neque hac intentione ſua plus eum complexum videri debere, quam oporteat. Fundum, inquam, ipſum, non ἀξιτίμησιν, æſtimationem, ut male Theoph. & Pac. quod arguunt ſequentia.

Quia uſusfr. 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 uſuf. leg. l. qui uſumfructum.* 58. *de verb. obl.* ac proinde tanto plus, quam oportet, eam petitionem complecti, quanto pluris æſtimari conſtat plenam proprietatem, quam nudam, pro qua ſola pretium numeravit. Huic objectioni occurrens Juſtinianus ait, uſumfructum in propoſita petitione ſervitutis locum obtinere. Quod paulo obſcurius dictum hanc ſententiam habet, eum qui fundum petit, etſi regulariter plenam proprietatem petere intelligitur, tamen in caſu præſenti fundi verbum ſic accipi oportere, ut eo nuda tantum proprietas deſignata intelligatur, ſeu fundus quatenus petenti emolumento abeſt, ut uſusfructus intellectu ab eo ſeparetur, & ob id tanquam ſervitus in hac petitione conſiderari debeat, hoc eſt, ut nec petitus cenſeatur; cum & alias cum uſusfructus ſeparatus eſt, appellatione fundi nudam proprietatem ſignificari conſtet, *l. recte.* 25. *de verb. ſign.* Hæc interpretatio cum petitori neceſſaria ſit, ne alioqui formula excidat, ſi eum plus debito intentione ſua complexum dicamus omnino hic recipienda eſt: quoniam in ambigua intentione id ſemper accipere jubemur,
3 quod petitori utile eſt, *l. ſi quis.* 66. *de judic.* Scio longe aliter hunc locum ab aliis explicari: ſic enim fere cæteri exiſtimant, quod Juſtinianus hic ait, legatarium recte agere & fundum petere, id hanc habere ſententiam, legatarium recte, id eſt, ſtrictæ rationi juris convenienter, ac proinde ſine periculo amiſſionis cauſæ, fundum petere, ut ea petitione & proprietatem & uſumfructum comprehendat, aut poſſe eum ipſo jure petere ſolidi fundi æſtimationem; & quod mox pro ratione Juſtinianus affert, uſumfructum in ea petitione locum ſervitutis obtinere, id ſic accipiunt, quaſi dixiſſet, quia uſusfructus 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 uſusfructus, ut conſolidatus & conjunctus cum proprietate, ſive ut à proprietate ſeparatus & tanquam ſervitus. Nam ſi illo modo accipias, manifeſtum eſt, petitione id contineri, quod jam habet ex cauſa lucrativa, & ita obſtare regulam juris, quæ non patitur duas cauſas lucrativas circa eandem rem & perſonam concurrere: ſi hoc modo, adhuc dico, id ipſum eum petere, quod ſine onere habet, licet habeat ſub alia qualitate: aut ſi tu neges, fatendum tibi erit, peti, quod legatum non eſt. Imo vero nego, unquam eum, qui fundum petit, poſſe intelligi uſumfructum jure ſervitutis petere. Quicunque enim fundum petit, eum neceſſe aut ſolidam proprietatem intelligere, *l.* 5. *in pr. ſi uſufr. pet.* 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. 4
6. conj. 8. ne hoc quidem concedit, in caſu propoſito ſimpliciter fundum recte peti, utut ea intentione nuda proprietas petita eſſe intelligatur: quoniam ait, nec apud Julianum, nec alibi hoc traditum, & quod meum eſt, amplius meum fieri non poteſt. Sed ut ſupra in §. 6. oſtendimus, quod ex cauſa onerosa ad creditorem pervenit, interpretatione juris perinde habetur, ac ſi non perveniſſet, propter pretium, quod ei abeſt, *l.* 14. *de verb. ſign.* & refellit Fabrum *l. ex promiſſione.* 19. *de obl. & act.* ubi diſerte 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 ju- 5
dicii hoc exigat, ac proinde regulare ſit, ut condemnatio fiat in rem ipſam, quæ petita & in judicium deducta eſt: *l. ut fundus.* 18. *com. div.* evenit tamen nonnunquam, ut neceſſe ſit, aut æquum & humanum, condemnationem fieri in rei petitæ æſtimationem; veluti ſi res petita culpa debitoris aut poſt moram perempta ſit, *l. ſi ex legati.* 23. *de verb. obl.* item ſi res aliena, quæ petitur, domino venalis non ſit, aut venalis quidem, ſed immenſo pretio, *l.* 14. §. *ult. de 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 proprietas, quæ ex cauſa onerosa apud legatarium eſt, petitur, *d. l non quocunque.* 82. §. 2. Hic igitur judicis officio incumbit, ut reum condemnet, non in rem petitam, puta ut fundum præſtet deducto uſufructu; nam proprietatem fundi jam revera petitor habet: ſed

ut præſtet fundi deducto uſufructu æſtimationem; hoc eſt, ut tantam pecuniam legatario det, quantam ille venditori pro fundi nuda proprietate perſolvit. Julianus hoc ſic expreſſit, *Judex tanti litem æſtimabit, quantum actori aberit, d. l. non quocunque.* 82. §. 2.

TEXTUS.

De re legatarii.

10. *Sed ſi rem legatarii quis ei legaverit, inutile eſt legatum: quia quod proprium eſt ipſius, amplius ejus fieri non poteſt. Et licet alienaverit eam, non debetur, nec ipſa res, nec æſtimatio ejus.*

NOTÆ.

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 eum vivo teſtatore alienaveris*, conditionem ſignificari, ad cujuſmodi legatum regula non pertineat, *l.* 3. & 4. *eod. l.* 98. *de cond. & dem.*

COMMENTARIUS.

1. *Celſum videri à cæteris diſſenſiſſe 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 §. *prec.* & §. *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 fideicommiſſum relicta ſit, docebitur *infr.* §. 1. *de ſing. reb. per fideic. relict.* Hic illud quæritur, an utile ſit legatum, ſi quis legatario ipſi rem, quæ jam ejus eſt, legaverit. Ait autem Juſtinianus, tale legatum inutile eſſe, propterea quod fieri non poteſt, ut quis duabus ex cauſis dominium acquirat, *l.* 3. §. *ex pluribus.* 22. *de acq. poſſ.* qua ratione nec ſtipulatio rei ſuæ, nec emptio valet, *l. nemo.* 82. *de verb. obl. l.* 16. *de contr. empt.* Idem reſcriptum eſt in *l. proprias.* 13. *C. de legat.* & reſponſum ab Ulpiano *l. 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. Etſi is, cui res ſua legata eſt, eam poſt teſtamentum factum & vivo etiamnum teſtatore alienaverit, nihilo tamen magis legatum convaleſcit. Quod ſumptum ex definitione regulæ Catonianæ, quæ non patitur legatum ex poſtfacto convaleſcere, quod initio vires non habuit, *l.* 1. *in pr. de reg. Caton.* quæ ratio etiam in terminis redditur ab Ulpian. *d. l. cætera.* 41. §. 2. Aliud tamen Celſi judicium fuiſſe, eumque in hac quæſtione diſſenſiſſe à cæteris exiſtimant Cujac. Hotom. Bachov. per *d. l.* 1. §. 2. ubi ſic Celſus ſcribit; *Item ſi tibi legatus eſt fundus, qui ſcribendi teſtamenti tempore tuus eſt, ſi eum vivo teſtatore alienaveris, legatum tibi debebitur. Quod non deberetur, ſi teſtator ſtatim deceſſiſſet.* Et ſane locus ita ſcriptus eſt, ut parum abſit, quin idem ſentiam. Sed tamen videamus, quid obſtet, quominus verba illa, *Si eum vivo teſtatore alienaveris*, dicamus eſſe teſtatoris, non Juriſconſulti, & poſita conditionaliter. An quia tum diverſo charactere ſcribenda fuerant, uti mos eſt Juriſconſultorum, quoties verba teſtamenti aut ſtipulationum recitant? At hoc negligi potuit à librario: nec perpetuo obſervatur, *l. ſi ſtipulatus.* 76. *in pr.* & §. 1. *de verb. obl. l.* 1. §. *in honorariis.* 10. *de extraord. cognit.* An quia regula Catoniana ad conditionalia non pertinet? *l.* 4. *de reg. Cat. d. l. cætera.* 41. §. 2. *de legat.* 1. ut propterea non debuerit exemplum conditionalis legati à Celſo proponi tanquam exceptio regulæ, & in quo definitio Catonis falſa ſit. Atqui etiam præcedens ſpecies in §. 1. *d. l.* 1. *eod.* exemplum continet legati conditionalis, quod tamen & ipſum ab eadem regula Celſus excipit. Denique difficulter adduci poſſum, ut credam, in diverſis Juriſconſultorum ſententiis aut Ulpianum aut Celſum ſuam ſimpliciter prompturos fuiſſe, quaſi in re certa minimeque dubia. Sed tamen inquies, fatendum tunc erit, inepte Celſum facere, quod excipit de regula, quod ad regulam non pertinet. Fatere igitur & tu æque inepte & prius exemplum à Celſo excipi. Verum ego puto, quod neſcio, an quiſquam alius animadvertit, Celſum peculiari quadam ratione duas illas ſpecies, quas proponit, quaſi hæ etiam verbis regulæ contineantur, excipere: quia cum conditio in utraque ſpecie adſcripta talis ſit, ut deficiat, ſi ſtatim teſtator decedat, ſi longiuſcule vivat, impleri poſſit, fieri utroque caſu poteſt, ut 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 meminerimus, quod 2 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 uſumfructum habeat, arg. *l. cum filius.* 76. §. 2. *de legat.* 2. Licet diſſentiat Accurſ. propter textum in *l. Mævius.* 66. §. *pen. in fin. de legat.* 2. Quo in loco vitioſe legitur, *propter iſtas cauſas*, cum legendum ſit *præter*, ut bene Cujac. *lib.* 5. *ad Afric. in l. etſi.* 25. *de vulg. & pup. ſubſt.* obſervavit. Et nonnullis in exemplaribus legi teſtis eſt Donell. 8. *comm.* 11. In quibuſ-

dam

dam 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. VINN. Sed in dubio facile vincit lectio Florentina. Videtur hic ſenſus eſſe. Dixerat Papinianus, fundo legato etiam uſumfructum recte peti, itemque tuendum fundum, ſi oppignoratus ſit, præſtandam poſſeſſionem, ſi alius poſſideat. Ne quis autem exiſtimaret, idem etiam locum habere, ſi res noſtra nobis legata ſit, addit; *Sin autem res mea legetur mihi, legatum propter iſtas cauſſas non valebit.* Id eſt, uti recte interpretatur Oſw. Hilliger. *Donell. enucl. Lib.* VIII. *cap.* 11. non licebit ex ſuperioribus argumentum ducere. Et hinc aſſentiri non dubito Accurſio. Inter pignus enim & uſumfructum multum intereſt. Rem meam oppignoratam recipere non poſſum, niſi ſoluto ære alieno: uſusfructus ad me redit, mortuo uſufructuario, vel ex aliis cauſſis. HEIN.

TEXTUS.

Si quis rem ſuam quaſi non ſuam legaverit.

11. *Si quis rem ſuam quaſi alienam legaverit, valet legatum: nam plus valet quod in veritate eſt, quam quod in opinione. Sed & ſi legatarii eſſe putavit, valere conſtat: quia exitum voluntas defuncti habere poteſt.*

NOTÆ.

11. *Plus valet quod in veritate*] Ratio hæc potius ad caſum ſequentem pertinet: nam hoc priore caſu etſi 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.*

COMMENTARIUS.

1. *Male ad priorem ſpeciem hujus* §. *accommodari regulam*, Plus valere quod in veritate, *&c. & qua ratione iſto caſu ſuſtineatur legatum.*
2. *Prædictam regulam pertinere ad caſum poſteriorem, atque eos actus tantum, in quibus error gerenti non obſtat, quominus velit & poſſit, in quo errat. In aliis contrariam regulam probari.*

SUpra §. 4. audivimus, ſi teſtator rem alienam, ſuam eam eſſe putans, legaverit, legatum non valere, niſi ſingulari conjectura voluntatis adjuvetur. Quæ exceptio in exegeſi poſita & declarata. Quod ſi quis rem 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.* 67. §. *ſi rem.* 8.

1 *Nam plus valet quod in veritate, &c.*] Puto, ratio-

nem 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, verum eſt teſtatorem rem ſuam legaſſe: quoniam etſi opinionem attendas, aut quod opinabatur, verum eſſet, rem ſcilicet alienam eſſe, legatum tamen valeret. Eſt vero in promptu alia ratio, ob quam in propoſito falſa teſtatoris opinio non obſtet legato; nimirum quoniam, ſi alienam rem credens, eam nihilominus legavit, hæredemque ſuum onerare voluit alienæ rei redemptione, multo magis eam legaturus fuiſſe præſumitur, ſi ſciviſſet ſuam eſſe, *d. l. unum.* 67. §. *ſi rem.* 8. *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 2 ſi hic opinionem ſpectari placeret, nullum eſſet legatum, quia quod legatarii eſt, inutiliter ei legatur. §. *prec.* Eſt autem regula iſta ex earum genere, quæ ad certos duntaxat caſus & actus pertinent: locum enim 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, §. *prec.* 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 obſcurè ſignificat, cum ita infert; *quia exitum voluntas defuncti habere poteſt.* Ejuſdem generis exempla, atque ad ea eandem hanc regulam applicatam videmus in *l.* 4. §. 1. *de man. vind. l. pen.* §. *qui ignoravit.* 4. *de jur. & facti ign.* In iis 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. is qui.* 15. *& l. ſeq.* junct. *l. qui hæreditatem.* 19. *de acq. hær.* nimirum quia in his error impedit, quominus fiat, quod fieri verè poterat, ſi quis ſciret, quod in re eſt: ac proinde quod verum eſt, procedere non ſinit. D. 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.

TIT-

TEXTUS.

De alienatione, & oppignoratione rei legatæ.

12. *Si rem ſuam legaverit teſtator, poſteaque eam alienaverit, Celſus putat, ſi non adimendi animo vendidit, nihilominus deberi: idemque divi Severus & Antoninus reſcripſerunt. Iidem reſcripſerunt, eum, qui poſt teſtamentum factum prædia, quæ legata erant, pignori dedit, ademiſſe legatum non videri: & ideo legatarium cum hærede ejus agere poſſe, ut prædia à creditore luantur. Si vero quis partem rei legatæ alienaverit, pars, quæ non eſt alienata, omnino debetur: pars autem alienata ita debetur, ſi non adimendi animo alienata ſit.*

NOTÆ.

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, necne?*
2. *Reſponſum quoddam Scævolæ cum aliis locis conciliatum.*
3. *Oppigneratione rei legatæ non videri legatum ademptum.*

PErtinet hic locus ad *tit. ſeq. de adempt. leg.* eſt enim rei legatæ alienatio ſpecies tacitæ ademptionis: quoniam hoc ipſo quod teſtator rem in alium transfert, recedere à priore voluntate videtur. 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
1 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. item l.* 6. *de legat.* 1. Falluntur enim, qui putant, hac in re quicquam intereſſe inter legatum purum & conditionale. In quo errore etiam Mynſingerus eſt. Quod ſi cauſa alienandi neceſſaria fuit, id eſt, ſi teſtator rem legatam vendiderit urgente rei familiaris neceſſitate, hic contra creditur id animo adimendi legati ab eo factum non eſſe; & ideo legatum peti poteſt, ni probetur, etiam in hac neceſſitate adimere ei teſtatorem voluiſſe. Probatio autem mutatæ voluntatis hic ab hæredibus, quamvis reis, exigitur, *l.* 11. §. *ſi rem.* 12. *de legat.* 3. quoniam præſumptio pro legatario eodemque actore facit, quaſi non videatur extinguendi legati cauſa alienare, qui etiamſi maxime legatum valere velit, tamen alienare cogitur. Cæterum di-2 ſtinctioni propoſitæ non parum obſtare videtur reſponſum Scævolæ in *l. prædia.* 27. §. *liberto.* 3. *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 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 mutatæ voluntatis, dicendum erat, id vinum pertinere ad cohæredes, niſi de contraria voluntate doceat libertus. Reſpondent nonnulli, in ea ſpecie Scævolæ venditionem vini factam ante factum teſtamentum. Ego magis Ant. Fabro aſſentior, qui *lib.* 1. *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 rer. 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 Impp. 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, ademiſſe legatum non videri] Pignoris datio etſi proprie alienatio non eſt, quippe cum res pignori data in dominio debitoris maneat, eique ſoluto debito reſtituenda ſit: tamen pro ſpecie alienationis habetur, *l. ult. C. de reb. al. non. al.* Cæterum ip-3 ſum nomen pignoris ſatis indicat alienationis neceſſitatem: neque enim pignus dari ſolet, niſi ab eo, qui neceſſitate adductus eſt. Ut proinde recte & ſuperiori ſententiæ convenienter Impp. Severus & Antoninus reſcripſerint, eum, qui rem legatam oppignerat, adimendi animo hoc facere non videri; ſive ut ipſi loquuntur, *non videri voluntatem ſuam circa legatarii perſonam mutare.* Extat reſcriptum in *l.* 3. *C. de legat.* Enimvero audiendum nihilominus hæredem exiſtimem, ſi paratus ſit oſtendere animo adimendi rem à teſtatore pignori datam.

Cum hærede agere, ut prædia luantur] Hoc eſt, ut hæres de ſuo tantam pecuniam creditori ſolvat, in quantam prædia obligata ſunt, atque ita ea prædia obligatione liberata ac redempta legatario præſtet, *d. l.* 3. *C. hoc tit.* quod tamen accipiendum eſt ſecundum diſtinctionem traditam ſub §. *ſed etſi.* 5. *eod.*

Si

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. quæ 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.

TEXTUS.

De liberatione legata.

13. *Si quis debitori ſuo liberationem legaverit, legatum utile eſt: & neque ab ipſo debitore, neque ab hærede ejus poteſt hæres petere, neque ab alio, qui hæredis loco ſit. Sed & poteſt à debitore conveniri, ut liberet eum. Poteſt etiam quis vel ad tempus jubere, ne hæres petat.*

NOTÆ.

13. *Neque ab hærede*] Niſi legatum perſonæ debitoris cohæreat, *l. 8. §. 3. de lib. leg.*

Petere] Cum effectu ſcil. quia petens exceptione doli repelli poteſt: ipſo enim jure legato liberationis non diſſolvitur obligatio, *dict. l. 3. §. 3.*

Ut liberet eum] Nempe per acceptilationem, *d. l. 3. §. 3. l. 22. eod.*

Ad tempus] Cujus legati quæ ſit vis, diſce ex Pomp. *l. 8. §. 1. eod.*

COMMENTARIUS.

1. *Liberationem debitori jam certo jure rectè legari.*
2. *Quis liberationis legatæ effectus?*
3. *Quis ejus legati, quo damnatur hæres ad tempus non petere?*

QUod Titius mihi debet, id & Sempronio recte lego, & ipſi Titio debitori meo. Illud legatum eſt, quod dicitur nominis, de quo plura *inf. ſub §. tam autem. 21. eod.* hoc, quod appellatur liberationis, deque hujus legati effectu agitur in præſenti §. Reſpondet *tit. π. de lib. legat.* ubi variæ hujus legati formulæ occurrunt. Is quoque qui chirographum debitori legat, liberationem legare videtur, *l. 3. §. 1. d. tit. fac. l. qui chirographum. 59. de legat. 3. l. ſervum. 44. §. eum. 5. de legat. 1.*

1 *Legatum utile eſt*] Liberationem debitori poſſe legari, jam certum eſt, ait Juriſconſultus in *l. 3. pr. de lib. leg.* quæ verba arguunt, id aliquando controverſum fuiſſe. Cur vero fuerit, ſignificare videtur idem Juriſconſultus *l. 1. pr. eod.* ubi ait, debitoribus ea, quæ debent, recte legari, licet domini eorum ſint. Quippe noſtrum propriè non eſt, quod eſt in credito, *l. 27. §. 2. l. 34. de aur. arg. leg.* Boët. *in Top. Pecunia, quæ eſt in nominibus, non eſt noſtra.* 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 jus tantum quod creditor habet, ſeu obligationem debitumve remiſſum.

Neque ab ipſo debitore] Legato liberationis non diſ- 2
ſolvitur 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. §. nunc. 3. l. quod mihi. 22. l. legavi. 25. in pr. eod.* Quamobrem quod alibi dicitur hæredem petere non poſſe, *l. 2. §. 1. l. ſi quis. 15. eod.* & hoc ipſo in textu, id ſic accipiendum eſt, non poſſe eum petere efficaciter: nam petentem exceptione doli mali repelli.

Neque ab hærede ejus, neque ab alio, qui hæredis loco] Qualis eſt bonorum poſſeſſor, & is, cui ex fideicommiſſo hæreditas reſtituta eſt. Interdum tamen effectus hujus legati intra perſonam ſolius debitoris conſiſtit, veluti ſi quis ita dixerit, *Hæres meus à ſolo Lucio Titio ne petito?* vel, *A Lucio Titio, quamdiu vivit, hæredem meum petere nolo.* Quoties enim legatum cohæret perſonæ legatarii, ad hæredem ejus non tranſit; ſicut nec ullum aliud jus perſonale ad hæredem transmittitur, *l. 8. §. 3. l. Aurelius. 20. eod. tit.*

Ad tempus jubere, ne hæres petat] Poteſt hæres dam- 3
nari, 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. VINN. Quin & is præcipuus hujus legati effectus eſt, quod interea uſuræ promiſſæ non debentur. *l. 88. ff. de R. J. l. 117. ff. de V. O.* HEIN.

TEXTUS.

De debito legato creditori.

14. *Ex contrario ſi debitor creditori ſuo quod debet, legaverit, inutile eſt legatum, ſi nihil plus eſt in legato, quam in debito: quia nihil amplius per legatum habet. Quod ſi in diem, vel ſub conditione debitum ei pure legaverit, utile eſt legatum propter repræſentationem. Quod ſi vivo teſtatore dies venerit, vel conditio extiterit, Papinianus ſcripſit, utile eſſe nihilominus legatum, quia ſemel conſtitit: quod & verum eſt. Non enim placuit ſententia exiſtimantium, extinctum eſſe lega-*

tum, quia in eam cauſam pervenerit, à qua incipere non poteſt.

NOTÆ.

14. *Si nihil plus in legato*] Nam ut legatum conſiſtat, neceſſe eſt in eo aliquid utilitatis ab initio verſari. *l.* 29. *de leg.* 1. *l.* 1. §. 10. *ad leg. Falc.* Alias non ex teſtamento agitur, ſed ex priſtina obligatione, ὡς χρέῳ ἀπατεῖται. Schol. Theoph.

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.* 2. qui tamen alibi fatetur, 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 debitæ, quam in debito?*
2. *Taxatur Ant. Fabri nimia confidentia.*
3. *Quando locus ſit regulæ*, Quod ſemel utiliter conſtitutum eſt, durare, licet ille caſus extiterit, unde incipere non potuiſſet? *& quando locus regulæ contrariæ?*
4. *Pauli à Papiniano diſſentientis ſententiam à Juſtiniano improbari.*
5. *Jure C. & Inſt. vix eſſe, ut non ſit plus in legato, quam in debito.*

UT conſiſtat legatum, neceſſe eſt in eo aliquid utilitatis aut commodi ab initio verſari, quemadmodum ſub §. 4. generaliter definivimus: ex quo judicandum de legato, quod hic proponitur, ſi quis creditori ſuo quod debet, legaverit; ut ſcilicet, ſi nihil utilitatis aut commodi ex eo legatarius capere poſſit, uti non poteſt; ſi nihil amplius eſt in legato, quam in debito, legatum non valeat: ſin vero emolumenti quid contineat, aut quacunque ratione plus in legato ſit, quam in debito, utile ſit legatum. *l. ſi creditori.* 28. *cum l. ſeq. de legat.* 1. *l. Mævius.* 66. *de legat.* 2. *l. legavi.* 25. *ſub fin. de lib. leg. l.* 1. §. *ſi quis.* 10. *ad leg. Falcid.*

In diem vel ſub conditione debitum purè legetur] Hæc exempli tantum cauſa proferuntur: nam longè pluribus modis, quam his duobus, accidit, ut plus ſit in legato rei debitæ, quam in debito: & totidem modis fit, ut legatum ſit utile. Videamus ergo, quot modis id fiat? Ut plus ſit in legato, quam in debito, primum efficitur debiti repræſentatione, puta ſi id quod ſub conditione aut in diem debetur, pure legetur: ſic enim fit, ut in legato plus ſit tempore. *l. ſin autem.* 29. *de legat.* 1. *& hoc text.* Secundo ſi quod loco longinquiore aut minus commodo debebatur, legetur loco citeriore aut commodiore: hoc enim loco plus eſt in legato, quam in debito. *d. l.* 29. Tertio ut plus ſit in legato, ſæpe efficit nova actio ex teſtamento; nempe ſi ea vel efficacior ſit vetere, vel plenior. Efficacior eſt, ſi vetus removeri poterat exceptione; quæ exceptio legato debito remiſſa creditori intelligitur. *d. l.* 28. *de legat.* 1. Plenior eſt, ſi vel diuturnior, ut ſi vetus actio eſt honoraria; ubi ideo legatum valet, quia honoraria actio 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. uſuræ.* 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 nonnihil commodi eſt, quod ſpeciei à debitore eodemque domino legatæ dominium ſtatim in creditorem tranſeat, & pro ſola actione perſonali etiam in rem habere incipiat. *l.* 3. §. 2. *de legat.* 3. Cæterum etſi hæc legata ob commoditatem novæ actionis ſuſtinentur; quia tamen hæreditatem non minuunt, neque ipſa minuuntur lege Falcidia, nec in his creditoris legatarii fideicommitti poteſt. *d. l.* 28. §. 1. *d. l.* 3. §. 2. Ubi vero commodum eſt repræſentationis, pro modo iſtius commodi Falcidia inducitur, & fideicommiſſum valet. *l.* 1. §. *ſi quis.* 10. *ad leg. Falc. l.* 2. *de dot. præleg.* Si exceptio metuebatur, creditoris fideicommitti poteſt. *l.* 7. §. *ult. de legat.* 3. VINN. Poteſt & eatenus pinguius videri legatum, quam debitum, quod quum ex hoc actio duntaxat perſonalis competat, ex legato etiam naſcitur actio hypothecaria, ob hypothecam legatario competentem in rebus defuncti. *l.* 1. *C. comm. de legat.* HEIN.

Propter repræſentationem] Id eſt, quia ex teſtamento præſenti die debetur. Repræſentare eſt ante diem aliquid præſtare aut ſolvere, vel antequam aliquid debeatur, ſolvere. Sueton. *Auguſt. cap. ult. l.* 1. §. 2. *de dot. præleg. l. Publius.* 36. §. 1. *de cond. & dem.* Cicero *Epiſt. ad Fam. lib.* XVI. *Ep.* 14. *Dies promiſſorum adeſt, quem etiam repræſentabo, ſi adveneris.* Seneca Epiſt. *ad Lucil.* 95. *Petis à me, ut id, quod in diem ſuum dixeram debere referri, repræſentem.* Gloſſ. vet. *repræſentare, ἐν παρασκίᾳ ποιεῖν, repræſentatio, ἐμπαράσκιασμός. Theoph.* omnemque accelerationem ſignificat: ut in illis Ciceronis; *repræſentare improbitatem, lib.* 16. *ad Attic. epiſt.* 2. *repræſentare libertatem*, 2. *Philipp. cap.* 46. Sic Curtius *lib.* 6. *cap.* 11. *repræſentare conſilium* dixit, pro *ante diem exequi.*

Papinianus ſcripſit, utile eſſe nihilominus legatum] Scilicet ut nihilominus id totum, quod debetur, jure legati peti poſſit: non ut in eo Falcidiæ adhuc locus ſit, aut fideicommiſſum creditori impoſitum exigere liceat; utpote ſublata jam utilitate repræſentationis, quæ ſola legi & oneri locum facit; *l.* 1. §. *ſi quis.* 10. *ad leg. Falcid. l.* 7. §. *ult. de legat.* 3. *l.* 2. *de dot. præleg.* Quod 2 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, & Falcidiæ locum dari, & fideicommiſſum deberi. Falſo nimirum ille contendit, cum dies aut conditio legatum facit, Falcidiam non in commodo repræſentationis dun-

duntaxat, ſed in toto legato locum habere, legatariumque ratione totius legati fideicommiſſo gravari poſſe; temere id colligens ex verbis Papiniani in *l. 5. ad leg. Falcid.* eumque cum Paulo in *d. l. 1. §. ſi quis. 10. eod.* & Ulp. *in d. l. 7. §. ult. de legat. 3. l. 2. de dot. præleg.* qui id diſerte negant, nulla neceſſitate committens. Utique nec rationi convenit, ut Falcidiam patiatur legatarius creditor, aut fideicommiſſum præſtet, qui ex legato præter commoditatem novæ actionis nihil conſequitur, nullumque omnino commodum in re ſentit, *fac. l. ſi creditori. 28. §. 1. de legat. 1. l. 3. §. 2. de legat. 3.* Extat reſponſum Papiniani in *l. 5. ad leg. Falc.*

Exiſtimantium extinctum eſſe legatum, quia in eam cauſam, &c.] Hic iterum, ut *ſup. §. 11.* occurrunt duæ regulæ contrariæ; quarum una definit, *Quod ſemel utiliter geſtum eſt, durare, etiamſi ille caſus extiterit, à quo initium capere non potuiſſet.* Altera contra, *Negotium extingui, cum is caſus poſtea incidit, unde incipere non poterat.* Hæ duæ propoſitiones, ut conſtat, non poſſunt ſimul eſſe veræ ſimpliciter & in univerſum. Imo neutra earum perpetua eſt, aut vera in omnibus cauſis, *l. in ambiguis. 85. §. 1. de reg. jur. l. pen. §. ult. de*
3 *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 impediat, quominus negotium rectè cœptum ad finem perducatur, placet quod ante geſtum eſt, reſolvi: ſi non impedit, durare quod bene geſtum eſt, exitumque ſuum ſortiri. Ut ecce, teſtamentum, legata, fideicommiſſa, etiamſi ab initio utiliter conſtituta ſint, non ſtatim tamen ita 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 quæ pro non ſcript.* Ejuſdem generis exempla occurrunt, *l. inter. 83. §. ſacram. 5. de verb. obl. §. 2. inf. de inut. ſtip. §. pen. inf. de noxal. act. l. falſus. 43. §. ult. de furt. l. pro parte. 11. de ſervit. l. ſi à me. 11. de judic. l. huic ſcriptura. 15. in fin.* junct. *l. ſeq. ad leg. Aquil.* Sed finge, teſtatorem poſt teſtamentum factum incidiſſe in furorem aliamve mentis abalienationem, aut amiſiſſe facultatem audiendi loquendive, aut bonis ei interdictum; Hic contra dicimus: teſtamentum, quod antea rectè factum erat, nullo horum caſuum infirmari: quippe quia nec furor interveniens, nec auditus ſermoniſve amiſſio, nec bonorum adempta adminiſtratio impedit, quominus teſtamentum exitum habeat, atque ex eo hæreditas cæteraque relicta obtineantur, utpote ſtatum & fortunas ſuas teſtatore retinente, §. 1. & 2. *ſeqq. ſup. quib. non eſt perm. fac. teſt. l. 6. §. 1. l. is cui. 18. qui teſt. fac.* fuſè Don. poſt DD. vulg. in *d. l. pen. §. ult. de verb. obl.* Cæterum non idem omnes in omni 4
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 ſuperyenit 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 conſtiterit: 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 5
non animadverterunt, hodie inutilis pene & ſupervacua videtur: vix enim eſt, ut legatum debiti jam non ſit utile creditori, poſtquam Juſtinianus etiam actionem hypothecariam legatariis dedit, & jus taciti pignoris in bonis defuncti *l. 1. C. comm. de legat.* ut proinde uno tantum caſu nunc accidere poſſit, ut legatum rei debitæ nihil utilitatis contineat, videlicet quando legatarius creditor etiam extra cauſam legati jus pignoris habet, conſtitutum ſibi jam ante vel à debitore, vel à lege, ut in ſpecie §. proximè ſequentis. VINN. Nemo hanc rem accuratius tractaſſe videtur Viro eximio, Jac. Gothofredo in *Comment. ad l. 85. §. 1. ff. de R. J. p. 391.* ubi regulas has ita conciliat: I. *Quæ ex præſenti vires capiunt, quæque non tantum ab initio ſemel conſtiterunt, verum etiam utiliter conſtituta ſunt, quorumque* DIES *utiliter ante caſum exiſtentem* CESSIT, *ea durant, etſi caſus exſtiterit, à quo initium capere non poſſent*, niſi rei aut perſonæ ſtatus eſſentialis ita mutatus fuerit, ut jam adimpleri res nequeat. II. *Quæ ex præſenti vires non ceperunt, vel quamvis conſiſtant non tamen* CONSTITUTA *ſunt ante caſum exiſtentem, denique quorum* DIES *nondum* CESSIT, *ea evaneſcunt, emergente caſu, à quo initium capere non potuerunt.* Ex his duabus regulis egregie ſolvi quæſtiones ſingulares, idem Gothofredus per inductionem oſtendit, ſimulque docuit, diſſenſum veterum, quem jam Cujacius obſervavit, inde eſſe, quod non ſatis diſtinxerint illa: *negotium conſiſtit & negotium utiliter conſtitutum eſt:* quæ diverſa admodum eſſe, nemo non videt. HEIN.

TEXTUS.

De dote uxori legata.

15. *Sed ſi uxori maritus dotem legaverit, valet legatum: quia plenius eſt legatum, quam de dote actio. Sed ſi, quam non accepit, dotem legaverit, Divi Severus & Antoninus reſcripſerunt, ſi quidem ſimpliciter legaverit, inutile eſſe legatum: ſi vero certa pecunia, vel certum corpus, aut inſtrumenta dotis in prælegando demonſtrata ſunt, valere legatum.*

NOTÆ.

15. *Plenius eſt legatum*] Propter repræſentationem in dote pecuniaria, quæ annua, bima, trima die, ἐνιαυτῷ, διετίᾳ, τριετίᾳ, 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 etſi non eſt repræſentatio. Ulpian. *d. loc. & d. l. un.* valet tamen legatum propter commoditatem novæ actionis. vid. *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, quæ non accepta eſt, dos aut ſimpliciter legata ſit, aut demonſtrata certa quantitate vel corpore?*

SI *uxori maritus dotem legaverit*] Exemplum legati rei debitæ: proinde quid hic ſtatuendum ſit, diſcamus ex ſuperiore regula, ut ſi plus ſit in legato, quam in debito, legatum valeat; ſi nihil amplius, legatum ſit inutile.

1 *Quia plenius eſt legatum, quam de dote actio*] Hæc verba arguunt, veteres ſemper exiſtimaviſſe, plus eſſe in legato, quam in obligatione dotis: ut proinde relegatio dotis non potuerit non jure veteri valere, *fac. tit. de dot. præleg.* Ut autem legatum plenius eſſet, faciebat aut utilitas repræſentationis in dote pecuniaria, cujus repetitio dilationem habebat, ut annua, bima, trima die, ἐνιαυτῷ, διετίᾳ, τριετίᾳ, 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 etſi cæteræ dotes ſtatim reddebantur, teſte Ulpian. *d. loc.* tamen dote prælegata hoc commodum ſentiebat uxor, quod dominium rei dotalis ſtatim ad eam redibat, actionemque in rem conſequebatur, cum pro dote repetenda perſonalem tantum actionem rei uxoriæ haberet, *arg. l.* 3. §. 2. *de leg.* 3. aut ſi dotem ſibi reddi ſtipulata fuerat, quod pro actione ex ſtipulatu conſequebatur actionem ex teſtamento, imitantem in pleriſque naturam actionum bonæ fidei: per *l. ſi creditori.* 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.* §. *taceat.* 5. *& ſeq. C. de rei ux. act.* quibus locus non erat dote relegata. Juſtinianus vero 2
jus & petitionem mulieris ſic auxit, *d. l. un. & l. in rebus.* 20. *C. de jur. dot.* ut non videam, quid commodi nunc ex relegatione dotis capi poſſit; niſi quod jure legati etiam res dotales mobiles ſtatim reddendæ ſunt, quarum alioqui præſtatio anni dilationem ex conſtitutione Juſtiniani habet, *d. l. un.* §. *cum autem.* 7. *verſ. exactio.* Tentari tamen poteſt cum pleriſque interpretibus, etiam poſt conſtitutiones Juſtiniani relegationem in univerſum utilem cenſeri debere, propterea quod agenti ex teſtamento non poteſt objici exceptio, quam vocant competentiæ. Tametſi enim non omnibus 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. *ſolut. matr.* atque ita aliquando legatum utile eſſe poſſe, & ſolidum obtineri, ubi alias in id tantum fieret condemnatio, quod reus facere poſſet. VINN. Sed hæc commoda legati non adeo magni momenti ſunt. Actionem enim realem uxor ſoluto matrimonio habet tanquam domina dotis. Actio ex ſtipulatu de dote æque bonæ fidei & pinguis eſt, ac actio ex teſtamento, excepta repræſentatione. Denique merito dubites an liberi beneficium competentiæ ob legatum hoc amittant. vid. *l.* 12. *l.* 13. *l.* 18. *ff. ſol. matr. l.* 25. *de re jud.* junct. *l.* 67. §. 8. *de legat.* 2. obſervavit id contra Lauterbachium celeberrimus Pagenſtech. *in Admonit. ad ff Part. V.* §. 116. HEIN.

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 3
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. dot.*

Si vero certa pecunia, vel certum corpus, aut inſtrumenta] Veluti, *Centum quæ in dotem accepi*; aut, *Fundum Tuſculanum, mihi in dotem datum, uxori do lego*, aut, *Centum, quæ inſtrumento dotali conſcripta ſunt. l.* 3. *l. ult. C. de falſ. ca. adject. leg.*

Valere legatum] *d. l. legavi.* 25. *in fin. de lib. leg. d. l.* 3. *& ult. C. de falſ. ca. adject. 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 pluſcula *inf.* §. *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. præl.* Obſtare tamen his, quæ diximus, videtur, quod Ulpianus ſcribit *l.* 1. §. *ſed & ſi.* 7. *eod. tit.* ſi quis ita legaverit, *Centum, quæ in arca habeo*, aut, *quæ ille apud me depoſuit*, & nihil in arca ſit, aut depoſitum fuerit, nihil deberi; accommodans hoc ipſum ad caſum dotis non acceptæ & prælegatæ. Sed rectè reſpondet Joan. Faber, referre, utrum legetur certa quantitas, ut quantitas; an ut certum corpus aut ſpecies, veluti *Centum, quæ in arca habeo, l. plane.* 34. §. *ſed hoc.* 4. *l. ſed ſi.* 51. *de legat.* 1.

Priore

Priore caſu falſam demonſtrationem non nocere legato: poſteriore idem juris eſſe, quod certo corpore, quod non extat, demonſtrato, ut ſiquidem extet quantitas ſic deſignata, legatum valeat; ſi non extet, inutile ſit, *l. ſi ſervus.* 108. §. *qui quinque.* 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, legatario decedit. Et ſi ſervus alienus legatus ſine facto hæredis manumiſſus fuerit, non tenetur hæres. Si vero hæredis ſervus legatus ſit, & ipſe eum manumiſerit, teneri eum, Julianus ſcripſit: nec intereſt ſciverit, an ignoraverit, à ſe eum legatum eſſe. Sed & ſi alii donaverit ſervum, & is, cui donatus eſt, eum manumiſerit, tenetur hæres: quamvis ignoraverit, à ſe eum legatum eſſe.*

NOTÆ.

16. *Sine facto hæredis*] Sive naturali interitu, v. c. ſi ſervus legatus ἰδίῳ θανάτῳ, *ſua morte*, ut Suet. *in Jul. c. ult.* defunctus ſit; ſive facto alieno: niſi mora hæredis intervenerit. *l.* 36. §. *ult. l.* 47. §. *ult. de leg.* 1. *l.* 23. *de verb. obl.* Vide *in comment.*

Legatario decedit] Et hæres liberatur, ut & cæteri debitores, qui certam ſpeciem debent. *d. l.* 23.

Sine facto hæredis manumiſſus] *l.* 35. *de leg.* 1. hæc enim manumiſſio morti proxima eſt. *l.* 92. *de ſolut.*

Nec intereſt ſciverit, &c.] *l.* 112. §. 1. *eod.* 1. *l.* 28. *qui & à quib. man. l.* 91. §. 2. *de verb. obl.* Ratio eſt in *l.* 25. §. 2. *in fin. ad Treb.*

COMMENTARIUS.

1. *Servi alieni, qui legatus ſit, manumiſſione hæredem ita liberari, ut nec æſtimationem debeat, & quid ſi res legata evicta ſit?*
2. *Hæredem, qui ſervum proprium à ſe legatum vel ignorans manumiſit, obligatum remanere: & cur nominatim hoc pronuntietur de ſervo hæredis proprio?*

HUjus §. doctrina pertinet ad locum communem de liberatione debitorum, quæ contingit interitu rei debitæ. Sic enim in univerſum jus eſt, ut rei debitæ interitu, qui ſine facto aut culpa debitoris contigit, obligatio extinguatur, ita ut nec ulla æſtimationis petitio ſuperſit. *l. ſi ex legati.* 23. *de verb. obl. l. in ratione.* 30. §. *res tamen.* 6. *ad leg. Falc. l. cum res.* 47. §. *ult. de legat.* 1.

Si res] Id eſt, res certa, ſpecies, ſeu certum corpus, *l. non amplius.* 26. §. 1. *de legat.* 1. *d. l. ſi ex legati.* 23. *de verb. obl. d. l. in ratione.* 30. §. *certis.* 4. *ad leg. Falc.* idque ex prædicato, *perierit*, ſatis intelligitur, quod in res certas ſeu ſpecies ſolum cadit. Nam cum res incerta, puta homo generatim, aut centum aurei, legata aut in obligationem deducta eſt, numquam dici poteſt res legata aut alias debita periiſſe: quoniam omnes homines, vocabulo hominis, & quicumque aurei generaliter & infinitè centum legato aut obligatione continentur: eoque fit, ut in his nullo rerum caſu ſive hæres ſive quis alius debitor liberetur, *d. l. in ratione.* 30. §. *incerta* 5. *ad leg. Falc. l. incendium.* 11. *C. ſi cert. pet.* Utrum autem certa ſpecies legata ſit, an quantitas inſtar certæ ſpeciei, veluti centum aurei, qui in arca ſunt, nihil intereſt. *d. l. in ratione.* 30. §. *certis.* 4. *l. ſi certõs.* 37. *de verb. obl.*

Sine facto hæredis 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 periit, 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.* 23. *de verb. obl. l. nemo.* 82. §. 1. *l. ſi ſervum.* 91. §. *ſequitur.* 3. *eod. l.* 5. *de reb. cred.* de quo commodius infra in materia obligationum. Ait, *perierit.* Periiſſe non tantum res intelligitur, cum in rerum natura eſſe deſiit: verum etiam cum commercio exempta eſt. §. 1. & 2. *inf. de inut. ſtip. l. inter.* 83. §. *ſacram.* 5. *de verb. obl. l. ſi mihi.* 92. *de ſolut.*

Legatario decedit] Hoc locis compluribus traditum, *l. non amplius.* 26. §. 1. *l. Titiæ.* 36. §. *ult. l. cum res.* 47. §. *ult. l. ſi quis inquilinos.* 112. §. 1. *de legat.* 1. *d. l. ſi ex legati.* 23. *de verb. obl.* atque ut ſuperius diximus, jus eſt commune omnium debitorum, qui certam ſpeciem debent.

Sine facto hæredis manumiſſus] Etiam ſervi alieni legati manumiſſione hæres liberatur, ſi nulla ejus culpa argui poteſt. *l. ſi hæres.* 35. *de legat.* 1. *l. ſi ſervum.* 91. §. 1. *verſ. ſin 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 ſubſtituto.* 45. §. 1. *eod.* 1. & hoc caſu tenetur hæres rem obligatam nexu pignoris liberare, §. 5. *ſup.* Sin autem evicta fuerit à domino, ut res aliena, hic intereſt, in genere res legata ſit, an in ſpecie: nam ſi in genere, & hæres rem unam aliquam ex eo genere dederit, quæ poſtea à domino evincatur, non liberabitur, ob eandem ſcilicet cauſam, quam modo dixi: ſi 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.

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.* 28. *qui & à quib. man.* hæredem ſervum proprium, quem teſtator legaverat, manumittendo nihil agere, ad effectum liberationis, non ad effectum libertatis referendum; ut nihil agere dicatur, quia manumittendo non efficit, quominus obligatus maneat; quod etiam Accurſ. obſervavit. Non obſtat huic ſententiæ, quod excuſatur ignorantia ejus, qui ſervum indebitum ſibi datum manumiſit, *l. in ſumma.* 65. §. *pen. de cond. ind.* nam indebiti condictio, utpote quæ ex bono & æquo introducta eſt, nihil revocare conſuevit, præter iniquum lucrum *l. pen. eod. tit.* Cur vero Juſtinianus hoc loco, & Juriſconſulti in *d. l. ſi quis inquilinos.* 112. §. 1. & *d. l. hæres.* 28. nominatim loquuntur de ſervo hæredis proprio? Nimirum quia hæres ſervum teſtatoris à ſe legatum aut per fideicommiſſum alteri relictum ne manumittere quidem poteſt, ſicut nec quamvis aliam rem, quam reſtituere juſſus eſt, alienandi poteſtatem habet. *l. ult. §. 2. C. comm. de legat.* Quin etſi ſub conditione ſervus teſtatoris legatus fuerit, licet pendente conditione pleno jure hæredis ſit, placet tamen, libertatem ab hærede conſequi non poſſe. *l. generaliter.* 29. §. 1. *qui & à quib. man.* Sed quid eſt igitur, quod Paulus in *l. ſi ſervum.* 91. §. 2. *de verb. obl.* ſcribit, Julianum putaſſe, teneri hæredem, qui, cum neſciret, à ſe petitum codicillis ut reſtitueret, manumiſit? nam libertate non procedente non poteſt dici manumiſiſſe. Reſponſum ipſum Juliani, quod extat in *l. quidam.* 25. §. 2. *ad ſen. Treb.* rem expediet. 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 fideicommiſſo 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 facto hæredis accidit, ut ſervus commercio ſit exemtus; 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 ancillæ mortuæ fuerint, partus legato cedunt. Idem eſt & ſi ordinarii ſervi cum vicariis legati fuerint: quia licet mortui ſint ordinarii, tamen vicarii legato cedunt. Sed ſi ſervus fuerit cum peculio legatus, mortuo ſervo, vel manumiſſo, vel alienato, peculii legatum extinguitur. Idem eſt, ſi fundus inſtructus, vel cum inſtrumento legatus fuerit: nam fundo alienato, & inſtrumenti legatum extinguitur.*

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 peremta re principali & ipſa extingui ſolent. *l. 2. d. t. l. 178. de reg. jur.*

Idem eſt, ſi fundus inſtructus] Quia nec hic duo ſunt ſeparata & principalia legata, ſed unum rei principalis, alterum acceſſionis: ſpectanda tamen mens teſtatoris, *l. 1. §. 1. l. 5. de inſtr. vel inſtrum. leg.*

COMMENTARIUS.

1. *Si ancilla cum ſuis natis legata ſit, duo intelligi legata ſeparata & æquè principalia.*
2. *Idem eſſe, ſi ſervus cum vicariis ſuis legatus ſit.*
3. *Secus, ſi ſervus cum peculio, aut penus cum vaſis.*
4. *Aut ſi fundus inſtructus, vel cum inſtrumento.*
5. *Paulus cum Juſtiniano conciliatus.*

HOc §. & 3. *ſeqq.* docetur, quid juris ſit, ſi rei legatæ vivo teſtatore vel deceſſerit aliquid, vel acceſſerit. Si aliquid deceſſerit, ita jus eſt, ut neque legatum extinguatur, niſi quod deceſſit, ſit principale, reliquum acceſſorium: neque hæres teneatur ſupplere, quod deceſſit, ſed præſtatione ejus, quod 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 deceſſit; nam peremta re principali etiam legatum acceſſionis extinguitur: quod oſtenditur hoc §. exemplo legati ſervi

cum

cum peculio; item fundi cum instrumento legati. Si quid accesserit, placet etiam illud legato cedere: cujus rei tria exempla proferuntur, legati gregis, cui postea adjecta plura capita, §. *seq.* legati ædium, quibus adjectæ columnæ & marmora, §. 19. legati peculii, cui deinde aliquid accessit. *d.* §. 20. Late autem hic locus patet. Nam huc etiam pertinent fructus, usuræ, pensiones prædiorum, partus, fœtus, alluvio, insula in confinio nata, & plura alia, quæ hic non tangit Justinianus, *l.* 8. *l. quod in rerum.* 24. §. 2. *&* 3. *l. cum servus.* 39. §. 1. *de legat.* 1. *l.* 10. *l. si aream.* 39. *de legat.* 2. *l. sæpe.* 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 1 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. 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 fœtu legatæ fuerint, morte pecudum legatum fœtus tanquam accessorium extingui. VINN. Genuina ratio, cur nec ancillæ partus, nec fœtus animalis hic pro accessione ancillæ, vel animalis haberentur, hæc esse videtur, quia post partum non pertinent ad ancillam vel animal, sed ad dominum, adeoque hujus respectu utraque res erat separata, utraque principalis, nullaque remanebat inter matrem & fœtum connexio. HEIN.

Idem est, si ordinarii cum vicariis] Hic eadem dubitatio occurrit, quæ in casu præcedenti: nam ut peculium servi accessio est, ita & servi vicarii, qui sunt in peculio ordinariorum, *l.* 17. *de pecul.* etiam horum accessio videntur; ac proinde his mortuis illos ex legato non deberi. Illud utique certum est, mortuo servo ordinario, qui cum peculio legatus est, peculii legatum ita extingui, ut nec vicarii, qui in ejus 2 peculio sunt, debeantur. 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 3 etiam peculii extinguitur. *l.* 1. *de pec. leg.* Cur tam varie? quia peculium accessionis locum obtinet: cujus conditionis quæ sunt, extingui solent, cum principales res peremtæ fuerint: ratio reddita à 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.*

Si fundus instructus, vel cum instrumento] Exemplum 4 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 siquidem sic aliquis legaverit, *fundum cum instrumento*, alienato fundo instrumentum peti non posse semper constitit, *l.* 1. §. 1. *l.* 5. *de instr. vel instrum. leg.* Cæterum an idem sit, si sic legaverit, *fundum & instrumentum*, aut *fundum instructum*, non satis convenit. Labeo *lib.* 1. *pithan.* putat, inter omnes hasce scripturas nihil interesse, *l.* 5. *de instruct. leg.* Justinianus quoque hoc loco idem prædicat de legato fundi instructi & legato fundi cum instrumento. Denique & Paulus eadem duo, ut 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 disertè 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 simultate, solo Labeonis redarguendi studio, contrarium respondisse. Verum ego, ut fatear, Paulum eo genere morbi laborasse, eoque correptum aliquando non satis bona fide cum Labeone agere, ut videre est in *l. pen.* §. 1. *&* 2. *de acq. rer. dom. l. ult. de usuc.* & fortassis sic etiam Labeonem ab eo tractari; in *d. l.* 5. non arbitror tamen aut secum eum pugnare, aut cum Justiniano. Labeo 5 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 loco habuisse, ut alienato postea fundo frustra de mente testatoris, quod ad legatum instrumenti attinet, disputetur: quod ipse *d. l.* 1. §. 1. *de instruct. leg.* sic expressit, *fundo cum instrumento legato & alienato, instrumentum non vindicabitur ex sententia defuncti.* Cum autem fundus & instrumentum, aut fundus instructus, legatus est, licet regulariter etiam utroque hoc casu legatum instrumenti pro accessorio habeatur, eoque alienato fundo legatum instrumenti evanescat: tamen quia mens testatoris 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, sive cum instrumen-

to

to fundus legatus sit, sive instructus, duo legata intelligi: nam in illa specie alterum semper accessorium est, in hac potest utrumque esse principale. Sed nec cum Justiniano, quippe qui quod regulare est, 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. *d. l.* 5. aliter. *l.* 30 *ibid.* Mynsi. Balduin. *hic.* Quanto plenius sit legatum fundi instructi, quam fundi cum instrumento, docet Ulpian. *l. quæsitum.* 12. §. *supellex.* 15. *& §. sed si fundus.* 27. *cum seqq. de instruct. 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 ædium unum corpus est cohærentibus lapidibus.*

NOTÆ.

18. *Si grex legatus, &c. quod superfuerit vindicari*] Quamvis grex esse desierit, quæ ratio est dubitandi, *l.* 22. *de leg.* 1. Sed nimirum, qui gregem legat, etiam singula capita, quæ in eo grege sunt, ut partes totius, legare intelligitur, per *l.* 113. *de reg. jur.* Aliud juris est in legato usufr. gregis, *l. ult. quib. mod. us. am.* quia ususfructus 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? remissive.*
2. *Ratio exempli posterioris.*

1 GRege 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 legatum extinguitur, §. *si res.* 16. *sup. eod.* Etenim grex etsi neque accretione neque decretione mutetur, sed idem maneat; *l. si cum.* 21. §. 1. *de exc. rei jud.* tamen ubi decrevit usque ad numerum minorem decem, interiisse censetur, quia iste numerus gregem non constituit, *l. ultim. de abig. l. ult. quib. mod. us. am.* vid. *l.* 65. §. 1. *de leg.* 2. Fabrot. *ad Th. 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, eum, 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 constituant: 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.* 22. 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.* usumfructum gregis legatum, si in eum numerum pecus reciderit, quo grex constare non potest, perire. Aliud enim longe juris est in legato gregis, aliud in legato usufructu gregis. Diversitatis rationem alibi diligenter exposui sub. §. *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. Fabrot. *ad Theoph. hic.*

Post testamentum gregi adjiciuntur] Exemplum contrarium, cum rei legatæ vivo testatore aliquid accessit. Cui grex legatus est, ad eum etiam omnia capita pertinent, quæ postea gregi adjecta sunt, *l. grege.* 21. *de legat.* 1. Ratio est, quia testator non illum gregem, quantus tunc erat, sed plane quantuscunque erit, cum dies legati cedet, legasse intelligitur. In summa grex legatario crescit & decrescit. Eademque ratio legati armenti & equitii. 2

Unum corpus ex distantibus capitibus] Ut ædium, sic etiam gregis unum corpus est: verum illud συνημμένον, id est, *connexum*, atque ex pluribus partibus inter se cohærentibus constans; hoc διεσῶς, *disjunctum*, constans ex pluribus corporibus distantibus, ut populus, legio, collegium. *l. in rem.* 23. §. *item quæcunque.* 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 areæ legatæ domus imposita sit, superficiem simul cum solo deberi. Et quid si res legata in aliam speciem mutata sit?*

ALiud exemplum augmenti rei legatæ. Per columnas autem & marmora quælibet additamenta intelligenda sunt. *l. cætera* 41. §. *item.* 9. *& seqq. de legat.* 1. Sed & si areæ legatæ domus imposita sit, placet domum, hoc est, & solum & superficiem deberi, ut diserte traditum est in *l. si areæ.* 39. *de legat.* 2. *& l. si servum.* 44. §. *si areæ.* 4. *de legat.* 1. ubi hæc quidem additur exceptio, nisi testator mutavit voluntate- 1

luntatem: 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. ſervum.* 44. §. *ſi aream.* 4. *de legat.* 1. tamen nunc, id eſt, ædificio deſtructo, poſſe aream peti, quia mutatio voluntatis tantum in eo fuit, ne domus deberetur, ita Duar. *ad l.* 8. *de legat.* 1. Don. 8. *comm.* 17. Quod ſi res legata in aliam ſpeciem mutata fuerit, 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 intercidit, *l. quæſitum.* 78. §. *illud.* 4. *d. l. lana* 88. *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 prævalere, *d. l. quæſitum.* 78. §. *illud.* 4. *d. l. lana.* 88. §. *ult. fac.* §. *cum ex aliena.* 25. *ſup. de rer. div.* niſi tamen aut hæres probet teſtatorem à legato receſſiſſe, aut illic legatarius probet non receſſiſſe; quomodo accipi debet Ulp. in *d. l. ſervum.* 44. §. *ſi pocula.* 2. *de legat.* 1. adi Don. *d. cap.* 17. Cujac. 5. *ad African. in l. qui uſumfructum.* 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 hæreditatem aliquid ſervus acquiſierit, Julianus ait, ſiquidem ipſi manumiſſo peculium legatum fuerit, omne quod ante aditam hæreditatem acquiſitum eſt, legatario cedere; quia hujuſmodi legati dies ab adita hæreditate cedit: ſed ſi extraneo peculium legatum fuerit, non cedere ea legato, niſi ex rebus peculiaribus auctum fuerit peculium. Peculium autem, niſi legatum fuerit, manumiſſo non debetur: quamvis, ſi vivus manumiſerit, ſufficit, ſi non adimatur: & ita divi Severus & Antoninus reſcripſerunt. Iidem reſcripſerunt, peculio legato non videri id relictum, ut petitionem habeat pecuniæ, quam in rationes dominicas impenderit. Iidem reſcripſerunt, peculium videri legatum, cum rationibus redditis liber eſſe juſſus eſt, & ex eo reliqua inferre.*

Notæ.

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. mer.*

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.*

Commentarius.

1. *Cujus lucro vel damno ſit, quod peculio legato vivo teſtatore accedit aut decedit?*
2. *Cur placeat, ſi ſervo manumiſſo peculium legatum ſit, etiam quod poſt mortem teſtatoris ante aditam hæreditatem extrinſecus acceſſerit, legato cedere: ſi extraneo, non item?*
3. *Explicatur* l. 8. §. ult. de pecul. legat.
4. *Cur ſervo teſtamento manumiſſo peculium non debeatur, niſi legatum ſit: inter vivos manumiſſum ſequatur, niſi ademptum fuerit?*
5. *Legato peculii non contineri, quod ſervus domino expenſum tulit.*
6. *Peculium legatum videri ei, qui rationibus reliquisque redditis, liber eſſe juſſus eſt.*

MUlta ex hoc §. diſcimus. Primum, cujus lucro vel damno cedat augmentum vel deminutio peculii legati: deinde ſervo, qui peculium habet, manumiſſo, quem peculium ſequatur: tum legato peculii an contineatur, quod expenſum in rationes dominicas: poſtremo, qui rationibus reliquisque redditis liber eſſe juſſus eſt, an peculium ei legatum intelligatur.

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. 1

Quod ſi poſt mortem teſtatoris, &c.] Si poſt mortem teſtato-

teſtatoris ante aditam hæreditatem auctum fuerit peculium, hic intereſt, ipſi ſervo manumiſſo peculium legatum ſit, an extraneo: deinde ſi extraneo, utrum auctum ſit peculium ex rebus ipſis peculiaribus, puta ex partu ancillarum, vel fœtu pecorum; an quid aliunde peculio acceſſerit, puta ex operis aut quæſtu ſervi, ex donationibus aut legatis. Si ipſi ſervo manumiſſo peculium legatum ſit, placet, omne argumentum legato cedere: ſi extraneo, incrementa ex rebus peculiaribus duntaxat; cætera non deberi, ſed ad hæredem pertinere. *l.* 8. §. *ult. de pec. leg. & hoc noſtro text.* Rationem diverſi juris mox audiemus.

Quia hujuſmodi legati dies ab adita hæreditate cedit] Ratio cur placeat in caſu, quo ipſi ſervo peculium legatum eſt, etiam id, quod jacente hæreditate ex operis ejus vel ex alia re non peculiari accedit, ipſius lucro eſſe. Unde quoque ſimul intelligimus, cur in 2 caſu oppoſito penes hæredem illud maneat. Nimirum ſic in univerſum jus eſt, ut cum quæritur, quantum ſit in legato, id tempus inſpiciatur, quo dies legati cedit, *l.* 8. §. *ult. de 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 hæreditate cedit, *l.* 7. *in fin cum l. ſeq. quand. dies legat.* quando autem extraneo, cedit ſtatim à morte teſtatoris, ſicut in cæteris omnibus legatis, exceptis conditionalibus, & quæ ad hæredem 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; cæterum quod jacente hæreditate extrinſecus accedit, hæredis lucro ſit. Quod tamen diximus, peculii legati diem extraneo cedere ex mortis teſtatoris tempore, ei aperte adverſatur, quod ex Juliani ſententia Ulpianus in *l. denique.* 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 inculatione Compilatorum pugna hæc ſedari non poſ- 3 ſit. 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 differentiæ rationem afferunt, petitam à conjectura voluntatis teſtatoris. Id vero antiqui juris veſtigium oculos ac manus conſarcinatorum fugiſſe. VINN. Id & alibi factum, veluti in *l.* 104. *& l.* 31. *ff. de condit. & demonſtr. l. fin ff. de donat. mort. cauſſ. l.* 3. §. *ult. & l.* 42. *ff. de hered. inſtit.* Quæ loca jam notavit Cujac. ad Ulpian. *Fragm. tit.* XXIV. §. 31. HEIN.

Niſi ex rebus peculiaribus] Puta ex partu peculiarium ancillarum fœtuve 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 rer. 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 Sticho.* 53. *de pecul. l. un. C. de pecul. ejus qui lib mer.* Quæritur ratio differentiæ. 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 4 eſſe, quod plus mereri dicatur, qui vivens dat eleemoſynam, quam qui moriens. &c. Sed quid nodum in ſcirpo quærimus? 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 ſimus 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 Sticho.* 53. *de pecul. d. l. un. de pecul. ejus qui lib.*

Petitionem pecuniæ, quam in res dominicas] Quam- 5 vis quod ſervus domino expenſum tulit, id eſt, quod

ei

ei dominus debet, peculium ſervi augeat, veniatque in actionem de peculio; *l. 7. §. pen. de pecul.* tamen quia verum debitum non eſt, nec ex ea cauſa actio ſervo competere poteſt, placet peculio legato id non contineri, *l. 6. §. ſicut. 4. de pecul. leg.* Quin etiam reſponſum eſt, ſi ſervo inter vivos manumiſſo peculium ademtum non ſit, ac proinde conceſſum, tamen eum debitores peculiares convenire non poſſe, niſi mandatis ſibi actionibus, *d. l. ſi Sticho. 53. de pecul.* adeoque verum videtur, quod Theophilus ſcribit, peculio legato, τὰ ἐν προχείρῳ ὄντα καὶ ἐν ἑτοίμῳ, *quæ in promptu & in parato ſunt*, duntaxat dominum legaſſe cenſeri.

Et ex eo reliqua inferre] Ex eo ſolo, quod quis ſervum ſuum liberum eſſe juſſit, ſi rationes reddidiſſet, peculium ei legatum defendi non poteſt: nam nec ſi vetuiſſet teſtator rationes ab eo exigi, peculium ei legatum cenſeretur. *l. dominus. 23. §. 2. 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 cæteto aliter ſenſiſſe, *per l. quæſitum. 12. §. idem reſpondit. 43. verſ. denique Neratius. de inſtruct. vel inſtrum. legat.*

Textus.

De rebus corporalibus & incorporalibus.

21. *Tam autem corporales res legari poſſunt, quam incorporales: & ideo quod defuncto debetur, poteſt alicui legari, ut actiones ſuas hæres legatario præſtet: niſi exegerit vivus teſtator pecuniam. Nam hoc caſu legatum extinguitur. Sed & tale legatum valet*; Damnas eſto hæres meus, domum illius reficere: *vel*, illum ære alieno liberare.

Notæ.

21. *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.*

Commentarius.

1. *Legato nominis quid contineatur?*
2. *Extingui hoc legatum, ſi dum vivit teſtator, debitum exactum fuerit, aut etiam ultro ſolutum: & quare?*
3. *Admitti tamen hic probationem non mutatæ voluntatis ex facti circumſtantiis.*
4. *Quid juris, ſi cum debitum peti cœptum eſſet, teſtator inter moras judicii, aut nondum facta ſolutione, deceſſerit?*
5. *Etiam facta legari poſſe, ut qui juſſus eſt facere, parere debeat, & quibus conditionibus?*

COncludi hic videtur locus de rebus, quæ recte legentur. Duo autem ſunt, quæ hoc §. docemur. Unum eſt, poſſe legari tam res incorporales, quam corporales. In textu trajectio eſt. Alterum, non ſolum res, quæ proprie & ſpecialiter ita dicuntur, legari poſſe, ſed etiam facta.

Quam incorporales] Non modo res corporales, ut fundus, ædes, homo, veſtis, aurum, argentum, pecunia numerata, &c. legari poſſunt: ſed etiam incorporales, ut uſus, uſusfructus, ſervitutes prædiorum, pars hæreditatis aut bonorum liberatio, actio ſeu nomen debitoris. Et hoc eſt, quod Jurisconſultus ait, & corpora omnia & jura & ſervitutes legari poſſe, *l. catera. 41. in pr. de legat. 1.* Quid uſu, uſufructu, quid ſervitute legata legato contineatur, explicatur propriis *tit. in ff.* 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 *ff.* 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, quæ mihi Sejus ex cauſa mutui debet, Titio do lego, l. ſi ſic legatum. 75. §. 1. & 2. l. non quocunque. 82. §. pen. de legat. 1.* eſtque id legatum, quod paſſim nominis appellatur, *l. ſervum. 44. §. ſed etſi 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. 44. §. eum. 5. de legat. 1. d. l. qui chirographum. 59. eod. 3.*

Ut actiones legatario præſtet] Legato nominis nihil amplius continetur, quam ut actiones ſuas hæres præſtet, *d. l. ſervum. 44. §. ſed & ſi. 6. d. l. ſi ſic legatum. 75. §. 2. l. legatum. 105. de legat. 1.* Ex quo intelligere poſſumus, nomine legato neque pecuniam ab hærede poſſe exigi, neque periculo ejus nomen eſſe; ſed ceſſione actionum, licet inanium, ſi 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, quæ mihi Sejus debet, Titio lego, d. l. ſi ſic legatum. 75. §. 2.* Atque olim quidem ſive nomen legatum fuerat, ſive venditum aut donatum, nulla actio legatario venditori aut donatario prodita erat, qua ſuo nomine cum debitore experirentur; ſed 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 exſpectata ceſſione directarum, exercerent, *l. ex legato. 18. C. hoc tit. l. 5. & l. 7. C. de hæred. vel act. vend. l. ſi cum. 16. in pr. de pact.* Quod ideo videtur conſtitutum eſſe, quia ceſſio actionum ſæpe protrahebatur: & interdum nec cedi actio poteſt, ut in ſpecie *l. 1. C. de obl. & act.*

Niſi exegerit teſtator pecuniam] Nominis legatum ita 2

demum effectum habet, si debitum à vivo testatore exactum non fuerit; cæterum si testator post factum testamentum pecuniam à debitore exegerit, legatum extinguitur, teste Ulp. *d. l. si sic legatum* 75. §. 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 tametsi alienata est, durat, legatumque consistere potest, licet res aliena facta sit: at cum nomen exactum est, extinguitur ipsa substantia debiti, ἡ σύστασις τοῦ χρέους, hoc est, illud ipsum, quod legatum est, perimitur, ut frustra desideraturus sit legatarius actiones sibi ab hærede præstari, quæ nullæ supersunt. Hæc differentiæ ratio indicatur, *d. l. fideicommissa.* 11. §. *ergo.* 13. *& d. l. si sic legatum.* 75. §. 2. nec absimile est, quod traditur in *l.* 7. §. *liberatio.* 4. *de lib. leg.* legatum liberationis evanescere, si dum vivit testator, debitum exactum fuerit. Sed & si ultro, quod debebatur, solutum est, vel acceptilatione aliave qualibet ratione debitor liberatus, legatum nominis, sicut & liberationis, extinguitur. *l. si id.* 21. *de lib. leg.*

3 Enimvero etiam hic admittitur probatio non mutatæ voluntatis ex facti circumstantiis, *l. pen.* §. *ult. de adim. leg.* Finge, ideo nomen exactum esse, quia forte debitor ad inopiam vergebat, & pecuniam pro deposito testatorem habuisse; poterit legatum aut fideicommissum peti, quasi non hoc animo testator debitum exegerit, ut legatum adimeret, *d. l. fideicommissa.* 11. §. *ergo.* 13. Petetur autem hoc casu legatum recta ab hærede: nam frustra etiam hic legatarius ageret cum hærede, ut actiones sibi cedantur. Quippe quæ debitore liberato nullæ supersunt. Similiter si debitor ultro pecuniam obtulit, & acceptam item pro depositio testator habuit, placet legati aut fideicommissi petitionem superesse, quasi voluntate non mutata, *d.* §. *ergo.* 13. *l. fideicommissa.* 11. Exigi vero etiam in hoc casu videtur, ut in depositio sit habita pecunia; secus autem esse, si ut in solutum data, ita simpliciter in solutum accepta sit, *arg. d. l. fideicommissa.* 11. §. *ergo.* 13. *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

4 distinctionem Schneidewino probari video. Ait, *nisi exegerit.* Quid ergo, si cum pecunia peti cœpta esset, testator inter moras judicii, aut etiam post sententiam nondum facta solutione decesserit? Bartol. *in l. nepoti.* 6. *de instruct. vel instrum. leg.* eumque secuti Angel. & Mynsi. *hic* putant, eo casu petitionem legati superesse, nec intelligi ademptum legatum, quamdiu res non desiit 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 instruct. vel instrum. leg.* Quod etiam nobis videri supra diximus in §. *si rem.* 12. Sed non sunt hæc prorsus similia. Et alienatio rei legatæ non necessaria, & petitio debiti, argumenta sunt mutatæ 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 nectit debitor, aut judex sententiam differt. Adde quod actio in judicium deducta consumitur, licet nova nascatur judicati. Nihil sane pro Bartoli sententia facit *d. l.* 6. *de instr. leg.* Nam in specie illic proposita vel maxime debetur, quod exactum est, idque pro confesso sumitur: sed dubitatur, an si debitor condemnatus vivente testatore non satisfecit, etiam ejus petitionem legatarius habeat, quod ex sententia judicis debitum nec dum solutum est, propter verba legati: *Quod meum erit.* Quibus testator usus proponitur.

Damnas esto hæres meus domum illius reficere] Etiam 5
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 jussus 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 jussus sit, aut extraneum aliquem 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 aliquem ære alieno liberare, & similibus, veluti si jubeatur 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.* 11. §. *ult. eod.* 3. Paul. 3. *sent.* 6. Non facere, veluti si vetetur fundum aut domum aliamve rem alienare extra familiam, *d. l. filiusfam.* 114. §. *cum pater.* 15. *de legat.* 1. *l. peto.* 69. §. *fratre.* 3. *eod.* 2. Plane si id, quod fieri jussum 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.* 114. §. *Divi.* 14. *l. pater.* 38. §. *Julius.* 4. *l. Lucius.* 93. *in pr. de legat.* 3. Ejusdem generis sunt, quæ à Papiniano dicuntur ineptæ defunctorum circa sepulturam voluntates, veluti ut vestes aut ornamenta in funus impendantur. *l. servo.* 113. §. *ult. de leg.* 1. *l. ult.* §. 2. *de aur. leg.*

TEXTUS.

De legato generali.

22. *Si generaliter servus, vel res alia legetur, electio legatarii est, nisi aliud testator dixerit.*

NOTÆ.

22. *Si generaliter*] Valet legatum generis cum corpora ei subjecta sunt uniusmodi, eadem forma interna

na & natura conſtant, veluti ſi homo, equus aut bos legetur: 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 ita 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 opt. leg.* ut & in rebus disjunctim legatis, *l.* 34. §. *pen. eod.* 1. *l.* 23. *eod.* 2. Aliud eſt in contractibus, §. 33. *verſ. Huic autem. inſ. 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.* Weſ.

COMMENTARIUS.

1. *Quid prudentibus ſit genus, quid ſpecies?*
2. *Definitionem hujus §. ad genera ſumma aut ſubalterna non pertinere, ſed tantum ad genus infimum; nec tamen aliter, quam ſi ſpecies huic generi 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 differentiæ ratio adhuc habenda, poſtquam legatorum omnium una cœpit eſſe natura?*
7. *Quibus caſibus hæredis ſit electio, etiamſi teſtator id non expreſſerit?*
8. *Electionem in caſu noſtro non eſſe uſquequaque liberam: & quid hic jure patrio?*

1 INſignis 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 *lib.* 2. *philoſ. cap.* 3. *& lib.* 3. *cap.* 4.
2 *item lib.* 1. *de part. animal. cap.* 4. Deinde non omne legatum generis valere. Interpretes primum & rectè hinc removent genera ſumma & ſubalterna, veluti ſi quis ſubſtantiam, corpus, aut animal ſimpliciter leget: quia in his ea eſt infinitas generis, ut rem leviſſimam ex eo genere, & vel 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. hæredes.* 25. §. *ſi incerto.* 17 *ſam. erciſc.* Si vero natura determinatæ non ſint, ut fundus & domus, (quippe quæ non natura, ſed deſtinatione hominis conſtituuntur, *l.* 24. §. *quod ſi.* 3. *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.* 4. *de jur. dot. l. ita ſtipulatus.* 115. *in pr. de verb. obl.* utpote quod à ſuperiore nihil aut parum utilitate diſtet; aut, quod magis puto, quia his rebus ſimpliciter legatis, nulliſque à teſtatore relictis, tanta eſt incertitudo, ut nullo modo definiri poſſit, quantum præſtari debeat, ac proinde ſimiliter habendum, ac ſi corpus ignotum legatum ſit. *d. l. cum poſt.* 69. §. *gener.* 4. Quod ſi teſtator fundos aut ædes habuerit, ædibus ſimpliciter legatis, omnes conſentiunt, legatum eſſe utile, unaſque ex his, quas teſtator reliquit, deberi; eſtque in eam rem textus apertus in *d. l. ſi domus.* 71. *in pr.* At ſi fundum in genere legaverit, alii non magis hoc caſu legatum valere putant, quam ſi nullos fundos teſtator habuiſſet: alii tam fundi legatum utile eſſe, quam 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 poſt.* 69. §. *gener.* 4. *d. l. ita ſtipulatus.* 115. *in pr.* pro his exemplum ædium legatarum, *d. l ſi domus.* 71. *de legat.* 1. quarum & fundi hactenus eadem ratio videtur; *argum. d. l.* 24. §. *pen. de legat.* 1. tum quod cum teſtator generaliter rem aliquam legat, dari jubet, de ſuis eum rebus ſenſiſſe exiſtimandus ſit, uti reſponſum eſt, ſi quis hæredem damnaverit vinum, oleum, 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.* 115. 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.* 115. *num.* 13. *& ſeqq.* ubi ſimul docet ſtipulationis & legati non eandem per omnia in propoſito rationem eſſe: quod & verum eſſe vel ex ſola collatione *d. l.* 7. *de tritic. vin leg. & l. triticum.* 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

Archidiac. Panorm. Felin. & Alexandrum cenſet idem Gomezius *d. loc. num.* 10. ac moribus quoque id receptum tradunt Autumn. *confer. du droict, add. l.* 71. Grot. 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 Stichus aut Pamphilus, *l. plane.* 34. §. *pen. de legat.* 1. *l. ſi is 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
5 electionem eſſe, indiget. Jure veteri etiam, cum genere legato, aut duabus rebus disjunctim, de jure eligendi quæritur, differentia erat inter genera legatorum. In legato vindicationis legatario, in damnationis hæredi, electio permittebatur: cujus differentiæ teſtimonio non obſcura videmus in *l. plane.* 34. §. *pen. l. ſi à ſubſtituto.* 45. §. 1. *l. ſi hæres.* 110. *de legat.* 1. *d. l. ſi is cui.* 19. *d. l. Lucio.* 23. *l. ſi ita.* 43. §. *ult. eod.* 2. *l. qui concubinam.* 29. §. 1. *eod.* 3. Hoc autem & voluntas teſtatoris exigere viſa eſt, & ratio juris. Voluntas teſtatoris: 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. inſ. de act. l. plerumque.* 10. *in fin. de jur. dot.*
6 *l. ubi autem.* 75. §. *qui illud.* 8. *de verb. obl.* Quæritur vero, an hodie diſtinctionis 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 veneror, qui negant, legatorum illam exæquationem ad effectum, de quo hic agimus trahi oportere: quippe quæ, ut ſupra quoque monui, ſic ſemper accipienda ſit, ut ne quid admittatur contra voluntatem teſtatoris. Utri autem electionem tributam teſtator velit, legatarione, an 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 repugnat, 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 ſententiam 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. Weſembec. & Bachov. *hic.*

Niſi 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 7
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 primùm, definitionem tantùm 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 verifimile 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.*

tit. 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.* 8. *de legat.* 2. Mantic. *de conject. ult. vol. lib.* 3. *tit.* 1. *n.* 26. Nam inter ædes & ædes, inter navem & navem, inter fundum & fundum fieri poteſt ut nulla ſit proportio, & major diſtantia, quam inter Mantuam & Romam, inter viburna & cupreſſos: quam ob cauſam etiam his rebus generaliter legatis, ſi teſtator nullas ejus generis habuit, legatum inutile habetur. Eſtque hæc etiam interpp. noſtrorum communis opinio, teſte Gomez. quam & ipſe probat 2. *var. reſ.* 11. *n.* 9. Auctoritas Pandectarum Florentinarum (in quibus hæc ſcriptura eſt *in pr. d. l. ſi domus.* 71. *Si domus alicui ſimpliciter legata ſit, cogentur hæredes, quam vellet, domum ex his, quas teſtator habuit, legatario dare.*) me aliquando movit, ut etiam domo aut re alia ejuſdem conditionis indiſtinctè legata, putarem legatario electionem competere: ſed plus apud me nunc valet conſenſus reliquorum omnium exemplarium, in quibus conſtanter legitur, *cogetur hæres, quam domum volet, &c.* ob rationem allegatam: & ſcriptura Florentina orationem efficit duriorem. In editione Haloandri legitur, *cogentur hæredes, quam domum volent, &c.* quæ ſcriptura etiam certius, quam vulgata, hæredi electionem tribuit. VINN. Sed magis eſt, ut ſervetur lectio Florentina. Haloander enim ex ingenio ſcripſit *volent*, nec conſenſus reliquorum exemplarium opponi poteſt Florentinæ, reliquorum fonti. Vid. Cl. Henr. Brenkmanni *Hiſt. Pandect. lib.* 111. *cap.* 11. Si ergo plures hujus generis res reliquit teſtator, omnino electio erit legatarii. Nec obſtat *l.* 37. §. 1. *ff. de legat.* 1. quippe ubi magis ſpecies certa legata, quam genus. Denique præſumtio quidem eſt, teſtatorem voluiſſe, quam minimum onerare heredem ſuum, *l.* 67. §. 8. *ff. de leg.* 2. ſed & fortior militat præſumtio pro legatario, quod ei electionem concedere voluerit teſtator, dum ſpeciem cer-
8 tam non expreſſit. HEIN. Poſtremo ſciendum eſt, etiam tunc cum legatario electio datur, non dari infinitam & per omnia liberam, ut poſſit ex genere legato quodcumque velit, etiam optimum eligere; puta verbi cauſa, homine generaliter legato, actorem: ſed concluſam intra modum, ut ne optimum accipiatur, *l. legato.* 37. *de legat.* 1. Unde apparet, veteres in tota hac electione id ſemper egiſſe, ne immenſum quid tribueretur legatario, neve hæres nimis onerarétur. Illud expeditum eſt, ſi de certo ſervo, aut re alia teſtator ſenſerit, nec appareat de qua, hæredis electionem eſſe, *d. l. legato.* 37. §. 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: & ideò niſi ipſe legatarius vivus optaſſet, ad hæredem legatum non tranſmittebat. Sed ex conſtitutione noſtra & hoc in meliorem ſtatum reformatum eſt, & data eſt licentia hæredi 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 eligere cupiente, ne pereat legatum, (quod plerique prudentium contra benevolentiam introducebant,) fortunam eſſe hujus optionis judicem, & ſorte hoc eſſe dirimendum, ut, ad quem ſors pervenerit, illius ſententia in optione præcellat.*

NOTÆ.

23. *Habebat in ſe conditionem*] Σιωπηρῶς: quod tamen à Theophilo additum non eſt, ut quidam falſo tradunt.

Conſtitutione noſtra] Extat in *l. ult. C. comm. de legat.*

Sorte eſſe dirimendum] Frequens admodum etiam apud veteres ſortis judicium, *l.* 14. *de judic. l.* 5. *fam. erc. l.* 24. §. 14. *de fideic. lib.* ubi ſc. animi judicio negotium explicari non poteſt: alias ſorti res non committitur. *l.* 8. *de pact.* §. 1. *ſup. de ſatiſd. tut. l.* 47. *in fin. pr. C. de Epiſc. & Cler.*

COMMENTARIUS.

1. *Legatum electionis idem esse, quod optionis: diversum autem à simplici legato generis & alternativo.*
2. *Legatum generale & alternativum, quantumvis cum jure eligendi, non esse idem cum eo, quod optionis dicitur.*
3. *Optionis legatum habuisse olim in se conditionem, eamque cohærentem personæ legatarii, ita ut ad hæredes non transmitteretur.*
4. *Explicatur* l. si sic legatum. 75. §. pen. de legat. 1. *rejecta interpretatione Donelli.*
5. *Notatur inconsiderantia Bachovii.*
6. *In* l. ult. C. comm. de legat. *nihil cautum de jure optandi transmittendo: sed temerè diversos casus misceri.*
7. *Frequens fuisse apud veteres judicium sortis; qui & micatione digitorum usi.*

1 QUidam putaverunt, aliud esse legatum optionis, aliud electionis; quod falsum esse, atque utroque vocabulo significari specialem ac solemnem electionem, 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 relinquebatur per vindicationem: generis aut alternativum sæpè per damna-
2 tionem. 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. Adhæc 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. *manuduct. 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 referri non potest simplex, quæ legato generis inest, electio. Planè in *d. tit. de opt. leg.* occurrunt quidem etiam loci, in quibus tractatur, genere legato, cui arbitrium eligendi permittendum sit? ut in *l.* 2. §. 1. *l. servo.* 12. *l. si 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 Ausidium.* 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 & à 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, etiamsi in legato generis aut alternativo nominatim facultas eligendi legatario data sit, veluti si ita testator dixerit: *Titio servum, quem voluerit, do lego*, vel: *illud aut illud, utrum elegerit*, puto tamen, 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, τὸ προαιρεῖσθαι, legatur: veluti si dicat testator: *Titio optionem servorum meorum do lego*; quo casu tres servos eligi posse rescriptum est, *l.* 1. *eod.* vel sic: *Titius ex servis meis, quem volet, optato*; vel, *Ex scyphis meis, quem velit, eligito, sibique habeto.* Julianus in *l. si Pamphilo.* 10. *eod.* verbum optionis in generaliore significatione accepit pro quavis electione.

Habebat in se conditionem] Σιωπηρῶς Veteres, ut hic 3 commemorat Justinianus, credebant, legatum optionis in se habere hanc conditionem, *si ipse legatarius optasset.* Quæ quidem conditio etsi 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 ideo ad hæredem mortui ante electionem legatarii transferri non potuerit. Non obstat *l. si sic legatum.* 75. §. *pen. de legat.* 4 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 hactenus, 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 perspicuè species paulò ante proposita ex *d. l. si sic legatum.* 75. §. *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

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 etsi verum & notissimum est, legatum conditionale, mortuo pendente conditione legatario, intercidere: stipulationem autem sub conditione contractam mortuo ante conditionem stipulatore non extingui, sed spem obligationis transmitti in hæredem: §. *sub conditione. 2. 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 omninò necesse est in memorata stipulatione, si eam conditionalem facimus, & nempe eadem, quæ in legato optionis, si ipse stipulator elegerit. Conditio omnis in personam certam collata personam non egreditur, deficitque, nisi in persona ejus impleta fuerit. *l. qui hæredi. 44. 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, *transmitti non placuit*; Tribonianum autem responsum Pauli ad jus novum & constitutionem Justiniani in *l. ult. C. comm. de leg.* accommodasse sublata 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 dissensione plurium hæredum circa electionem sorte dirimenda, arguunt, eam constitutionem hic significari. Etenim, quod interpretes non animadverterunt, 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 statuendum foret, si plures legatarii, quibus optio legata esset, vel unius legatarii plures hæredes circa electionem corporis dissentirent. Inepta profectò dubitatio, si electio in legato optionis merè personalis fuit, hoc est, ita personæ legatarii cohæsit, ut nec ad hæredes ejus transierit. Quid dicam, non habeo, nisi quod Tribonianus diversos casus temerè videtur miscuisse, & casum plurium legatariorum de electione disputantium inconsideratè confudisse cum casu plurium hæredum unius legatarii: quod & Bachovius existimat. VINN. Ast tanta oscitatio cadere non videtur in Tribonianum. Ex nostro §. patet, primo conditam constitutionem, eaque cautum, ut & heredes legatarii optare possent: deinde diligentiore habito tractatu, ei constitutioni aliquid additum esse. Prior constitutio priori inserta Codici periit, additamentum migravit in codicem repetitæ prælectionis, habeturque *l. ult. C. comm. de legat. & fideic.* Nec est, quod aliquem turbet, quod Tribonianus ibi speciem proponat, ubi legatarii heredes dissenserint circa electionem. Nam hujusmodi speciei & jure veteri locus esse potuit, si testator ita legaverit: *Titio, aut eo mortuo, ejus hæredibus servum, quem optaverint, do lego.* Itaque ex *d. l. ult.* non sequitur, ut jam ante Justinianum legatarii heredibus jus optandi fuerit. HEIN.

Optare servum] Quod de servo 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. actus. 77. de reg. jur.* servi optionem refert inter actus legitimos, non quod non idem fuerit in aliarum rerum optione legata: sed quia plerumque servorum potius, quam aliarum rerum optio legari solita erat: unde & de 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 fortè qui optet, constitui, cujus optionem cæteri ratam habeant, expressè cautum est *d. l. ult. C. comm. de legat.* Frequens autem admodum etiam apud veteres fuisse sortis & fortunæ judicium, ex variis 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. select. quæst. c. 35.* Utebantur antiqui & micatione digitorum. Varro, *Micandum erit cum Græco, utrum ego illius numerum, an ille meum sequatur.* Cicero 1. *de offic. Sed quasi aut sorte aut micando victus, alteri cedat alter.* Suetonius *in August. cap. 13. Patrem & filium pro vita rogantes sortiri aut micare jussit.* Quando autem & quibus casibus res dubia sorti permittenda sit, ab hoc loco alienum est quærere. VINN. In loco Suetonii alii legunt *sortiri aut dimicare:* Sed *micare* habuit Codex MSC. Salmasianus. Sic res olim in foro, sic carnes de lanio micando emebantur. Quod Turcium Apronianum, V.C. Præfectum urbi, utilitate suadente sustuliſſe, ex marmore veteri intelligimus. Vide plura apud Casaub. in not. ad Sueton. *l. c.* HEIN.

TEXTUS.

Quibus legari potest.

24. *Legari autem illis solùm potest, cum quibus testamenti factio est.*

COMMENTARIUS.

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 factionem habent; quo soli propriè significantur, qui testamenti faciendi jus habent; ut ostendimus supra in §. *testes autem. 6. de test. ord.* sed cum quibus testamenti factio est; quo continentur etiam, qui ipsi testamentum facere non possunt, modo jus capiendi ex alieno testamento ha-

beant. 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 Voconiam, Juliam, Papiam, aut similes, quibus capere, aut totum capere vetabantur: qua de re fortè uberius infra *sub tit. de fideic. hær.* Illud nunc sciamus, legibus istis & differentiis incapacium sublatis, nullum amplius hac in re discrimen inter legata & fideicommissa superesse.

TEXTUS.

Jus antiquum, de incertis personis.

25. *Incertis verò personis neque legata neque fideicommissa olim relinqui concessum erat. Nam ne miles quidem incertæ personæ poterat relinquere, ut divus Hadrianus rescripsit. Incerta autem persona videbatur, quam incertâ opinione animo suo testator subjiciebat, 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 incertæ personæ legari videbatur: & denique multæ aliæ hujusmodi species sunt. Libertas quoque incertæ personæ non videbatur posse dari; quia placebat nominatim, servos liberari. Sub certâ verò demonstratione, id est, ex certis personis incertæ personæ rectè legabatur: veluti,* Ex cognatis meis, qui nunc sunt, si quis filiam meam uxorem duxerit, ei hæres meus illam rem dato. *Incertis autem personis legata, vel fideicommissa relicta, & per errorem soluta, repeti non posse, sacris constitutionibus cautum erat.*

NOTÆ.

25. *Incertis personis*] Receptum tamen fuit, ut pauperibus, *l.* 24. *C. de episc. & cler.* civitatibus, *l.* 26. *ad SC. Treb. l.* 22. *de leg.* 1. corporibus & collegiis licitis, *l.* 12. *C. de hær. inst. l.* 1. §. 15. *ad Treb.* relicta, rata essent.

COMMENTARIUS.

1. *Exponuntur aliquot loci, ex quibus falso quidam colligunt, etiam jam olim hæreditatem legatumve incertis personis relinqui potuisse.*
2. *De legatis relictis civitatibus, municipiis, collegiis, pauperibus.*
3. *Cur ejus, quod incertæ personæ relictum erat, per errorem soluti non esset repetitio.*

INcertæ personæ olim neque hæreditas, neque legatum, aut fideicommissum relinqui poterat. Ulpian. *tit.* 22. §. 3. *& tit.* 24. §. *incerta.* 18. Paul. 3. *sent.* 6. Ratio hæc erat, auctore Ulpiano *d. tit.* 22. §. 3. quoniam certum esse debet testantis consilium. Sic enim verba legis duodecim, *Uti quisque legassit*, veteres interpretati sunt, uti quisque certo consilio ac solido judicio statuerit, &c. At hæreditatem bonave sua, magno sæpe labore quæsita, relinquere incertæ personæ, tam certi consilii non est, ut potius species quædam dementiæ esse videatur. Non est contrarium, quod Marcianus scribit, tale legatum utile esse; *Illis, qui testamentum meum obsignaverint, hæres meus decem dato. l. si quis.* 14. *de reb. dub.* nam quod futuris signatoribus seu testibus legatur, id non incertis, sed certis personis relinqui intelligitur. Etsi enim tunc incerti & testatori ignoti sunt, 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 hær. instit.* agitur enim ibi expressè de institutione certæ personæ, quam & testator proprio nomine designavit: sed quia plures erant testatori eodem nomine amici, non apparebat, de quo sensisset: cujusmodi in casu audienda est probatio voluntatis; & qui probare poterit, de se sensisse defunctum, admittendus, *arg. l. falsa.* 33. §. 1. *de cond. & dem.* quamvis totam exceptionem illam, *nisi ex aliis apertissimis probationibus fuerit revelatum pro qua persona testator senserit*, responso Jurisconsulti adjectam à Triboniano nullus dubitem, add. Ant. Fab. 5. *conj.* 19. Magis videtur obstare *l.* 5. *de reb. dub.* Respondet Donellus, proponi illic legatum aut fideicommissum relictum incertæ quidem personæ, sed ex certis tamen; quod etiam olim licuit, ut statim audiemus: quippe verba illa fideicommissi, *Sive quis alius restitutionem mihi impetraverit*, cum Juliano & Cajo sic interpretanda, si quis alius ex amicis, quorum testator mentionem non fecit. Alii putant, etiamsi quis alius curaverit testatorem restitui, non minus fideicommissum deberi, quasi pro beneficio, quod speratur, datum. Porrò ex hoc jure manavit, quod nec civitates, nec municipia aut collegia hæredes institui aut legatum capere potuerunt, Ulpian. *d. tit.* 22. §. 4. Plinius *lib.* 5. *epist.* 7. *ad Calvisium*; *Nec hæredem*, inquit, *instituì, nec percipere posse rempubl. constat.* Cæterum postea ut hæc corpora legatum capere possent, permissum fuit, etiam tempore mediæ jurisprudentiæ, *l. si quis.* 37. *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 Nerva hoc primùm introductum; post deinde à senatu, auctore Hadriano, diligentius constitutum fuit, Ulpian. *tit.* 24. §. *civitatibus.* 28. Paulus Marco id tribuit, *d. l. cum senatus.* 20. In propriis nominibus facilis est auctorum lapsus. Tandem etiam concessum, ut civitates & municipes hæredes institui possent, *l. hæreditatis.* 12. *C. de hær. inst.* quod ætate Ulpiani & Pauli nondum obtinebat, ut liquet ex fragmentis ejusdem Ulpian. *tit.* 22. §. 4. *& d. l. omnibus.* 26. *ad Treb.* quibus locis hoc tantùm traditur, fideicommissam hæreditatem municipibus restitui ex Sena-

tus-

tusconsulto Aproniano. Eandem denique rationem habuit, quod legatum pauperibus relictum non valebat: quod nunc firmum ratumque omnibus modis habetur: daturque jus & nomen hæredis episcopis, œconomis, xenoni: nomen, ut sint hæredes: jus, ut debita exigant, creditoribus hæreditariis respondeant, pauperibus relicta dividant. *l. id quod.* 24. *l. si quis.* 49. §. 1. *& seqq. C. de Episc. & Cler.* Cyn. Bald. Salic. *in d. l. id quod.* 24. Bart. *in l.* 5. *de reb. dub.* Tulden. *ad tit. C. de incert.* Vinn. Hujus juris historia non satis accurate exponi videtur à Vinnio. Quamvis enim Ulpianum sequutus, à Nerva antiquum jus primum mutatum esse existimet: id tamen non satis conciliari posse videtur loco Plinii, qui sua ætate nondum capere potuisse respublicas tradit, idque sub Trajano, ut videtur. Nam in eadem *epistola* 7. *libri* 5. liberalitatis ac munificentiæ erga Novocomenses mentionem facit, quam jam post consulatum ostendisse videtur, uti ex marmore apud Gruter. *P.* ccccliv. & mxxviii. adparet. Primum ergo SC. permissum videtur ut caperent civitates fideicommissa, idque sub Hadriano consule Apronio anno Christi 117. vel 123. Sub eodem & legata civitatibus relicta SCto firmata. Ulp. *Fragm. tit.* xxiv. §. 28. Unde legati hujusmodi exemplum exstat in *l.* 101. *ff. de leg.* 3. Postea D. Marcus id jus etiam ad collegia, *l.* 20. *ff. de reb. dub.* immo etiam ad vicos protulit. *l.* 73 §. 1. *ff. de legat.* 1. Denique & heredes institui potuere civitates, non demum per Constitutionem Leonis Thracis *l.* 12. *C. de her. inst.* sed jam temporibus Paulli, id est Severi & Caracallæ, ceu ex *l.* 121. *ff. de legat.* 1. colligimus. Hein.

Quam incerta opinione] Incerta persona hic dicitur, quam testator animo suo incerta & cæca opinione subjicit, 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 constitutum, vel cum eos non nosset, incertissima opinione dixit, *Qui primi consules designabuntur.* Quod si è constituto jam candidatorum numero, quos testator novit, ei qui primus consul designatus fuerit, centum legaverit, magis est ut hoc legatum valeat, ut relictum uni ex certo personarum numero cum certa demonstratione.

Libertas quoque incertæ personæ] Antea dixit, ne militem quidem legatum aut fideicommissum incertæ personæ relinquere potuisse, etsi militum testamenta nullis adstringebantur juris civilis subtilitatibus: cujus tamen generis unum hoc fuit, quod incertæ personæ legari non potuit. Aliam nunc subjicit ejusdem juris ampliationem, quod nec libertas, cujus summus alioqui favor semper fuit, incertæ personæ dari potuerit, addita ratione, *quia placebat, nominatim servos liberari*, quod videtur cautum fuisse lege Fusia Caninia. Ulp. *tit.* 1. §. *ult.*

Sub certa vero demonstratione] Ex certo personarum ordine aut numero cum certa demonstratione legari incertæ personæ etiam olim jus fuit, veluti: *Ex collegis meis, qui nunc sunt*, aut, *Ex cognatis meis, qui primus ad funus meum venerit*, aut, *Qui filiam meam uxorem duxerit, ei hæres meus illud dato.* Ulp. *tit.* 24. §. *incertæ.* 18. & notandum, in exemplo proposito demonstrationi expresse addi hæc verba, *qui nunc sunt:* alioqui incerta adhuc foret demonstratio.

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 fillam 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 hic certissimus jure quoque civili effectus est, ut impediat ejus, quod ex ea causa solutum 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 manifeste Pacius, hunc locum restringens ad legata quæ pietatis aut religionis intuitu relinquuntur: quo in errore Mynsing. non fuit, ut falso existimat Bachovius.

Textus.

Jus antiquum, de postumo alieno.

26. Postumo quoque alieno inutiliter antea legabatur. Est autem alienus postumus, qui natus inter suos hæredes testatori futurus non est: ideoque ex emancipato filio conceptus nepos, extraneus erat postumus avo.

Notæ.

26. Ex emancipato filio conceptus] Alienorum postumorum diversa sunt genera, & varii gradus, v. Cujac.

Commentarius.

1. *Postumos esse similes incertis personis: cæterum non per omnia eodem jure cum his censeri.*
2. *Postumi alieni qui? & eorum diversa genera.*

Qui in utero sunt, sive postumi, & tam alieni quam sui, in hæreditate legitima semper pro jam natis habiti sunt, & capaces hæreditatis sibi ab intestato delatæ. *l. pen. de stat. hom. l. pen. de legat.* 1. Verum in hæreditatibus testamentariis & legatis nemo postumus pro nato, initio habitus fuit, propter verba legis duodecim tabularum, *Uti quisque legassit, &c.* quæ sic à prudentibus, ut etiam antea diximus, accepta sunt, uti quisque certo consilio ac judicio decreverit, &c. Cum enim postumi omnes 1
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 na-

ſcituri ſint, & quales naſcituri, & quot naſcituri. Paulatim tamen diſputatione fori propter utilitatem & non ſine magna ratione receptum, ut poſtumi ſui rectè hæredes inſtituerentur, & legatum ex teſtamento caperent. In poſtumis alienis interpretatione prudentum nihil mutatum: qua de re fuſius diſputavimus ſub §. 2. *ſupra de exhær. lib.* Non in omnibus tamen, eandem rationem poſtumi alieni & cujusvis alius incertæ perſonæ fuiſſe, ex eo apparet, quod fideicommiſſum poſtumo alieno utiliter relinquebatur; *l. 5. in fin. de reb. dub. l. 2. de jur. codic.* cæteris incertis perſonis inutiliter. Et vero non eſt poſtumus 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 hær. inſt.* Cæterum, quod hic Juſtinianus ait, poſtumo alieno jure antiquo inutiliter legari, ei obſtat *l. 6. de reb. dub.* nam in calce præcedentis *l. 5.* proponitur quis rogatus hæreditatem reſtituere poſtumo ſuo vel alieno; & mox continenter in *l. 6. ſeq.* poſtumus hæres inſtitutus, vel cui legatum relictum eſt. Reſpondeo, ſunt loci iſti diverſorum auctorum; ac proinde neceſſe non eſt, ut quod in uno dicitur de poſtumo vel ſuo vel alieno, cui hæreditas reſtitui juſſa eſt, repetatur in altero, in quo ſimpliciter proponitur poſtumus hæres inſtitutus aut legatum poſtumo datum: nec illud etiam eo loco quæritur, an cum poſtumo, & cum quo teſtamenti factio ſit, ſed an & quando poſtumus partem faciat?

Inter ſuos hæredes teſtatori futurus non eſt] Poſtumus ſuus & alienus ſic inter ſe opponuntur, ut ſuus poſtumus dicatur, qui ſi vivo teſtatore naſceretur, in poteſtate ejus eſſet, primumque ab eo gradum in familia obtineret, uno verbo, qui naſceretur teſtatori ſuus 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.* Poſtumi alieni omnes, qui, ſi vivo teſtatori naſcantur, aut in ejus poteſtate familiave non naſcuntur, aut non naſcuntur proximo ab eo gradu; uno verbo, qui ſui aut inter ſuos non naſcuntur. Horum autem diverſa ſunt genera & varii gradus. Primum poſtumus alienus avo eſt nepos natus ex filio, etiam quem ſuperſtitem in poteſtate habebat: quamdiu enim filius in familia manet, nepos ex eo ſuus hæres avo non agnaſcitur. §. 2. *ſup. de exh. lib. d.* §. 2. *prac. tit.* §. 2. *inf. de hær. ab inteſt.* At enim quia aliquando fieri poteſt, ut hic nepos poſtumus ſuus hæres teſtatori agnaſcatur, puta ſi filius vivo teſtatore deceſſerit, pro ſuo hactenus habitus, atque ex formula Galli hæres inſtitui potuit. *l. Gallus. 29. de lib. & poſt.* Magis alienus poſtumus eſt nepos, conceptus ex filio emancipato, *hoc text.* in quo etiam ob cauſam jam dictam hujus tantum nepotis poſtumi fit mentio: item qui in utero eſt uxoris filii, qui in adoptiva familia eſt, *l. 1.* §. *ſi filius. 8. de vent. in poſſ. mitt.* & qui naſci ſperatur ex teſtatoris filia. §. *ult. ſup. de pat. pot.* Eadem porro ratione poſtumus matri alienus eſt poſtumus, puta ſi cæſo utero extractus fuerit; *l. 6. fin. pr. de inoff. teſt.* & aviæ, qui in ventre eſt filiæ, aut uxoris filii: & adhuc magis alieni, qui naſcituri ſunt ex agnatis aut cognatis. *h. pen. de leg. 1. d. l. 6. de inoff.* Poſtremo alieniſſimi & maxime extranei, qui neque legitimi futuri, ſunt neque cognati. *l. 6. de vent. in poſſ. mitt.* Hos autem omnes Juſtiniani definitio complexa eſt.

TEXTUS.

Jus novum, de perſonis incertis & poſtumo alieno.

27. *Sed nec hujuſmodi ſpecies penitus eſt ſine juſta emendatione relicta, quum in noſtro Codice conſtitutio poſita ſit, per quam & huic parti medemur, non ſolùm in hæreditatibus, ſed etiam in legatis & fideicommiſſis: quod evidenter ex ipſius conſtitutionis lectione clareſcit. Tutor autem nec per noſtram conſtitutionem incertus dari debet: quia certo judicio debet quis pro tutela ſuæ poſteritati cavere.*

NOTÆ.

27. *In noſtro Codice conſtitutio*] Deſideratur hæc 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.

COMMENTARIUS.

Hujuſmodi 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 poſtumo, cujus proximè meminit in §. *prac.* Sed rectè plerique interpp. ſentiunt, Juſtinianum loqui in univerſum de ſpecie incertarum perſonarum, quas hactenus commemoravit, atque hoc dicere, conſtituiſſe ſe, ut & poſtumo alieno & cæteris perſonis incertis, quas modo eventus poſtea demonſtrarit, 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 relinquitur, quatenus ſcilicet jus illud, quod de incertis perſonis recenſuit, emendarit. Non enim dicit, ſe id jus penitus ſuſtuliſſe, ſed non penitus reliquiſſe inemendatum. Ex verbis quidem Juſtiniani nihil hic colligere poſſumus, quam, hoc eum conſtitutione ſua caviſſe, ut incertitudo perſonæ, cui quid legatum eſt, non amplius vitiet legatum, ſi ulla ratione vel nunc, vel ex futuro eventu certitudo aliqua apparere poſſit. Sed tamen non ſemper id admittendum videtur. Quid enim ſi eventus inciderit in eas perſonas, mortuo aut ignorante teſtatore, quibus veriſimile non eſt ſpecialiter eum legaturum fuiſſe? Finge, ſic eſſe legatum, *Qui filiam ſuam filio meo collocaverit, ei hæres meus centum dato*

dato: eamque collocaſſe ignorante teſtatore qui inimicus teſtatori fuerit, qui peſſimè de eo meritus, 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 hæreditatibus] Ergo olim nec hæres inſtitui incerta perſona potuit: quod etiam diſerte ſcriptum eſt ab Ulp. *tit.* 22. §. 3. De poſtumo tamen alieno teſtatur ipſe Juſtinianus §. *ſeq.* potuiſſe eum & antea hæredem inſtitui. Cæterum hoc quomodo accipiendum ſit, ibi declarabimus.

Et fideicommiſſis] De fideicommiſſis cautum propter perſonas incertas, §. *incertis.* 25. *ſup. eod.* nam poſtumo 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 poſtumo 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 poſtumis: 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 ſatisdatione, à qua tutores teſtamentarii immunes ſunt: cui adde, quod in delatione tutelæ nullum lucrum vertitur, quod ea ſuſcepta tutor conſequatur.

Textus.

De poſtumo alieno hærede inſtituto.

28. *Poſtumus autem alienus hæres inſtitui & ante poterat, & nunc poteſt: niſi in utero ejus ſit, quæ jure noſtro uxor eſſe non poteſt.*

Commentarius.

1. *Quomodo accipiendum, quod hic ait Juſtinianus, poſtumum alienum etiam antea hæredem inſtitui potuiſſe?*
2. *Confutantur Alciatus & Bachovius, qui putant, huic loco deeſſe negationem.*

ETſi, ut ſuperius dixit, antea ita jus fuit, ut poſtumo alieno inutiliter legaretur: nihilominus tamen, ut nunc hic ait, hæres inſtitui is poſtumus etiam antea potuit. Hoc autem non videtur convenire cum iis, quæ ſupra relata ſunt de inutili inſtitutione poſtumi alieni, & de emendatione juris veteris etiam hac in parte à Juſtiniano facta. Tum ſi antea poſtumus alienus hæres inſtitui potuit, quid opus fuit addere, etiam nunc eum inſtitui poſſe? An quia conſtitutione ſuâ jus vetus in eo confirmavit? nullo modo: profitetur enim expreſſè, ſe antiqui juris obſervationem circa incertas perſonas & poſtumos alienos emendaſſe etiam in hæreditatibus, ſignificans, ſua demum illa conſtitutione effectum, ut etiam poſtumus alienus rectè hæres inſtituatur. Sed ſciendum eſt, 1
neutrum jure civili in perſona poſtumi alieni valuiſſe; ſive hæres inſtitutus eſſet, ſive legatum ei datum: cæterum legatum etiam jure prætorio inſuper habitum, cum eo jure inſtitutio poſtumi alieni, ut favorabilior, ſuſtineretur, inſtitutumque prætor adjuvaret dando ei bonorum poſſeſſionem ſecundum tabulas. *inſ. de bon. poſſ. in pr. l. poſthumus.* 6. *de inoff. teſt. l.* 1. §. *ſi filius.* 12. *de vent. in poſſ. mitt. l.* 3. *de bon. poſſ. ſec. tab.* Quamobrem interpp. ferè omnes hæc verba Juſtiniani, *& antè poterat, & nunc poteſt*, ſic acceperunt, 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? Sane Ulpianus in *d. l.* 6. *de inoff. teſt. l.* 1. §. *ſi filius.* 12. *de vent. in poſſ. mitt.* cum de poſtumo alieno loquens, eum hæredem ſcriptum aut hæredem inſtitutum, natumque ſecundum tabulas habere ſcribit, nihil aliud ſignificat, quam poſtumum alienum jure prætorio rectè hæredem inſtitui. Quin etiam Paulus ſimpliciter reſpondet, hujuſmodi inſtitutionem jure fieri, *l. Titius.* 25. §. 1. *de lib. & poſt.* cujus ſpecies huc quoque pertinet, ut bene contra Cujacium obſervavit Ant. Faber 9. *conj.* 2. D. Bachovius tamen contra omnium exem- 2
plarium & Græcarum Inſtitutionum fidem exiſtimat, huic loco deeſſe negationem, & legendum, *Poſtumus autem non alienus*, id eſt, *ſuus*: quod jam olim etiam tentavit Alciatus 9. *parerg.* 1. ſed errare eos apertè oſtendit ſubjecta exceptio, *niſi in utero ejus ſit, quæ jure noſtro uxor eſſe non poteſt*: quæ exceptio neceſſario intelligenda eſt de poſtumo alieno, ſive eam accipias de poſtumo, qui in utero ſit ejus mulieris, quicum omnino nullum connubium eſt, ut ſunt Veſtales, Sanctimoniales ſeu Aſcetriæ, quæ perpetuam voverunt caſtitatem; ſive etiam de eo poſtumo, qui ex ea muliere & teſtatore naſciturus eſt, quæ illius uxor eſſe prohibetur, propter cognationem puta, aut affinitatem, aut quia alii nupta: quippe quod ex his naſcitur vivo teſtatore, in poteſtate ejus naſci non poteſt: eſtque turpis hujuſmodi inſtitutio, ipſoque jure non valet. *l.* 9. §. 1. *de lib. & poſtum.* Jam vero ſtultiſſimè exciperetur poſtumus alienus, ſi id quod præcedit, ad poſtumum alienum non pertinet, ſed ad non alienum ſive ſuum duntaxat. Mirorque adeo judicium Bachovii, qui hac exceptione etiam confirmari putat ſuam illam & Alciati emendationem. Cæteris Bachovii argumentis quivis facile occurret, qui modo hæc noſtra attente legerit.

TEXTUS.

De errore in nomine legatarii.

29. *Siquidem in nomine, cognomine, prænomine, agnomine legatarii teſtator erraverit, cum de perſona conſtat, nihilominus valet legatum. Idemque in hæredibus ſervatur; & recte. Nomina enim ſignificandorum hominum gratia reperta ſunt: qui, ſi alio quolibet modo intelligantur, nihil intereſt.*

NOTÆ.

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 Sempronianо 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, ſupellectilem ſcripſerit: quia rerum vocabula naturæ conſona, publica & immutabilia ſunt, *d. l.* 4. *l.* 7. §. 2. *de ſup. leg.*

COMMENTARIUS.

1. *Subtilius ac diligentius, quam paſſim, explicatur 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 vitiare legatum: & cur vitiet error in nomine appellativo?*
4. *Quid ſi teſtator rem oculis ſubjectam alieno nomine appellaverit?*

TRactationi de incertis perſonis ea de errore nominis, item de falſa demonſtratione & falſa cauſa, ideo ſubjungi videtur, quia 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, prænomine, agnomine] Hæc quatuor nomina etiam Imperator Gordianus diſtincte expreſſit, *l.* 4. *C. de teſtam.* & Chariſius Grammaticus ſic ſcribit: *Propria nomina in quatuor ſpecies dividuntur, prænomen, nomen, cognomen, agnomen, ut Publius, Cornelius, Scipio, Africanus. Prænomen eſt, quod nomini præponitur, ut Publius. Nomen quod familiæ orginem 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 Dives, Marcus Porcius Cato Sapiens, Quintus Fabius Maximus Allobrox, Lucius Cornelius Scipio Aſiaticus.* Chariſius autem non ſatis diſtincte videtur rem
1 ipſam explicaſſe. Prænomen erat nomen cujuſque proprium; ut *Marcus, Lucius, Paulus, Publius.* Nomen totius gentis commune erat, hoc eſt, omnes, qui ex eadem gente erant, eodem nomine appellabantur, verbi cauſa, qui ex gente Cornelia, omnes Cornelii, qui ex gente Valeria, omnes Valerii nominabantur. Cognomine ſingulæ familiæ in quaque gente diſtinguebantur, idemque omnium, qui ejuſdem familiæ erant, cognomen erat; ut in gente Cornelia, qui ex familia Scipionum, Scipiones, qui ex familia Lentulorum, omnes Lentuli, &c. Agnomen dicebant, quod ab eventu aliquo ducebatur, ut Publ. Scipio ex Africa, Lucius ex Aſia oppreſſa agnomen acceperunt, quanquam ejuſdem eſſent familiæ, teſte Cicerone *pro Muræn.* quo tamen loco non agnomen illud, ſed cognomen vocat. Idem *lib.* 2. *de offic. c.* 16. *Divitem Craſſi, & libro de amicit. c.* 2. *Sapientem M. Catonis cognomen* fuiſſe ſcribit. Apud noſtros quoque tantum nominis, prænominis & cognominis mentionem fieri reperio. *l.* 1. *de lib. & poſth. l. hæredes.* 21. §. 1. *qui teſt. fac. l.* 8. §. 2. *ſec. tab.* Unde apparet veteres appellatione cognominis etiam agnomen complecti, etſi hæc interdum diſtinguant. Cicero *lib.* 1. *de invent. c.* 9. *Nomen cum dicimus*, inquit, *cognomen quoque & agnomen intelligatur oportet.* Non fuere autem apud Romanos agnomina aut frequentia aut neceſſaria, quippe quibus pleroſque caruiſſe conſtat. At his tribus, prænomine, nomine, cognomine perpetuò uti conſueverant: ut *L. Cornelius Sylla; C. Julius Cæſar; M. Tullius Cicero.* Theophilus hanc rem Græcis parum cognitam, ut poteſt, declarat, ſcribens, nomen eſſe τὸ κύριον ὄνομα, prænomen, quod nomini præponitur, à majoribus vel benefactoribus aſſumptum. Hodiè 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. VINN. Omnibus Romanis fuiſſe cognomen, haut facile demonſtraveris. Aliud de C. Mario, Q. Sertorio & L. Mummio obſervavit Plutarchus *in vita Marii ab init.* Sic & feminæ, eodem teſte, nomen quidem habebant gentile, ut Tullia, Fulvia, Livia, immo & prænomem, ut a Perizonio, Spanhemio aliiſque demonſtratum eſt, ſed nullo cognomine. Sed & id obſervandum, genti Sulpitiæ bina ſemper fuiſſe prænomina: alterum commune SERVIUS: alterum proprium, ut *Cajus, Marcus*, &c. Adoptivi plerumque retento prænomine, adſumebant nomen patris adoptantis, & cognominis loco addebant nomen gentis, ex qua prodierant, inflexum in ANUS. e. g. M. JULIUS OCTAVIANUS. Sed hæc tamen non ſemper ita ſe habuiſſe permultis exemplis oſtendit vir ſummus, Ez. Spanhemius *de uſu & præſt. numiſm.* HEIN.

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 demonſtrentur, valet inſtitutio & legatum perinde, ac ſi proprio nomine demonſtratæ eſſent, *l. quoties.* 9. §. *ſi quis.* 8. *de hær. inſt. l.* 8. §. 2. *de bonor. poſſ. ſec. tab. l.* 4. *C. de teſt.* & generaliter in omnibus partibus juris demonſtratio vice nominis fungitur, *l.* 6. *de reb. cred. l. nominatim.* 34. *de*

cond.

2 *cond. & dem. l. 2. de lib. & posth.* Cui jam & 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.* 9. §. *siquis.* 8. Pro non dicto enim est, aut pro non scripto, quod ita dictum scriptumve est, ut non intelligatur. *l. 2. de his, quæ pro non script. hab.* Finge ergo, hoc modo vel instituisse: *Corneliæ, sororis meæ, filius hæres esto*, vel legasse, *Corneliæ, sororis meæ, filio fundum illum do lego:* si soror unum tantum filium habeat, hic quia satis apparet, quem testator designavit, valet institutio & legatum. Idemque est, si sic dixerit: *Cornelius, sororis meæ Corneliæ filius, hæres esto:* aut, *Cornelio, sororis meæ Corneliæ filio, centum lego:* etiamsi ei non Cornelio, sed Sempronio nomen sit. Porrò dum certa sit demonstratio, unde ea ducatur, nihil interest. Nam & sic rectè hæres nuncupatur indicio digiti, *Hic mihi hæres esto*, cum præsens est, qui ostenditur. *l. nemo.* 58. *de hær. inst.* Denique & sic quoque rectè demonstratur: *Cujus nomen in codicillis scripsero, ille mihi hæres esto, l.* 10. *de cond. inst.* cujusmodi demonstrationes in legatis vel magis valere de-
3 bent. Pari ratione etsi testator erraverit in nomine rei legatæ, veluti si fundum Cornelianum pro Semproniano nominaverit, utile est legatum, & debebitur Sempronianus, si constet hunc legatum esse. *l.* 4. *de legat.* 1. Et convenienter, si quis, cum unum tantum servum haberet, dixerit: *Servum meum Stichum do lego*, valebit legatum, licet servo *Davus*, non *Stichus*, nomen sit, *arg.* §. *seq.* Plane, si quis, cum vestem legare vellet, supellectilem scripserit, putans, vestem appellatione supellectilis contineri, placet, nec supellectilem nec vestem deberi, quasi neutrum legatum sit. *d. l.* 4. *de legat.* 1. Ubi Jurisconsultus differentiæ hanc rationem reddit, quod *rerum vocabula immutabilia* sint, *hominum mutabilia.* Rerum vocabula vocat, quæ Grammatici appellativa; hominum, quæ illi propria, eo quod rei sive personæ tantum singularis designandæ causa reperta sunt. Hæc mutabilia esse ait, quia scilicet privata sunt, & pro arbitrio singulorum & imponuntur, & mutantur; illa immutabilia, quia publica & communia, *l. Labeo.* 7. §. 2. *de supell. leg.* ut proinde error in his tolerabilis sit, in illis stultus & intolerabilis. Et est sane ingens inter hæc discrimen. Propria nomina omnia θέσει constant, & ita, ut pro arbitrio cujusque privati, & citra considerationem naturæ rei imponantur: unde nec rei σοίαν, sed tantum differentiam ἐπισιώδη indicant. Appellativa autem fere φύσει constant, id est, à natura vim suam habere videntur, saltem prima, quæ sunt ἀρχηγὰ ἢ σοιχεῖα, id est, principia & elementa reliquorum. Sane Cratylus apud Platonem existimat, majorem quandam vim, quam humanam, prima rebus nomina imposuisse. Sed & flexa, etsi impositicia sunt, publica tamen & ipsa sunt ac communia, & sive prudenter, sive temere & ἀπὸ τῦ αὐτομάτυ imposita sunt, non sunt tamen arbitraria, ut ex singulorum opinione exaudiri debeant, sed ex communi usu. In summa eorum impositio naturæ consona habetur, nec minus hæc, quam prima, ipsam rei substantiam indicant. VINN. Sed non temere hodie quisquam cum Cratylo apud Platonem existimabit, vocabula φύσ-ι significare, non ex impositione hominum. Nec opus tam subtili ratione, quum propior reddi possit. Nomen proprium uni datur, adpellativum pluribus commune est vel personis vel rebus. Si quis itaque per errorem supellectilem pro veste scripserit, neutrum debetur, non vestis, quia hujus non fit mentio, non supellex, quia de hac non sensit, vocabulo hoc pluribus rebus quam vestibus conveniente. Ast si Davum pro Stichо dixit, & unus tantum servus adsit, facile adparet de quo senserit testator, quia nomen proprium servile non nisi uni servo suo competere potest. HEIN. De illo 4
quæsitum 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. quæ 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.* eum, *qui aliud dicit, quam vult, neque id dicere, quod vox significat, quia non vult, neque id, quod vult, quia id non loquitur:* convenienter plane sententiæ sive Servii sive Celsi, *non videri quemquam id dixisse, cujus non suo nomine usus sit*, aut, quod idem valet, neminem videri sensisse, quod non dixit: 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 Mynsingero verius videtur. Sane si quis chartas librorum appellatione, aut contra, complexus esse dicatur, locus esse potest quæstioni voluntatis propter rerum affinitatem, *l. librorum.* 52. §. *quod tamen* 4. *de legat.* 3. Quin etiam generaliter id admittendum putem, si aliquo colore usuve loquendi vocabulum, quo testator usus est, ad id, quod voluisse dicitur, extendi potest. *arg. l.* 9. *de trit. vin. ol. leg.*

Significandorum hominum gratia] Ratio elegans. Si enim nomina in hoc inventa sunt, ut per ea commodius personæ designentur, profecto nec omissio nominis, nec error in nomine legatarii, si aliunde de persona ejus certo constat, legatum vitiare debent: & recte Pedius nihil referre dicebat, proprio nomine res appelletur, an digito ostendatur, an vocabulis quibusdam demonstretur, quoniam vice mutua funguntur, quæ tantundem præstant. *l.* 6. *de reb. cred.*

TEXTUS.

De falsa demonstratione.

30. *Huic proxima est illa juris regula, falsa demonstratione legatum non perimi. Veluti si quis ita legaverit:* Stichum, servum meum vernam, do lego. *Licet enim non*

verna,

verna, ſed emptus ſit: ſi tamen de ſervo conſtat, utile eſt legatum. Et convenienter, ſi ita demonſtraverit: Stichum ſervum, quem à Sejo emi, *ſitque ab alio emptus: utile eſt legatum, ſi de ſervo conſtat.*

COMMENTARIUS.

1. *Regulam hoc loco traditam ſic eſſe temperandam, niſi quid aliud legato obſtet, præter falſitatem demonſtrationis: quod variis exemplis declaratur.*

QUod in errore nominis perſonæ legatarii, aut proprii vocabuli rei legatæ cuſtoditur, ut etſi falſo hujuſmodi nomine teſtator uſus ſit, legatum tamen ob id non vitietur, modo de perſona aut re aliunde conſtet: id etiam obtinet in demonſtratione, hoc eſt, adjectione omni, quæ extra nomen perſonæ aut rei deſignandæ gratia adhibetur, ut etſi vel in perſona legatarii, vel in re legata demonſtranda aliquid erratum ſit, tamen perinde legatum valeat, ac ſi nullus error interveniſſet; dummodo conſtet, cui legare, aut quam rem legare teſtator voluerit. *l. 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 obſtet, præter falſitatem demonſtrationis. Etenim ſi demonſtratio certam rem aut ſummam indicet, ſed circumſcriptam certo loco, eaque res illo loco non reperiatur, inutile hoc eſſe legatum traditum eſt. Ut ecce, teſtator ita legavit: *Centum, quæ in arca habeo, Titio lego.* Si hæc in arca nulla ſint, placet nihil deberi, quaſi certum corpus, quod in rerum natura non eſt, legatum ſit, *l. ſi ſervus.* 108. §. *qui quinque.* 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 dici poſſit falſa demonſtratione non perimi, *l. quibus.* 40. §. *pen. de cond. & dem.* Item ſi quis ita legaverit: *Quod mihi Titius debet, Sempronio lego,* ſine adjectione corporis aut quantitatis, neque Titius 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, ei lego,* ſi teſtator neque debeat, neque quantitas adjecta ſit; quamvis ſi ita dixerit: *Decem, quæ Titio debeo, ei lego,* nec quicquam Titio debeatur, legatum ſit utile: quia ſola falſa demonſtratio legatum non vitiat. *d. l. ſi ſic legatum.* 75. §. 1. *l. legavi.* 25. *ſub. fin. de lib. leg.* Sed & amplius, licet quantitas adjecta ſit, tamen ne ſic quidem ſemper utile legatum in ſuperioribus ſpeciebus. Finge, teſtatorem ita legaſſe: *Centum, quæ Titio debeo, Sempronio lego,* conſtat, hoc legatum inutile eſſe, etiamſi verum ſit, centum Titio deberi: quoniam debitor id, quod ipſe debet, alii quam creditori legare non poteſt. Quam ob cauſam nec ſi falſum erit, legatum valebit: nam quod inutile foret legatum detracto vitio demonſtrationis, id adjecta vitioſa demonſtratio utile efficere non poteſt. Finge iterum legaſſe hoc modo: *Titio centum, quæ mihi debet, lego,* cum Titius nihil deberet, reſponſum eſt, nihil hic item eſſe in legato, multumque intereſſe inter falſam demonſtrationem & falſam conditionem, ſive cauſam. *d. l. ſi ſic legatum.* 75. §. 2. *d. l. legavi.* 25. *verſ. quod ſi ſic.* Nimirum etſi hic centum verbo legata ſunt, revera tamen nihil aliud legatum, quam liberatio: quo legato hoc continetur, ut, ſi hæres petat, exceptione removeri, ſi non petat, ultro pulſari poſſit, ut debitorem liberet. *l. 3. §. 3. de lib. leg.* Neutri vero horum locus eſſe poteſt, ubi nulla eſt obligatio. Pari denique ratione ſi teſtator centum, quæ Titius ei debeat, legaverit Sempronio, dicendum erit, inutile eſſe legatum, ſi nihil Titius debeat, *d. l. ſi ſic legatum.* 75. §. 2. quippe nec hic legantur 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.* 75. §. 2. breviter his verbis ſignificat: *Eſſe enim debitor debet.*

Stichum ſervum meum vernam] Exemplum falſæ demonſtrationis. Eſt autem verna ſervus domi ex ancilla natus, οἰκογενὴς, οἰκοτραφὴς. Quod nomen Feſtus à *vere* deductum putat, *quod id tempus duce natura fœturæ eſt.* Hinc *vernaculus,* ut *vernacula lingua, uva vernacula,* id eſt, ἐπιχώριοι. Cicero 5. *in Verr. c.* 61. *vernaculum crimen* pro domeſtico; Auctor incert. *de bello Hiſpan. cap.* 7. *vernaculas 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 ſutorem, Stichum cocum Titio lego.* Licet enim neque ſutor, neque cocus ſit, ad legatarium pertinere dicitur, ſi de eo ſenſiſſe teſtatorem appareat. Exempla autem hæc ſunt falſæ demonſtrationis adjectæ rei legatæ: idem vero etiam obtinet, ſi in perſona legatarii deſignanda quid erratum ſit, aut falſo demonſtratum, puta circa corpus, vel artificium, vel officium, vel patriam, vel neceſſitudinem, vel affinitatem, dummodo de perſona ejus conſtet, cui teſtator legaverit. *d. l. 17. §. 1. l. falſa.* 33. *& l. ſeq. eod.* Quod tamen & ipſum ſemper ſic accipiendum eſt, dum nihil amplius obſit legato, quam falſa demonſtratio; non etiam error, qui obſtet voluntati: qualis plerumque naſcitur ex errore ſanguinis. Nam ſi quis propter hanc opinionem aliquid alicui legaverit, ut ſanguine conjuncto, qui non erat, legatum non valebit. *arg. l. 4. & l. 7. C. de hær. inſt.*

TEXTUS.

De falſa cauſa adjecta.

31. *Longe magis legato falſa cauſa adjecta non nocet: veluti cum quis ita dixerit:* Titio,

tio, quia me abſente negotia mea curavit, Stichum do, lego: *vel ita*: Titio, quia patrocinio ejus capitali crimine liberatus ſum, Stichum do, lego. *Licet enim neque negotia teſtatoris unquam geſſerit Titius, neque patrocinio ejus liberatus ſit, legatum tamen valet. Sed ſi conditionaliter enuntiata fuerit cauſa, aliud juris eſt: veluti hoc modo*, Titio, ſi negotia mea curaverit, fundum meum do, lego.

NOTÆ.

31. *Legato non nocet*] Quia ait Papinianus: ratio legandi legato non cohæret, *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 ſuſtineatur?*
4. *Inſigne hujus juris temperamentum.*
5. *Qua in re conditio & modus conveniant, & diſcrepent?*

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 dialecti αἰτιοπαθητικὴν vocarent; alias ἀφορμὴ, occaſio, cauſa impellens, dicitur. Igitur cauſa, id eſt, ratio legandi, etiamſi falſa ſit, legato
1 non obeſt. Sed cur ait, longe minus falſam cauſam legato adjectam nocere, quam fallam demonſtrationem? Puto idcirco, quia nomen & demonſtratio cum legato cohærent; adhibentur enim ad perſonam legatarii aut rem legatam deſignandam: cauſa autem legandi à legato ſeparata eſt, & ſine ulla cauſa legari & poteſt & ſolet. Hanc differentiam indicat Papinianus *l. cum tale.* 72. §. *falſam.* 6. *de cond. & dem.* cum ideo ait falſam cauſam legato non obeſſe, *quia*
2 *ratio legandi legato non cohæret.* Cauſa, quæ in futurum confertur, modus appellatur; veluti, *Centum lego ut opus extruatur*, &c. *d. l.* 17. §. *ult. de cond. & dem. tit. C. de his quæ ſub. mod. leg.* Ea autem huc non pertinet: quia quod ſub modo legatum eſt, perinde fere habetur, ac ſi ſub conditione relictum eſſet. *l. ſi cui.* 92. *de cond. & dem. l.* 1. *C. d. tit.*

3 *Legatum tamen valet*] Donare enim nihilominus teſtator voluit, aut ſaltem voluiſſe præſumitur. Quippe qui ſciebat, ſe ob negotia ſua gratis geſta aut patrocinium ſibi præſtitum nulla neceſſitate remunerandi teneri. *arg. l. donari.* 82. *de reg. jur. l. damus.* 52. *l. in ſumma.* 65. §. 2. *de cond. ind.* Cum igitur gratuitam mereque voluntariam exercuerit liberalitatem, non debet hanc evertere falſitas occaſionis, qua primum provocatus ad legandum fuit. Nam &, ſi quis inter vivos ob hanc cauſam quid dederit, quod negotia ſua adjuta putabat, falſa licet perſuaſione, datum conſtitit, nec repeti poteſt, *d. l. damus.* 52. *de cond. ind.* redditurque hæc ratio in *d. l. in ſumma.* 65. §. 2. *eod.* quia qui dedit, donare voluit. Et vel magis igitur id valere debet in ultimis voluntatibus. *argum. l. in teſtamentis.* 12. *de reg. jur.* VINN. Accedit & alia ratio, legatis propria. *Legare*, ut ſupra ex Ulpiano demonſtravimus, eſt *legis modo aliquid relinquere.* Teſtator itaque eſt inſtar legiſlatoris. Hujus autem lex obligat, tametſi falſa ratione munita: quia jam ipſa legiſlatoris voluntas pro ratione eſt. Recte Pufendorff. *de J. N. & G. lib.* 1. *cap.* 6. §. 1. *Lex licet & ipſa ſuis non debeat carere rationibus, hæ tamen proprie cauſſa non ſunt, quare ipſi obſequium præſtetur, ſed poteſtas præcipientis, qui ubi voluntatis ſuæ decretum ſignificavit, obligationem ſubdito adfert, omnino juxta præſcriptum ſuum faciendi, etſi fors ipſi rationes præcepti haut ita liquido adpareant.* Ita ergo & heredi neceſſitas imponitur, voluntati teſtatoris, tamquam legiſlatoris, adimplendi, ſi vel maxime hic rationem vel nullam vel falſam adjecerit legato. HEIN. Cæterum inſigne hujus juris tempe- 4
ramentum Papinianus addit *l. cum tale.* 72. §. *falſam.* 6. *de cond. & dem.* niſi hæres probet, teſtatorem legaturum non fuiſſe, ſi cauſam, quam adjecit, falſam eſſe ſciviſſet. Verba Papiniani ſunt, *Sed plerumque doli exceptio locum habebit, ſi probetur, alias legaturum non fuiſſe.* Quaſi dicat, etſi falſa cauſa adjecta legatum 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 legaturum. Id vero ſæpe probatu non eſt uſque adeo difficile. Quid enim, ſi teſtator aliquando apud amicos aperte dixerit, ſe, ſi verbi cauſa, Titius negotia ſua non curaſſet, nihil habere, cur ei quicquam relictum vellet; vel ſe facere non potuiſſe, quin egregium officium ſibi à Titio præſtitum legato aliquo remuneraretur, aliam legandi cauſam non habuiſſe; vel hoc unum ſe moviſſe, ut Titium legato honoraret, quia reſtitutionem ſibi à Principe impetraſſet, alias nihil ſe illi legaturum 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 obſtituram doli mali exceptionem.

Conditionaliter enuntiata] Si cauſa conditionaliter hoc modo enuntiata fuerit: *Titio, ſi negotia mea curavit, fundum lego*, cauſa legato ipſa conceptione cohæret, & ſi falſa eſt, fit, ut voluntas legato deſit, & legatum ſit inutile. *l. 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 debebitur ipſo jure; eoque nec exceptio adverſus petentem deſiderabitur. Conditioni affinis eſt modus: utrumque enim futurum aliquid ſpectat: nam ſi hac legandi formula teſtator utatur; *Titio centum do lego, ut mihi monumentum faciat*, legatum eſt ſub modo, *d. l. demonſtratio.* 17. §. *ult.* ſi ita dixerit: *Do lego ſi monumentum faciat*, eſt conditionale. Effectu autem inter hæc multum intereſt: nam legatum ſub modo relictum purum eſt, & ſtatim peti poteſt, præſtita ſcilicet cautione de re reſtituenda, ſi modus non impleatur: ſub conditione autem relictum non debetur ante eventum conditionis, & ſi conditio defecerit, extinguitur, *l.* 3. *l.* 4. *C. de cond. inſert.* quanquam non omnium conditionum eventus perpetuo expectatur. Nam ſi qui earum, quæ in non faciendo conſiſtunt, collata ſit in poteſtatem legatarii, deſiderante eo ſtatim repræſentatur relictum, dum is caveat, nihil ſe ejus facturum, quod teſtator vetuit: ſi contra fecerit, rem una cum fructibus reſtituturum ei, ad quem jure civili, deficiente conditione, legatum pertinere poteſt. Quæ cautio, quod à Q. Mucio inventa eſt & compoſita, Muciana dicta: atque in hæreditatibus quoque locum habet. *l.* 7. *l. is qui.* 18. *de cond. & dem.* Plura de conditionibus inſertis D. Tulden. & Perez. *ad tit. C. de falſ. ca. adj. & 2. ſeqq.* Chriſtin. *vol.* 4. *deciſ.* 49.

TEXTUS.

De ſervo hæredis.

32. *An ſervo hæredis recte legemus, quæritur. 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 vixerit. Sub conditione vero recte legatur ſervo, ut requiramus, an quo tempore dies legati cedit, in poteſtate hæredis non ſit.*

COMMENTARIUS.

HUjus & ſequentis §. exiguus hodie uſus eſt, ſervitute jam ſublata. Proponuntur duæ quæſtiones contrariæ, una hoc §. an ſervo hæredis recte legetur? Altera §. ſeq. an recte legetur domino ſervi hæredis inſtituti?

Pure inutiliter legari] Quod ſervo legatur, ipſi domino legari intelligitur. *l. non minus.* 31. *de hær. inſt.* Proinde ſi ſervo legetur, vi ipſa hæredi à ſemetipſo legatur; quod à juris ratione alienum eſt. *l. & quidem.* 18. *l. legatum.* 116. §. 1. *de legat.* 1. Ulp. *tit* 24. §. 20. neque natura patitur, ut idem ſibi & creditor ſit, & debitor; quod fieri neceſſe eſt, ſi ſervo hæredis legari volumus: nam hæres hic & creditor fit oportet, quia dominus legatarii, & debitor, quia hæres teſtatoris. Hinc quotieſcunque accedit, ut creditoris & debitoris jura in eandem perſonam concurrant, confunditur obligatio, & neceſſario extinguitur: quia nemo ſibi obligatus eſſe poteſt. *l. ſicut.* 75. *de ſolut. l.* 7. *C. de pact.*

Si vivo teſtatore de poteſtate] Utrum quod pure relictum eſt, valeat, nec ne, ex tempore facti teſtamenti æſtimandum, juxta præſcriptum regulæ Catonianæ, quæ quod legatum inutile foret moriente ſtatim teſtatore, ex poſtfacto convaleſcere non patitur. *l.* 1. *de reg. Cat.* Atqui in propoſito, ſi ſtatim teſtator decedat, vires habere legatum non poteſt. Eadem ratione ſupra dictum eſt, cum res ſua alicui legatur, quia hoc legatum ab initio non conſiſtit, ideo non convaleſcere, etiamſi legatarius eam rem vivo teſtatore alienaverit. §. *ſed ſi rem.* 10. *ſup. eod.*

Sub conditione vero recte] Quod legatum per conditionem ſuſpenditur, id in incerto eſt aliquando valiturum 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 conditione relicti ante eventum conditionis non cedit, *l.* 5. §. 2. *quand. dies leg.* id eſt, legatum ſub conditione datum non ante deberi incipit, quam conditio extiterit, *l. 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 propoſito poteſt, ſi ſcilicet eo tempore ſervus non ſit in poteſtate hæredis. Quod ſi tempore conditionis exiſtentis adhuc in hæredis ſit poteſtate, proculdubio legatum nullum eſt. Sed, inquies, etiam in caſu præcedenti contingere 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 Catonianæ conjungatur cum tempore teſtamenti facti, perindeque omnino habeatur, licet diutius teſtatorem vivere contingat, ac ſi ſtatim teſtamenti facti tempore deceſſiſſet. Ex quo eſt, quod nec ad ulla legata regula pertineat, quorum dies non cedit tempore mortis. *l.* 3. *de reg. Cat.*

TEXTUS.

De Domino hæredis.

33. *Ex diverſo, hærede inſtituto ſervo, quin domino recte etiam ſine conditione legetur, non dubitatur. Nam etſi ſtatim poſt factum teſta-*

teſtamentum deceſſerit teſtator, non tamen apud eum, qui hæres ſit, dies legati cedere intelligitur; cum hæreditas à legato ſeparata ſit, & poſſit per eum ſervum alius hæres effici, ſi prius, quam juſſu domini adeat, in alterius poteſtatem tranſlatus ſit: vel manumiſſus ipſe hæres efficitur: quibus caſibus utile eſt legatum. Quod ſi in eadem cauſa permanſerit, & juſſu legatarii adierit, evaneſcit legatum.

COMMENTARIUS.

HÆc ſpecies ſuperiori contraria eſt. Ait, ei, cujus ſervus hæres inſtitutus eſt, etiam ſine conditione recte legari, hac ratione, quià etiamſi ſtatim decedat teſtator, tamen hoc caſu dies legati apud eum, qui hæres ſit, non cedit: innuens, legatum quidem cedere domino, ac proinde eo mortuo 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 hæreditatis cum legato confuſio, ut ſuperiore caſu legati cum hæreditate, placet legatum interim inſuſpenſo 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. quæſitum.* 91. *in pr. de legat.* 1.

TEXTUS.

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 incivile eſſe putavimus, ſcripturæ ordinem quidem ſequi, (quod & ipſi antiquitati vituperandum fuerat viſum,) ſperni autem teſtatoris voluntatem; per noſtram conſtitutionem & hoc vitium emendavimus, ut liceat & ante hæredis inſtitutionem, & inter medias hæredum inſtitutiones, legatum relinquere, & multo magis libertatem, cujus uſus favorabilior eſt.*

NOTÆ.

34. *Sperni teſtatoris voluntatem*] Quæ etiam juxta veterum ſententiam totum in teſtamento facit. *l.* 35. §. 3. *de hær. inſt. l.* 12. *in fin. de leg.* 1.

Ex ante hared. inſtitutionem] Nam in actu continuo & unius tempore nihil ὕστερον πρότερον videri debet; manetque hæredis inſtitutio ſemper caput & fundamentum teſtamenti, ſive ſequatur ſive antecedat Weſ.

COMMENTARIUS.

1. *Veteres non ſatis idoneam rationem habuiſſe improbandi legata, ante hæredis inſtitutionem relicta: & n.* 2.

SEquitur hujus tituli caput ultimum: in quo abolentur quædam juris veteris ſcrupuloſitates, quæ circa formam legandi obſervabantur; & nimirum hæ 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 non 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: *Sempronius 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. 1. *quia poteſtas teſtamenti ab hæredis inſtitutione incipit.* Id eſt, quia per inſtitutionem hæredis demum vires, robur ac firmamentum teſtamentum accipit: ut proinde hæredis inſtitutio veluti caput ac fundamentum totius teſtamenti præcedere debeat: & quod ante relictum eſt, tanquam extra teſtamentum relictum videatur, ἐκτὸς τῆς ἀληθείας, ut ait Theophilus. Cæterum hæc ratio Juſtiniano tanti viſa non eſt, ut propter eam ordo ſcripturæ neceſſario ſequendus ſit, ſpreta teſtatoris voluntate. Et merito. Sit enim inſtitutio hæredis caput & fundamentum teſtamenti, ex ea teſtamentum vires accipiat, uti revera accipit, *l. quod per manus.* 10. *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 ὕστερον πρότερον videri debet: & proinde ſive antecedat 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.* 3. *ſup. qui teſt. tut. dar.* & quod licebat teſtamentum ordiri

ab exhæredatione, *l.* 1. *de hær. inſt.* qua 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 potiorem 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.* 3. *de hær. inſt. l. ſi mihi.* 12. *in fin. de legat.* 1. At enim in hac ſpecie, quæ non tam ab ordine ſcripturæ, quam à juris ratione dependere viſa eſt, non ſunt auſi idem definire. Quæ tamen profecto nimia fuit ſcrupuloſitas. Nam cum illud admiſerint, ut fidejuſſor præcedere poſſet principalem obligationem, §. 3. *inf. de fidejuſſ.* 2 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 teſtandi 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. §. *ult. qui teſt. fac.* quod & D. Weſembecius notat.

Per noſtram conſtitutionem] Non extat alia, quæ hujus rei meminit, quam illa ad Mennam præfectum prætorio in *l. ambiguitates.* 24. *C. de teſtam.* qua tamen nihil aliud cavetur, quam ut ne vitia, in ſcribendo commiſſa imperitia tabellionum, obſint teſtatoris voluntati. Unde plerique putant, & eſt verifimile, 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 vitiaret 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 produnt, dum ſemper fere à legatis & fideicommiſſis teſtamentum incipiunt, quaſi putent, inverti rerum ordinem, ſi hæredis inſtitutio, quæ tamen caput eſt & baſis totius rei, primo loco ſcribatur. Gomez. 1. *var. reſ.* 2. *n.* 5. Jac. Verwey. *art. teſt. cap.* 16.

TEXTUS.

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 legatis aut fideicommiſſorum ſimilitudinem præſtantes: ne in hoc caſu deterior cauſa legatorum, quam fideicommiſſorum, inveniatur.*

NOTÆ.

35. *Quam fideicommiſſ.*] Jam olim enim benigne receptum erat, ut fideicommiſſa poſt mortem hæredis relinquere liceret, *l.* 5. §. 1. *de leg.* 3. Ulpian. *tit.* 25. §. 6.

COMMENTARIUS.

1. *Cur poſt mortem hæredis aut legatarii legare non licuerit?*
2. *Cur licuerit in tempus mortis?*
3. *Legatum filio emancipato poſt mortem patris relictum conferri: cum pater morietur, non item.*

HÆc item mera quædam ſubtilitas fuit, quod olim poſt mortem 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.* Credo, quia incertum eſt, quinam illi futuri ſint; deinde quia mandare alieno hæredi non licet. In univerſum vero poſt mortem hæredis aut legatarii ideò 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 vero, ſi quod poſt mortem hæredis legatur, valere volumus, neceſſe eſt obligationem, quæ contra defunctum non incepit, adverſus hæredem tranſire: ſi, quod poſt mortem legatarii, neceſſe eſt, ut obligatio, quæ à defuncto non incepit, ad hæredem ejus tranſeat. Cur igitur, inquies, 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. 1

Cum hæres meus mortuus] Aut, *Titio, cum mortuus fuerit, do, lego.* Enimvero, 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, damnas eſto dare.* Paul. *d. loc.* §. 5. & Ulp. *eod. l. ſi pecunia.* 12. §. 1. *de legat.* 2. *l.* 2

2. *l. hæres.* 79. §. 1. *de cond. & dem.* quemadmodum & ſtipulatio in mortem promiſſoris aut ſtipulatoris utiliter concipiebatur. §. *ita autem* 14. *inſ. 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 etſi 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, & eum 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 expreſſè poſt mortem legatum eſſet. Quam ob cauſam ſtipulatio quoque hujuſmodi: *Pridie quam moriar*; vel, *Pridie quam morieris, dare ſpondes?* inutilis erat. *d.* §. *poſt mortem.* 12. *inſ. 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 concepta ex ejuſdem conſtitutione valet. *l. ſcrupuloſam.* 7. *C. de contr. ſtip.* Idem alia conſtitutione antiqui juris regulam abrogavit, permiſitque, actiones ab hæredibus & contra hæredes incipere, *l. un. C. ut act. ab. hæred.* Mutandi juris veteris hanc cauſam habuit, quod illud in pura puta ſubtilitate conſiſtebat. Cur enim cum legatum in tempus mortis conferre liceat, non liceat in tempus poſt mortem, aut in ante diem mortis? Meræ ſubtilitatis eſt, momentum mortis vitæ in hac cauſa attribuere, atque hoc ſolo colore defendere legatum: aut propter illud verbum *pridie*, voluntatem teſtatoris infirmari.

Quam fideicommiſſorum] Nam fideicommiſſa etiam olim poſt mortem hæredis rectè relinquebantur teſte Ulpiano *tit.* 25. §. 6. *& in l.* 5. §. 1. *de legat.* 3.

TEXTUS.

Si pœnæ nomine relinquatur, adimatur vel transferatur.

36. *Pœnæ quoque nomine inutiliter antea legabatur, & adimebatur, vel transferebatur. Pœnæ autem nomine legari videtur, quod coërcendi 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 ei pœnæ nomine legatum ſit: nec ex militis quidem teſtamento talia legata valebant, quamvis aliæ militum voluntates in ordinandis teſtamentis valdè obſervabantur: quinetiam nec libertates pœnæ nomine dari poſſe, placebat: eo amplius nec hæredem pœnæ nomine adjici poſſe, Sabinus exiſtimabat: veluti ſi quis ita dicat,* Titius hæres eſto: ſi Titius filiam ſuam in matrimonium Sejo collocaverit, Sejus quoque hæres eſto. *Nihil enim intererat: qua ratione Titius coërceretur, utrum legati datione, an cohæredis adjectione. Sed hujuſmodi ſcrupuloſitas nobis non placuit: & generaliter ea, quæ relinquuntur, licet pœnæ nomine fuerint relicta, vel adempta, vel in alium translata, nihil diſtare à cæteris legatis conſtituimus, vel in dando, vel in adimendo, vel in transferendo: exceptis videlicet iis, quæ impoſſibilia ſunt, vel legibus interdicta, aut aliàs probroſa. Hujuſmodi enim teſtamentorum diſpoſitiones valere ſecta meorum temporum non patitur.*

NOTÆ.

36. *Quod coërcendi hæredis cauſa*] Addit Ulp. *d. loc. non ut quid ad alium pertineat*, id eſt, non ut legatum facilius à legatario obtineatur. Itaque tale legatum, *Hæres uxori meæ penum dato: ſi non dederit, centum dato, l.* 1. *de pen. leg.* & ſi quæ ſimilia, non eſt exemplum legati pœnæ. Etſi enim & hic conſtringitur hæres, id tamen non fit hæredis puniendi, ſed legati juvandi cauſa. Locus Africani in *l.* 1. *de his, quæ 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 cùm impoſſibilitas imponitur legatario, puto hoc modo: *Titio, ſi mare ebiberet*, &c. *centum lego*, valet legatum, & conditio hujuſmodi pro non ſcripta habetur, ut §. *propen. ſup. de hær. inſt.* quod notandum.

COMMENTARIUS.

1. *Veteris juris, quod hic refertur, variæ 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 & Sutholti insignis error.*

TErtia hæc species est; in qua jus vetus circa formam legandi à Justiniano mutatum. Olim quod pœnæ nomine relictum erat, in ea causa fuit, ut qualecumque hoc esset, in totum non valeret. Ulpian. *tit.* 24. §. *pœna.* 17. *facit. l.* 12. *de cond. & demonst. l.* 2. *de his quæ pœn. nom.* Jul. Capitolinus *in Anton. cap.* 8. *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. 1 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. Titio.* 71. §. 2. *de cond. & dem.* atque hanc quoque rationem videtur significare Theophilus, cum ait hoc genus legatis modum quendam præscribi hæredibus, κατ' ὃν ἔδει ἀυτὸς πολιτεύεσθαι.

Adimebatur vel transferebatur] Exemplum sit; *Titio centum do, lego. Titius filiam suam Sejo in matrimonium ne collocet. Si Titius filiam suam Sejo collocaverit, quod Titio legavi, non do, non lego: vel, quod Titio legavi, Sempronio do, lego.*

2 *Quod coërcendi hæredis causa relinquitur*] Vel etiam quod coërcendi legatarii causa adimitur aut transfertur, ut in exemplo modo proposito. Plenius aliquanto definit Ulpianus *tit.* 24. §. *pœna.* 16. *Pœna*, inquit, *causa legatur, quod coërcendi hæredis causa relinquitur, ut faciat quid, aut non faciat, non ut quid ad alium pertineat:* id est, non ut legatum, quod alicui relictum est, facilius à legatario percipiatur aut obtineatur. Quæ nos definitio docet, non omnem eum pœnæ nomine legare intelligi, qui coërcendi hæredis 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 solùm cum hæres non constringitur ullo modo, sed etiàm, cum constringitur aut coërcetur, sed alius rei gratiâ, legati scilicet, quod datum est, juvandi, aut voluntatis testatoris confirmandæ.

Et in tantum hæc regula observabatur] Amplificat veterem regulam quatuor modis, 1. quod etiam Principes in eo, quod pœnæ nomine ipsis relictum erat, huic se juri subjiciebant, 2. quod nec ex testamento militis hujusmodi legata debebantur, 3. quod ne libertas quidem pœnæ causa dari poterat, 4. quod placebat, nec 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.

Hujusmodi scrupulositas nobis non placuit] Justinianus 3 etiam in hoc articulo juris veteris observationem, ut nimis scrupulosam abrogandam putavit, idque effecit constitutione eâ, quæ extat in *l. un. C. de his, quæ pen. nom.* ut jam quæ pœnæ nomine relinquuntur, vel adimuntur, 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 relicti à testatore gravari, aut constringi, ut aliquid faciat, quod possit facere, & honestè possit: præsertim cum voluntatem defuncti legis instar observari etiam veteres voluerint. *l. ex facto.* 35. §. *rerum.* 3. *de har. inst.* Humanum tamen esse plerisque visum est, ut hæres ob justam ac probabilem causam saltem excusetur à pœna, Covar. *in c. Raynaldus.* §. 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 hîc intelligere jus quoddam antiquius eo, quod relatum est in Pandectas. Causam errori 4 præbuit, quod non intellexerunt, quid sit, pœnæ nomine legare. Putant, tale legatum: *Hæres uxori meæ centum dato: si non dederit, centum dato;* quale legatum citra controversiam semper valuit, *l.* 1. *de pen. leg. l.* 1. §. *item si.* 18. *ad leg. Falc. l. cum sine.* 19. *quand. 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 gratia. Manifesta igitur illa ignoratio est elenchi. Neque necesse est, ut cum Cujacio *tract.* 5. *ad African. in l.* 1. *de his, quæ pœn. nom.* excipiamus de regula hanc speciem, *Hæres meus tale monumentum mihi ædificato: si non ædificaverit, centum Titio dato. l.* 6. *l. in testamento.* 27. *de cond. & dem.* nam ne hoc quidem legatum pœnæ nomine relictum dici debet ex superiore definitione, quod præcipue testatoris causa relictum est, & quo hæres provocetur ad faciendum, quod testator sibi fieri voluit. Justius movere interpp. potuit, *d. l.* 1. *de his, quæ pœn. nom.* Sed jam docti omnes vident, locum istum esse interpolatum, Tribonianumque de suo hæc verba, *illicitè vel probrosè*, responso Africani inseruisse, atque in calce item adjecisse verbum *talem*, ut subserviret constitutioni Justiniani, quæ quidem sublato jure veteri permittit pœnæ causa legari, sed excipit, quæ illicita, probrosa, vel impossibilia sunt. VINN. Immo id non adeo exploratum est eruditis, *legem* 1. *ff. de his, quæ pœn. caus.* esse à Triboniano inter-

interpolatam. Potius Vir Illuſtris, Corn. van Bynkersh. *de legat. pœn. nom. relict. cap.* 4. inde colligit, ea tantum legata viſa olim pœnæ nomine relinqui, quibus teſtator heredem ad probroſum aliquid faciendum cogere vellet. Quæ ſi vera ſunt, non poteſt quidem Tribonianus argui, quod conſtitutioni Juſtiniani ſubſerviens reſponſum Africani interpolavit: aſt erit tamen tunc ejus culpæ reus, quod non intelligens naturam horum legatorum Juſtiniano auctor fuerit, legata pœnæ nomine relicta confirmandi, & excipiendi tamen legata, quibus heres ad turpe facinus impellatur, quum tamen hæc ſola ſint legata pœnæ nomine relicta. Ita aliquid conceſſit Juſtinianus, quod ſemper conceſſum fuit, prohibuit, quod ſemper prohibitum, id eſt, actum egit. Si cui & id difficile creditu videatur, quia & Ulpian. *tit.* XXIV. §. 17. legata pœnæ nomine relicta fere eodem modo definit, ac hic Juſtinianus: is cogitet velim, an non legata pœnæ nomine fuerint omnia, quæ ab hærede ejus vexandi cauſſa relinquebantur, quibuſque ſæpe adigebantur ad ridiculas conditiones. Et tale fors fuit teſtamentum illud Staberi apud Horat. *lib.* II. *ſerm. ſat.* 3. *v.* 84.

Heredes Staberi ſummam incidere ſepulcro,
Ni ſic feciſſent, gladiatorum dare centum
Damnati populo, atque epulum arbitrio Arri, &
Frumentum, quantum metit Africa.

Juſtinianus ergo has tricas ſuſtulit, juſſitque rata eſſe hæc legata, dum ne quid turpe & bonis moribus adverſum hæredi injungeretur. Conf. V. C. Nic. Hier. Gundl. *Diſſ. de principe herede. cap.* VI. §. 32. HEIN.

Impoſſibilia, vel legibus interdicta] Impoſſibilia, veluti ſi quis ita leget: *Hæres meus, niſi digito cœlum tetigerit*, aut, *niſi mare ebiberit, Titio centum dato.* Legibus interdicta & probroſa, veluti ſi ita leget: *Niſi amitam uxorem duxerit, dato:* vel, *Si parenti alimenta præſtiterit: Si patrem ab hoſtibus redemerit, dato. l. conditiones.* 9. *de cond. inſt.*

Hujuſmodi diſpoſitiones valere ſecta meorum temporum non patitur] Merito 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 vero 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 ebiberit, niſi matrem domo expulerit, centum Titio dato*, nullius momenti eſt, ut benè Gloſſa in *d. l. un. C. de his, quæ pœn. nom.* notat, & diſertè ſcriptum eſt in *d. l.* 1. *Pand. eod.* Mirorque adeò judicium Bachovii in *Treutl. vol.* 2. *diſp.* 13. *theſ.* 6. & Sutholti, qui hoc à præceptore hauſit, *diſſert.* II. *n.* 59. contendentium, in propoſito non vitiari legatum, ſed vitiari illud ipſum, & non pro adjecto haberi, quod adjectum impoſſibile aut legibus interdictum eſt, *arg.* §. *impoſſibilis.* 10. *ſup. de har. inſt. l. ab omnibus.* 104. §. 1. *de legat.* 1. *l.* 3. *de cond. & demonſt. cum ſimilib.* quibus locis traditur, conditionem impoſſibilem aut turpem legato adjectam legatum non vitiare, ſed ipſam vitiari & pro non ſcripta eſſe. Quis enim non videt, quantum interſit, utrum ſimpliciter quis centum leget, ſub conditione impoſſibili aut turpi, puta hoc modo: *Titio, ſi digito cœlum tetigerit, ſi uxorem ſuam proſtituerit, centum do, lego:* an centum leget pœnæ cauſa, eo hæredi injuncto; quod impoſſibile aut probroſum eſt; veluti ſi ita dicat: *Hæres meus, niſi digito cœlum tetigerit, niſi uxorem ſuam proſtituerit, centum dare damnas eſto?* Illic legatum non vitiatur, ſed favore ultimæ voluntatis ejuſmodi conditiones detrahuntur aut remittuntur, ne legatario, cui nihil imputari poteſt, fraudi ſit, quod non pareat conditioni, cui per rerum naturam aut leges parere non poteſt. Hic legatum nullius momenti eſt, non quia legato adjecta impoſſibilis aut turpis conditio: ſed quia relictum eſt puniendi hæredis cauſa, ſi ipſe conditioni non pareat, id eſt, non faciat, quod natura aut jure facere non poteſt. Hic, inquam, tale legatum inutile eſſe placet, ne puniatur, qui pœnam non meretur. Atque hanc eſſe mentem Juſtiniani ex hoc ipſo loco ſatis intelligitur, cum legatis, quæ pœnæ nomine relinquuntur, confirmatis, excipit ex eo genere, quæ impoſſibilia aut turpia ſunt. Vidit tandem hoc etiam D. Bachovius, & verum eſſe confeſſus eſt in comment. ad hunc §.

Secta meorum temporum] Ratio, diſciplina, juſtitia, *l. ult. C. de pact. Alexand. l.* 2. *C. ad leg. Jul. majeſt.* Trajan. *ad Plin.* 10. 56.

TITULUS VIGESIMUSPRIMUS.

DE ADEMTIONE LEGATORUM, ET TRANSLATIONE.

Dig. Lib. 34. *Tit.* 4.

Continuatio. Quam variis modis ademtio legatorum fiat?

DIctum hactenus eſt de iis, quæ ad conſtitutionem legati pertinent: nunc, uti mos eſt Juriſconſultorum, exponitur; quomodo rectè ab initio conſtituta infirmentur. Id fit cum aliis modis, tum maximè ademtione 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.

tum. *l. 4. hoc tit.* Ademtione legati vel ipso jure legatum extinguitur, vel ope exceptionis enervatur. Ipso jure legatum ademtum intelligitur, si testator declaraverit contrariam voluntatem: idque vel verbis; sive directo contrariis, dum testatur, se adimere quod dedit; sive aliis quibuscumque, ex quibus apertè intelligatur, pœnituisse eum prioris voluntatis: arg. *l. Divi.* 13. *eod.* vel rebus & factis: veluti si legatum consulto induxerit, *l. nihil interest.* 16. *eod.* aut rem legatam destruxerit, *l. si ita.* 65. *§. ult. de legat.* 1. *l. lana.* 88. §. 2. *de legat.* 3. aut in novam speciem transtulerit, quæ ad pristinam materiam reduci non possit, *d. l. lana.* 88. *in pr. & §.* 1. vel nulla necessitate adductus alienaverit; de quo actum *tit. præc. §. si rem.* 12. vel denique, si quis nomen debitoris sui alteri legatum exegerit, de quo sub §. *tam autem.* 21. *eod. tit.* Ope exceptionis ademtio 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 inimicitiæ inter testatorem & legatarium interceserint, nec reconciliatio sequuta sit, hic petenti legatario obstabit 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 ademtum esse proponatur: quippe cum hæc exceptio obstet omnibus, qui voluntate testatoris destituuntur. *l. 4. §. præterea.* 10. *de dol. mal. exc. l. militis.* 36. §. 3. *de testam. 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 injust. rupt. l.* 8. *§. pen. de inoff. test. l. si nemo.* 181. *de reg. jur. l.* 1. *C. de post. hær. inst.* Una tamen hic exceptio est ex jure novissimo, nisi testamentum rescissum sit ex causa præteritionis aut exheredationis: quod cum incidit, sola institutio irrita esse jubetur, cætera autem capita rata manere. *auth. ex causa. C. de lib. prat.* vid. *sup. tit. 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 ademtione.

Ademtio legatorum, sive eodem testamento adimantur, sive codicillis, firma est. Sed & sive contrariis verbis fiat ademtio; veluti si, quod ita quis legaverit: Do, lego, *ita adimatur:* Non do, non lego: *sive non contrariis, sed aliis quibuscumque verbis.*

NOTÆ.

Sive codicillis] Testamento confirmatis ipso jure, Ulpian *tit.* 2. §. 27. fac. *l.* 43. *de man. test. d. l.* 16. *de vulg. & pup.* non confirmatis tuitione prætoris, opposita petenti doli mali exceptione, *l.* 4. §. 10. *de dol. mal. exc.*

Firma est] *l.* 17. *C. de legat.* 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 declaraverit, cujusmodi exempla habes, *l.* 16. *eod. l.* 65. §. 2. *de leg.* 1. *l.* 88. *eod.* 3. §. 12. *sup. tit. præc.* Ope etiam exceptionis ademtio introducitur ex nuda contrariæ voluntatis præsumptione, veluti, si graves inimicitiæ inter testatorem & legatarium exortæ fuerint, nec reconciliatio secuta. *l.* 3. §. *ult. cum l. seq. h. t.*

COMMENTARIUS.

Sive 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 corruunt. Et igitur, quod priore scriptura testamento datum est, id posteriore adimi potest. *l. Divi.* 13. *l. nihil prohibet.* 17. *hoc tit. l. si quis.* 16. *de vulg. & pup.* Atque 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 pugnantium in testamento jubetur neutrum valere: quod Græci reddiderunt: τὰ ἐν ἀλλήλοις ἐναντιώματα οὐκ ἔρρωται. 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.* 17. & ibi Gloss. & Bart. *hoc tit.*

Sive codicillis] Intellige testamento confirmatis, ut bene Martin. & Placent. teste Accurs. *hic & in præfat. Nov.* 159. *vers. manifestum.* Quippe cum codicillis testamento non confirmatis nihil directo dari potuerit, *l. libertates.* 43. *de man. test.* §. *præterea.* 10. *inf. de fideic. hær.* consequens est, & arguit *l. si quis.* 16. *de vulg. & pup.* nec quod testamento datum erat, codicillis non confirmatis potuisse adimi; ita quidem certè, ut ademtio ipso jure valeret; nam quin petens legatarius per exceptionem doli hoc casu repelli potuerit, non est dubitandum. *l.* 4. §. *præterea.* 10. *de dol. mal. exc.* Errat igitur & Accurs. *dd. loc.* & Bart. *in l. si ita.* 14. *de legat.* 1. quorum ille contendit, ne confirmatis quidem codicillis ipso jure legatum adimi; hic 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.

1. *Transferri quoque legatum ab alio ad alium potest; veluti si quis ita dixerit:* Homi-

minem Stichum, quem Titio legavi, Sejo do, lego: *sive in eodem teſtamento, ſive codicillis id fecerit: quo caſu ſimul & Titio adimi videtur, & Sejo dari.*

Commentarius.

Ab alio ad alium] Ex Cajo *l. 5. hoc tit.* Poteſt vero & aliis modis tranſlatio fieri. Paulus *l. 6. eod.* quatuor modos commemorat. *At enim*, inquit, *à perſona in perſonam transfertur*; ad quem modum pertinet ſpecies hic propoſita: *aut ab eo, qui dare juſſus eſt, transfertur, ut alius det: aut cum res pro re datur, pro fundo 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. 8. tit. prec.* niſi evidenter appareat, adimere teſtatorem voluiſſe. *l. ſi pluribus. 33. de legat. 1.* Sed diverſæ omnino ſunt hæ 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 etiamſi perſona legatarii non mutetur ſed verbi gratia ita teſtator ſcripſerit, licet ex continenti: *Stichum, quem Titio legavi, hæres meus illi dato, ſi illud aut illud factum erit:* legatum ſub conditione tranſlatum videri reſponſum eſt, eo quod commemoratione prioris legati poſterius ſcriptum ſit. *l. non ad ea. 89. de cond. & dem.* Obſtare tamen videtur, quod ex Juliano Ulpianus & Paulus referunt, in hac ſpecie, *Ex qua parte Sejum inſtituti, ex eadem parte Sempronius hæres eſto*; Sejum & Sempronium conjunctim intelligi inſtitutos. *l. Julianus. 15. in pr. de hær. inſt. l. triplici. 142. in fin. de verb. ſign.* Sunt qui in inſtitutione hæredum ſic jus eſſe arbitrantur, in legatis contra: quod ego falſum puto, & diverſas eſſe formulas, *Stichum, quem Titio legavi, Sejo lego: & Stichum, quem Titio legavi, eundem Sejo lego:* illa enim apertè adimitur Titio, quod Sejo datur: hac uterque in eandem rem manifeſtè conjungitur; cum idem utrique legatur. Vinn. Alioquin dari ſolet regula: *Ex repetitione nominis primi legatarii præſumi tranſlationem; ex non repetita legatarii commemoratione conjunctionem.* e. g. Stichum, quem Titio legavi, Cajo do lego. Titio Stichum do lego, eundem Cajo do lego. Nec obſtat exemplum ex *l. 15. pr. ff. de her. inſtit.* Nam ſi Stichus pro eadem parte legatur Cajo & Sejo: res ipſa docet, hic non tranſlationem eſſe, ſed conjunctionem. Regula autem noſtra indicat, quid in dubio ſit præſumendum. Conf. celeb. Pagenſtech. *Admonit. ad Pand. Part. V. §. 148. p. 581.* Hein.

Titulus Vigesimussecundus.

De Lege Falcidia.

Dig. Lib. 35. Tit. 2. Codic. Lib. 6. Tit. 50. Nov. 1.

Ratio ordinis, & argumentum tituli.

IN diſputatione de legatis omitti non debuit de lege Falcidia, qua noviſſime antiqua legandi licentia repreſſa, & modus legatorum conſtitutus eſt. Indicatur hic primum occaſio hujus legis ferendæ; inde ſumma juris lege conſtituti proponitur. Tertio docetur, quo tempore viſum ſit ſpectari modum patrimonii in ponenda ratione legis. Poſtremo, quæ res ante rationem Falcidiæ deducantur, oſtenditur, & quomodo porro in reliquo ratio legis ineatur.

Textus.

Continuatio. Ratio, & Summa hujus legis.

Supereſt, ut de lege Falcidia diſpiciamus, qui modus noviſſime 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 legaſſit ſuæ rei, ita jus eſto: *viſum eſt hanc legandi licentiam coarctare: idque ipſorum teſtatorum gratia proviſum eſt, ob id quod plerumque inteſtati moriebantur, recuſantibus ſcriptis hæredibus pro nullo aut minimo lucro hæreditates adire. Et cum ſuper hoc tam lex Furia, quam lex Voconia latæ ſunt, quarum neutra ſufficiens ad rei conſummationem videbatur, noviſſimè lata eſt lex Falcidia, qua cavetur, ne plus legare liceat, quam dodrantem totorum bonorum: id eſt, ut ſive unus hæres inſtitutus ſit, ſive plures, apud eum eoſve pars quarta remaneat.*

NOTÆ.

Ipſorum teſtatorum gratia] Non ſingulorum; ſed in genere, & quaſi in abſtracto conſideratorum. Nam ſingulorum potius hæredum gratia leges hæ latæ, *l.* 71. *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. 1. *in Verr. cap.* 43. Theoph. *hic.* add. Cujac.

Sive unus, ſive plures] Hoc tamen ſic temperandum eſt, ut procedat, ſi legata ſimpliciter ab omnibus relicta ſint; aliud, ſi unus gravetur nominatim. §. *ſeq.*

COMMENTARIUS.

1. *Occaſio legis hujus ferendæ.*
2. *Exponuntur verba legis duodecim Tabb.* uti quiſque legaſſit ſuæ rei.
3. *Quo aſpectu leges Furia, Voconia, Falcidia teſtatorum gratia latæ dicantur?*
4. *Latas eſſe haſce leges hæredum potiſſimum cauſa, non ſingulorum teſtatorum.*
5. *Quid à quo cautum lege Furia?*
6. *Quid à quo lege Voconia?*
7. *Quando à quo lata lex Falcidia, & quid in ea cautum?*
8. *Ad quæ vel ſtatim, vel ſenſim virtus legis producta?*

1 LEge *duodecim Tabb. libera erat legandi poteſtas*] Cauſa ſeu potius occaſio rogandæ hujus legis. Lege duodecim tabb. 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. quem. aper.* viſum eſt, ex uſu eſſe reip. hæredes juſto aliquo lucro ad adeundam hæreditatem invitari, quo ſuprema morientium judicia retinerentur. Id quod ita commodè fieri poſſe creditum eſt, ſi libertas illa legandi 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 Heren. lib.* 1. & Ulp. *in fragm. tit.* 11. §. *teſtamento.* 13. legis verba referunt, quaſi dictum eſſet, pro commodo & utilitate rei ſuæ; ut ſit dativus acquiſitivè poſitus, ut loquuntur Grammatici. Illud enim minimè convenit, ut hæc verba, *rei ſuæ*, non ad verbum *legaſſit*, ſed ad illa, *jus eſto*, referantur, atque ita legamus, *Uti legaſſit, ita rei ſuæ jus eſto:* quod voluit Alciat. *ad d. l. verbis.* 120. & Baro *hic.* Primum quia verba illa, *ita jus eſto*, abſolutè ponuntur. Deinde, quia etſi tranſitum in rem aliam haberent, tamen nemo ita loqueretur, *ita jus eſto illius rei*, ſed *de illa re.* Denique non dicimus, ſi quis quid legaverit, *ita jus eſto de re ſua*, ſed *de re ejus*, utentes pronomine demonſtrativo, non reciproco; quia legans de ſe prius locutus non eſt. VINN. Legem hanc decemviralem, jam alio loco expoſuimus uberius. Conf. & *Antiqu. noſtr. Rom. lib.* 11. *tit.* 15. §. 2. *nota p.* 456. *edit. nov.* HEIN.

Ipſorum teſtatorum gratia] Ait, leges Furiam, Voconiam, Falcidiam ipſorum teſtatorum gratia latas, ne ſcilicet, ut ſubjicit, voluntas eorum, deſtituto 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.* 25. *qui & à quib. man.* Quanquam autem etiam retenta plena legandi licentia, & ſecundum eam exhauſto legatis patrimonio, legatarii adhuc facere poſſunt, ut voluntas ſervetur; quippe qui ne deſerto teſtamento nihil conſequantur, potius cum hærede pacifcentur 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 haſce 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 hæ 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. verſ. ſecundo. eod.* Hujus rei etiam fortiſſimum argumentum eſt, quod placet, in teſtamento militis legi Falcidiæ locum non eſſe, *l.* 7. *C. eod. l.* 12. *C. de teſt. mil.* Nam ſi ex voluntate teſtatoris induceretur, vel magis valere deberet in teſtamento militis, utpote cujus voluntati multo plus, quam cæterorum tribuitur. Illud enim planè à ratione juris noſtri alienum eſt, quod cum Portio Mynſingerus tentat, ideo in teſtamento militis ceſſare Falcidiam, quod hoc ipſo, quod cautum eſt, ne legi Falcidiæ locus eſſet in teſtamento militis, cautum quoque intelligatur, ut hæres à milite inſtitutus, velit, nolit, hæreditatem adeat, compellente eum, ſi nolit, magiſtratu: & adhuc magis, quod illi magis placet, dum exiſtimat cum Corafio, 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

3

4

ſpicuè 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. int. vir. & ux.* Porro ex his ſimul intelligimus, latas eſſe ſuperiores leges in hæredum potiſſimum gratiam, & nominatim Falcidiam, de qua ſola nunc quæritur; quod etiam diſertè traditum eſt in *l. poteſt.* 71. *hoc tit.* ac proinde toto cœlo errant, qui aſſerunt, haſce leges principaliter & potiſſimum introductas eſſe teſtatoris cauſa: ſecundum autem teſtatorem cauſa hæredis; quo in numero etiam D. Hotomannus eſt.

5 *Lex Furia*] Primus C. Furius Tribunus plebis liberam illam legandi poteſtatem coanguſtavit, lege perlata, ne cui ſupra mille aſſes legare liceret, conſtituta quadrupli pœna adverſus eum, qui plus cepiſſet, Ulp. *tit.* 1. & Theoph. *hic.* qui tamen non aſſes, ſed νομίσματα habet, id eſt, aureos, ſeu ſolidos. Et forte hæc eadem lex eſt, quam intelligit M. Tullius *pro Corn. Balb. cap.* 8. *Tulit*, inquit, *apud majores noſtros legem C. Furius de teſtamentis*, ſed tamen non auſim hoc certo affirmare; quia quid ea lege, quam memorat, cautum fuerit, non exprimit: atque ex ſolo Ulpiano & Theophilo diſcere poſſumus, quid lege Furia teſtamentaria, cujus 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 fit legandi: & cum de ſingulis duntaxat legatariis lex caveret, facilè evenire poterat, ut uno atque altero, itemque tertio legato, hæreditas, præſertim non opulenta, tota abſumeretur, atque hoc modo res ad vetus incommodum recideret.

6 *Lex Voconia*] Cum uſu omnium rerum magiſtro compertum eſſet, lege Furia ſuperius incommodum nequaquam eſſe ſublatum: Q. Voconius tribunus plebis aliud remedium adhibendum eſſe exiſtimavit. Igitur abrogata lege Furia ipſe aliam tulit, ne quis cenſus plus cuiquam legaret, quam ad hæredem hæredeſve pervenerit, ut ex Verrina de prætura urbana intelligitur; ubi duo hujus legis capita memorantur, quorum altero coërcitæ mulierum hæreditates, altero cautum (quod etiam Theophilus ſcribit) ne plus haberet legatarius, 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. *p.* 430. Hac demum lege certis terminis circumſcripta eſt legandi licentia, dum non de ſingulis legatariis, ſed de cunctis cavet, ne ultra dodrantem in legata conſumatur, *l.* 1. *hoc tit.* Quare, ut 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 8
locuta videtur. Cæterum & ad alia producta eſt: & ſtatim quidem, ut opinor, interpretatione prudentum ex legis ſententia ad fideicommiſſa ſingularum rerum. Neque enim perſuadere mihi poſſum, id primum factum Senatuſconſulto Pegaſiano centum demum annis poſt legem latam: quamvis ferè omnes ſic ſentire videam, motos, §. *ſed quia.* 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. *& ult. hoc tit.* quis credat, oblique id fieri potuiſſe, licitumque fuiſſe tam longo tempore, legis ſententiam circumvenire, patrimonium fideicommiſſis onerando aut exhauriendo? Neque in *d. verſ. ex ſingulis.* expreſſe dicitur, retentionem quartæ partis ex ſingulis rebus per fideicommiſſum relictis permiſſam eſſe Senatuſconſulto Pegaſiano, ſed ſimpliciter, permiſſam eſſe, non addito, quo jure permiſſa ſit: 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. *l. 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 exibant ex bonis ejus; ſiquidem etiam quod mortis cauſa donabatur, ἐπὶ τὸ πολὺ 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 mor. ca. don.* ob hanc cauſam Severo viſum eſt, id etiam, quod ita donatum eſt, hactenus in patrimonio computari, ut de eo quarta Falcidiæ nomine detrahi poſſet. At fideicommiſſa omnimodo in bonis relinquuntur, ut demum poſt mortem ab hærede præſtentur. Exemplo donationum mortis cauſa admiſſa etiam eſt Falcidia in donationibus inter virum & uxorem, quæ morte confirmantur, *l. in donationibus.* 12. *C. hoc tit.* propter fideicommiſſa quoque introducta eſt in teſtatorum ſucceſſionibus. 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.* VINN. Id addo, ex Paulli *Rec. Sent. Lib.* III. *tit.* VIII. §. 1. conſtare, jam iſta ætate legem

Falcidiam etiam ad fideicommiſſa porrectam fuiſſe. Ait enim: *Exhauſta legatis aut fideicommiſſis aut mortis cauſſa donationibus hereditate, auxilio Falcidiæ inſtitutus heres quadrantem retinere poteſt.* Quumque idem Paullus *l.* 18. *ff. h.t.* referat, jam ſub D. Pio hanc legem prolatam eſſe ad fideicommiſſa ab inteſtato: veroſimillimum ſane eſt clam ante eandem valuiſſe in fideicommiſſis teſtamento relictis. An autem jam ante SC. Pegaſianum: non magis liquet, quam illam interpretationem hoc SCto fuiſſe invectam. HEIN.

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 ſolida legata præſtentur, dodrantem hæreditatis ea non excedere: hoc caſu non item; quia ſuæ quiſque partis, ex qua inſtitutus eſt, quadrantem habere debet. De quo §. *ſeq.*

Pars quarta remaneat] Nec ſolum hæres, ſi poſſidet quartam partem retinere poteſt, aut errore facti non retentam repetere, *l.* 1. §. *ſi legatarius.* 11. *hoc tit. l.* 9. *C. eod.* ſed etiam ſi non poſſidet, portionem ſuam à quovis poſſeſſore 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 rata portione ipſo jure per legem Falcidiam minui, *l. in quantitate.* 73. §. *ult. eod.* vid. Ant. Fab. *lib.* 4, *conject.* 1. *& lib.* 6. *c.* 2.

TEXTUS.

De pluribus hæredibus.

1. *Et cum quæſitum eſſet, duobus hæredibus inſtitutis, (veluti Titio & Sejo) ſi Titii pars aut tota exhauſta ſit legatis, quæ nominatim ab eo data ſunt, aut ſupra modum onerata: à Sejo vero aut nulla relicta ſint legata, aut quæ partem ejus duntaxat in partem diminuant: an quia is quartam partem totius hæreditatis, aut amplius habet, Titio nihil ex legatis, quæ ab eo relicta ſunt, retinere liceat, ut quartam partem ſuæ partis ſalvam habeat: placuit poſſe retinere. Etenim in ſingulis hæredibus ratio legis Falcidiæ ponenda eſt.*

NOTÆ.

1. *Exhauſta, aut ſupra modum onerata*] Per legem Falcidiam delibari hæreditas poteſt, onerari aut exhauriri non poteſt. Cujac.

Placuit poſſe retinere] Ratio dubitandi, quod videri poteſt legi ſatisfactum, 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 Falcidiæ locus eſſet? & cur eſſe placuerit?*
2. *Quando in portionibus defectis ratio legis habeatur?*

LEge Falcidia poteſtas facta eſt patrifam. tantam pecuniam teſtamento dandi, legandi, quantam volet; 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 aſſe 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 hæres.* 52. §. 1. *de acq. hær.* Manifeſta quoque eſt legis ſententia, ubi plures quidem hæredes, ſed ſine partibus omnes inſtituti ſunt, aut legata ſimpliciter ab omnibus relicta. Sed quæſitum eſt, duobus aut pluribus hæredibus ex certis partibus inſtitutis, ſi unius duntaxat portio nominatim onerata ſit aut exhauſta, an legi ſatisfactum videri debeat, ſi apud cohæredes pars quarta hæreditatis maneat intacta? Placuit autem ſatisfactum non videri, idque hac ratione, quod lex non de uno aliquo hærede caveat, ſed ex æquo omnibus conſultum velit. *l. in ſingulis.* 77. *eod. & hoc text. in fin.*

Duobus hæredibus inſtitutis] Teſtator cum non amplius quam centum in bonis haberet, duos hæredes, puta 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. Quæritur, an mortuo teſtatore Titius integra quadraginta aut quinquaginta, quæ ab eo nominatim relicta ſunt, legatariis ſolvere teneatur, an nihilominus quartam partem ſuæ partis poſſit retinere? Videri poterat legi Falcidiæ ſatisfactum eſſe, cum quarta pars apud alterum maneat illibata; utique ſatis eſſe ad intentionem legis, hoc eſt, ad ſuſtinendum teſtamentum, ſi vel unus ſuo quadrante contentus 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.* 1

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 hæredi- 2

bus

bus 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, perveniisset. Extat hæc distinctio in *l. quod si alterutro.* 78. *hoc tit.* eademque à contrario sensu colligi potest ex *l.* 4. *C. ad Sen. Treb. 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 moriente testatore fuisse institutus. Nam si vivo testatore decesserit, quia isto modo fit, ut alter solus tempore mortis testatoris reperiatur institutus, ex sua parte pure, ex defecta, quasi sub conditione, quæ jam extitit, solida legata præstanda erunt, satisque tunc est, ut legi satisfiat, hunc alterum totius assis quadrantem consequi, auctore Juliano in *d. l qui fundum.* 87. §. 4. Nam ut legata in ea specie repetita esse dicamus cum Cujacio 4. *obs.* 35. 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.

TEXTUS.

Quo tempore spectatur quantitas patrimonii? ad quam ratio L. Falcidiæ redigitur?

2 *Quantitas autem patrimonii, ad quam ratio legis Falcidiæ redigitur, mortis tempore spectatur. Itaque verbi gratia si is, qui centum aureorum patrimonium in bonis habeat, centum aureos legaverit, nihil legatariis prodest, si ante aditam hæreditatem per servos hæreditarios, aut ex partu ancillarum hæreditariarum, aut ex fœtu pecorum, tantum acceserit hæreditati, ut centum aureis legatorum nomine erogatis, hæres 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 damnosa est hæredi, cui liberum est non adire hæreditatem: quæ res efficit, ut sit necesse legatariis, ne destituto testamento nihil consequantur, cum hærede in portione paciscí.*

NOTÆ.

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 permissum 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. h. t.* Nam destituto testamento, id est, hæreditate ex testamento non adita, legata extinguuntur. *l.* 14. *C. de fideic.*

COMMENTARIUS.

1. *Exceptio regulæ hic propositæ.*
2. *Ejusdem regulæ declaratio.*
3. *Hæredem à legatariis cogi non posse, ut adeat.*

IN quantitate patrimonii exquirenda 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 inveniuntur. Deinde, quia legatorum dies ex tempore mortis testatoris cedit, hoc est, legata ex

eo tempore deberi incipiunt. *l. un.* §. 3. *C. de cad. toll.* Adde quod per legem Falcidiam legata ipso jure minuuntur. *d. l. in quantitate.* 73. §. *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.* 73. *l. in ratione.* 1 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 ampliatæ fuerint, aut conditio crediti tunc extiterit: nam iſtis modis placet, ex poſtfacto uberiorem videri fuiſſe hæreditatem commodo legatariorum, *l. cum quo.* 56. §. 1. *eod.* eandemque rationem habet, quod reſponſum eſt, ſi pater, cum quo ex contractu filii de peculio agi poterat, à creditore filii hæres inſtitutus ſit, & legis Falcidiæ ratio ponatur, peculii quantitatem, non quod mortis, ſed quod aditæ hæreditatis tempore fuit, in quadrantem patri imputari: *d. l. cum quo* 56. §. 1. *l. ſi creditor.* 83. *eod.* quamvis peculio poſt mortem creditoris deminuto, juxta regulam ſpectetur tempus mortis, neque legatariis id noceat; quaſi nihil interſit, peculium poſt mortem creditoris deminutum ſit, an debitor pauperior factus. *d. l. cum quo.* 56. *in* 2 *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.* 73. *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, locupletiorem faciunt hæreditatem. *l. ſervi.* 43. *eod.* ita fermè & Bachov. *hic.*

In tantum decreverint] *d. l. in ratione.* 30. *d. l. in quantitate.* 73. Sunt vero hæc ſic accipienda, ſi damna circa 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, quo 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 etſi res omnes hæreditariæ perierint, dici tamen nunquam poteſt, rem, quæ legata eſt, periiſſe. *l.* 11. *C. ſi cert. pet.* eleganter Mæcian. in *d. l. in ratione.* 30. §. 2. *& aliquot ſeqq.* vid. ſup. §. *ſi res.* 16. *de legat.*

Cum hærede in portione paciſci] In fideicommiſſariis hæreditatibus proviſum eſt Senatusconſulto Pegaſiano, ut ſi ſcriptus hæres nolit adire hæreditatem, juſſu prætoris adeat, & reſtituat. Hoc vero beneficium 3 neque legatariis, neque his, quibus ſingulæ res per fideicommiſſum relictæ ſunt, tributum eſt, *l. ſi quis.* 17. *ſi quis om. ca. teſt. l. nam quod.* 14. §. *non omnis.* 5. *& 2. ſeqq. ad SC. Treb.* quo loco Hermogenianus etiam differentiæ rationem reddit; nimirum nullam habere iniquitatem, quod fideicommiſſi hæreditatis ſervandi cauſa hæres adire cogatur, poſtquam Senatusconſulto Trebelliano cautum eſt, ut omnia onera hæreditatis transferantur in eum, cui ex fideicommiſſo 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 emolumenti cauſa ſe æri alieno & litibus, vexationibus, aliiſque moleſtiis implicare cogatur. Proinde hoc ſolum relinquitur, ut legatarii cum hærede in portionem paciſcantur; quod illi facile facturi ſunt, & potius aliquid remiſſuri, quam ut patiantur teſtamentum deſtitui, totumque, quod legatum eſt, ſibi perire *d. l. in quantitate.* 73. *in fin. pr.*

TEXTUS.

Quæ detrahuntur ante Falcidiam.

3. *Cum autem ratio legis Falcidiæ 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 fingamus, quadringentos aureos legatos eſſe, & patrimonii quantitatem, ex qua legata erogari oportet, quadringentorum eſſe, quarta pars ſingulis legatariis debet detrahi. Quod ſi trecentos quinquaginta legatos fingamus, octava debet detrahi. Quod ſi quingentos legaverit, initio quinta, deinde quarta detrahi debet. Ante enim detrahendum eſt, quod extra bonorum quantitatem eſt, deinde quod ex bonis apud hæredem remanere oportet.*

NOTÆ.

3. *Deducitur æs alienum*] *l.* 6. *C. eod.* id eſt, omne, cujus præſtandi neceſſitate defunctus obſtrictus fuit, *l.* 54. *D. eod.* Nam Falcidia detrahitur ex bonis: bona autem non intelliguntur, niſi quæ deducto ære alieno ſuperſunt. *l.* 39. §. 1. *de verb. ſign.*

Si fingamus quadringentos] *l.* 73. §. *ult. h. t.* Legata ad contributionem dodrantis pro rata ſuæ cujuſque quantitatis revocantur. *l.* 2. *l.* 6. §. 2. *C. eod.* Nota, Falcidiæ locum non eſſe in teſtamento militis, *l.* 7. *C. eod.*

C. eod. ex novo jure nec in legato in pios usus relicto, *Nov.* 131. *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 quæ numerentur, cum de lege Falcidia quæsito est.*
2. *An hæres, quod sibi à defuncto debetur, deducat; & quid si rogatus, ne id legatariis imputet.*
3. *Quibus casibus lex Falcidia esset.*

1 ANtequam summa constituatur, unde quarta Falcidiæ deducenda sit, necesse est exquiratur, quid in patrimonio defuncti sit habendum? ex eo enim quartam hæres habere debet. Patrimonium cujusque dici scimus, cujusque facultates aut substantiam, sive quod quisque in bonis habet. *l. nam quod.* 14. §. *ult. l. cogi.* 16. *ad Senatusconsultum 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 impensæ, & 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 transeant, (nam contra est, si vel non transeant, ut actio injuriarum, ususfructus: *l.* 38. *hoc tit.* vel ita transeant, 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. Nesennius.* 22. §. *pen. l. cum quo.* 56. §. 1. *eod.* neque debitum naturale nondum solutum, *l.* 1. §. *id quod.* 17. *eod.*

Æs alienum] Primum in hanc 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 mortuo testatore ante aditam hæreditatem nata est, tanquam contractum ab hæreditate.
2 *l. æris.* 39. *eod.* Illud quæsitum circa hanc deductionem, an etiam hæres, quod sibi à defuncto debetur, detrahere possit. Subtilitas rationis facere videtur, ne possit: quippe cum aditione 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 Falcidiæ, 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 Falcidiæ 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 Falcidiæ detractio nominatim vetari potest. *Nov.* 1. *cap.* 2.

Impensa funeris] Ea est, quæ fit causa funeris, hoc est, ut funus ducatur, mortuus efferatur & sepeliatur, & sine qua neque funus duci neque mortuus sepeliri honeste potuisset. Quare etiam id, quod erogatum est in locum, in quem mortuus infertur, funeris causa impensum videri debet. *l. & si quis.* 14. §. *funeris.* 3. *de rel. & sumpt. fun. l.* 1. *in fin. cum l. seq. hoc. tit.* Hæc autem impensa semper ex hæreditate deducitur; quæ etiam omne creditum solet præcedere, cum bona solvendo non sunt. *l. pen. de relig. & sumpt. fun.*

Pretia servorum manumissorum] Nec tantum eorum qui testatoris proprii fuerunt, verum etiam quos hæres cum alieni essent, redimere & manumittere rogatus est, *l. ejus.* 37. §. 1. *eod.* Aliarum quoque impensarum, quæ modo hæreditatis suscipiendæ causa factæ sint, deductionem permisit Justinianus, *l. ult.* §. *in computatione.* 9. *C. de jur. delib.* Quæ sequuntur, interpretem non desiderant. Illud sciendum est, be- 3
neficium legis Falcidiæ non esse perpetuum. Et jam olim etiam cessabat in testamento militis, *l.* 7. *C. hoc tit. l.* 12. *C. de test. mil.* item in dote mulieri relegata; propterea quod suam rem mulier recipere videtur, *l. sed usufructus.* 81. §. 1. *hoc tit.* in commodo tamen repræsentationis legi patuisse locum non dubito. *arg. l.* 2. *in pr. de dot. præl. l.* 1. §. *si quis.* 10. *hoc. tit.* Libertates quoque datæ per Falcidiam non minuebantur. *l. si servus.* 33. *eod. l.* 8. §. *quarta.* 9. *de inoff. test.* Hodie cessare creditur in legato in pios usus relicto, *per auth. similiter. C. hoc tit.* quamquam *in Nov.* 131. *c.* 11. unde *d. auth.* sumpta est, hoc non dicatur absolute: & contra sæpe judicatum, Sand. *lib.* 4. *tit.* 7. *defin.* 10. Christin. *vol.* 1. *decis.* 320. *in fin.* Fachin. 5. *contr.* 17. si testator rem legatam vetuerit alienari, *Nov.* 119. *cap.* 12. *unde auth. sed & ea. hoc tit.* & in universum si prohibuerit expresse hæredem Falcidia uti. *Nov.* 1. *c.* 2. *auth. sed cum testator. C. hoc tit.* item si hæres inventarium facere neglexerit, *l. ult. C. de jur. delib.* Indignus etiam olim beneficio legis Falcidiæ visus est, qui id egerat, ut fideicommissum intercideret: & qui non capienti rogatus erat restituere, per Senatusconsultum Plancianum quartam retinere non poterat. *l. beneficio.* 59. *pr. &* §. 1. *hoc tit.* Postremo qui sciens aut errore juris totum legatum solvit, nullam quartæ nomine condictionem habet, *l.* 9. *C. hoc tit.* Circa detractionem Falcidiæ nihil apud nos servatur, alienum à jure Romano. Vid. Grot. 2. *manuduct.* 23. Gudelin. *lib.* 2. *cap.* 11. VINN. Addi potest,

teſt, ceſſare quartam Falcidiam, ſi liberis ſuppleatur portio legitima. *l.* 36. *C. de inoffic. teſtam.* item ſi legata ſponte ſoluta integra. *Nov.* 1. *c.* 2. *l.* 9. §. 3. *ff. de jur. & facti ign.* denique ſi inſtrumenta legata, quamvis eo caſu vix quæſtio quidem naſci poſſit. *l.* 15. *C. h. t.* HEIN.

TITULUS VIGESIMUSTERTIUS.

DE FIDEICOMMISSARIIS HÆREDITATIBUS.

Dig. Lib. 36. *tit.* 1. *C. Lib.* 6. *tit.* 42. *&* 49. *Novell.* 39. 108.

Ratio ordinis: tum quid ſit fideicommiſſum.

SUpra titulo de legatis §. 3. promiſit Imperator, ſe ſeparatim de jure legatorum & fideicommiſſorum tractaturum, ne ſcilicet permiſta utriuſque juris tractatio rem ipſam redderet difficiliorem aut magis laborioſam. Expoſito igitur jure legatorum, quæ ratione obligationis & tempore & jure antiquiora ſunt fideicommiſſis, ſupereſt nunc, ut de fideicommiſſis inſtituatur diſputatio; quod alterum eſt partitionis antepoſitæ membrum. *Fideicommiſſum eſt*, auctore Ulp. *in fragm. tit.* 25. *quod non civilibus verbis, ſed precativè relinquitur, nec ex rigore juris civilis proficiſcitur, ſed ex voluntate datur relinquentis.* Igitur ſic recte definiveris: *Fideicommiſſum eſt id omne, de quo quis ſuprema defuncti voluntate rogatus eſt, ut daret vel faceret.*

TEXTUS.

Continuatio.

Nunc tranſeamus ad fideicommiſſa. Sed prius eſt, ut de hæreditatibus fideicommiſſariis videamus.

NOTÆ.

Fideicommiſſa] Fideicommiſſum eſt, quod non civilibus verbis, ſed precativè relinquitur. Ulp. *tit.* 25. Legatum autem relinquitur legis modo, id eſt, imperative, *dato, capito, ſumito, damnas eſto dare.* Idem *tit.* 24.

COMMENTARIUS.

1. *Fideicommiſſi diviſio: & ſumma eorum, quæ hic explicantur.*
2. *Cur prius de fideicommiſſis hæreditatis, quam ſingularum rerum agatur?*

1 FIdeicommiſſum 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 ſingulæ relinquuntur; quod proinde rectius dixeris ſingulare, aut ſpeciale. De fideicommiſſis rerum ſingularum agitur proximè: de univerſalibus, ſive de fideicommiſſariis hæreditatibus, hoc præſenti titulo: in quo Juſtinianus oſtenſa prius communi 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 adſpergit, ad probationem fideicommiſſi in genere pertinens.

Prius eſt] Quemadmodum prius egit de hæredibus inſtituendis & deferenda teſtamento hæreditate, quam de legatis teſtamento dandis, acquiſitionem univerſitatis, ut digniorem, præponens acquiſitioni rerum ſingularum: ita etiam hic prius agere voluit de 2 fideicommiſſis univerſalibus, quæ vi & effectu idem ſunt, quod hæreditas: poſtea de fideicommiſſis ſingularibus, quæ reſpondent legatis: de quibus alioqui prius dicendum fuerat juxta §. 3. *de legat.* Nam uti quoque monuimus in explicatione *d.* §. 3. exæquatio legatorum & fideicommiſſorum, de qua illic agitur, ad fideicommiſſariam hæreditatem minimè pertinet; quoniam fideicommiſſarius, reſtituta hæreditate, 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 inſtituendo 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 acquir.* & ad *rub. de vulg. ſubſt.*

TEXTUS.

Origo fideicommiſſorum.

1. *Sciendum itaque eſt, omnia fideicommiſſa primis temporibus infirma fuiſſe: quia nemo invitus cogebatur præſtare id, de quo rogatus erat. Quibus enim non poterant hæreditatem vel legata relinquere, ſi relinquebant, fideicommittebant eorum, qui capere ex teſtamento poterant. Et ideo fideicommiſſa appellata ſunt, quia nullo vinculo juris, ſed tantum*

tum 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, juſſit conſulibus auctoritatem ſuam interponere. Quod quia juſtum videbatur & populare erat, paulatim converſum eſt in aſſiduam juriſdictionem, tantusque eorum favor factus eſt, ut paulatim etiam prætor proprius crearetur, qui de fideicommiſſis jus diceret, quem fideicommiſſarium appellabant.

NOTÆ.

1. *Quibus non poterant hæreditatem*] Quales proſcripti, deportati, &c. exemplum habes apud Cic. *lib.* 1. *in Verrem.* & ex parte, orbi, cœlibes. Ulp. *tit.* 22. §. 2. *& tit.* 15. *cum ſeqq.* item fœminæ ex lege Voconia. Hujus generis exempla apud eundem 2. *de finib. cap.* 58. VINN. Addi poteſt Quinctilian. *Decl.* 324. item Valer. Max. *lib. IV. cap.* 2. §. 7.

Sed tantum pudore] Fide, religione, probitate. Id enim, qui tum pudor erat hominum, videbatur vinculum ſatis validum implendæ voluntatis defuncti.

Et populare] Theoph. χαρίεν τῷ δήμῳ. Plin. *Paneg. non quia populare gratumque audientibus.*

In aſſiduam juriſdict.] 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.* §. 12. VINN. Adde omnino Cujac. *lib.* XXI. *Obſ. cap.* 34.

COMMENTARIUS.

1. *Ante D. Auguſti tempora fideicommiſſa vim obligandi non habuiſſe: notat Mynſingerus.*
2. *Genera incapacium, & in his gratificandis fideicommiſſorum uſus.*
3. *Lege Voconia mulieres hæredes inſtitui non potuiſſe.*
4. *Accurata in hoc legis caput inquiſitio.*
5. *Legem iſtam poſtea in deſuetudinem abiiſſe.*
6. *De fideicommiſſis extra ordinem jus dici ſolutum, & quorum ea juriſdictio? n.* 8.
7. *Quod in* l. 1. junct. l. 2. C. comm. de leg. *diſponitur, non pertinere ad fideicommiſſa univerſalia.*

1 PRimis temporibus *infirma*] Olim ante D. Auguſti tempora fideicommiſſa nullam vim obligandi habebant, ſed eorum præſtatio a fide, religione ac probitate pendebat ejus, qui rogatus erat. Nam quemadmodum, quod precario alicui utendum conceditur, totum pendet à liberalitate & voluntate ejus, qui conceſſit, ſine ulla neceſſitate obligationis: *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 ἀνισορρησία. Sic enim ille differit, ut videatur exiſtimaſſe, jam ante urbem conditam decemviros legem tuliſſe, aut poſt legem latam regnaſſe Pompilium.

Qui capere ex teſtamento poterant] Duplex olim uſus fideicommiſſorum fuit: unus in morientibus in peregrinatione, ubi ſæpe eveniebat, ut teſtamentum facere non poſſent propter penuriam teſtium civium Romanorum: quæ res etiam uſum codicillorum invexit, *inſ. de codic. in pr.* alter in gratificandis incapacibus; cum ſcilicet hæres clam fidem accommodabat, ut incapaci reſtitueret. Quod fideicommiſſum tantum dicitur, *l.* 103. *de legat.* 1. *Gloſſ. Baſ. tacitum*, σιγηρὸν ὃ ἐστιν ἔξω τῆς ἀληθείας, domeſtica cautione vel chirographo promiſſum. *d. l.* 103. *l.* 10. *de his quæ ut indign.* Incapacium autem olim 2 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 hæred. inſt.* Exemplum fideicommiſſi prioris generis incapacibus relicti in proſcripto habemus apud Ciceronem *lib.* 1. *in Verr.* qui de prætura urbana dicitur; ubi de P. Trebonii teſtamento commemorat, qui cum Aulum fratrem proſcriptum haberet, ſcripſit ut hæredes jurarent, ſe curaturos, ut ex ſua cujuſque parte ne minus dimidia ad fratrem proſcriptum perveniret. Alterius generis apud eundem *lib.* 2. *de finib. cap.* 58. 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, eum rogatum eſſe; ultro ad mulierem venit, eique nihil opinanti viri mandatum expoſuit, hæreditatemque reddidit. Oſten- 3 dunt 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 ἀμάρτημα μνημονικόν, quod pluribus confirmamus *inſ. tit. de leg. agn. ſucc.* §. 3. Multorum lex Vo-

conia ſcriptis celebrata eſt. Meminerunt Cic. *dd. loc.* & in orat. *pro Corn. Balb.* Livius *lib.* 41. (in epitome Flori mendoſe legitur *Volumnius* pro *Voconius.*) Quint. *declam.* 264. Dio *lib.* 56. *p.* 662. Gell. *lib.* 17. *cap.* 6. & *lib.* 20. *cap.* 1. Aſcon. Pedian. *in orat. de prat. urban.* Auguſtin. *lib.* 3. *de civ. Dei*, *cap.* 21. Latam eſſe eodem loco ſcribit Auguſtinus inter ſecundum & poſtremum bellum Punicum: quod verum eſſe liquet ex eo, quod apud Ciceronem *lib. de ſenect.* M. Cato gloriatur ſe eam legem ſuaſiſſe, *cum jam natus eſſet annos* LXX. ſic enim legendum arbitror, non ut vulgo legitur, V. & LX. *annos.* Lata enim eſt, ut eodem loco indicatur, Q. Marcio Philippo iterum & Cn. Servilio Cæpione Coſſ. quorum conſulatus incidit in annum ab urbe condita 595. qui eſt à conſulatu M. Catonis & L. Valerii Flaccii 26. ut patet ex chronologia rer. Rom. Ubbonis Emmii. Legis duo fuere capita, forte etiam plura, quæ ignoramus. Nam & infinitam legandi licentiam lege 12. tabularum conceſſam, exemplo legis Furiæ, coërcuit, ut *tit. prac.* demonſtratum eſt; & quod præcipuum eſt, ſanxit, ne quis virginem neve mulierem hæredem faceret, auctore Cicerone *d. lib.* 1. *in Verr. cap.* 43. Floro *dict. epitom.* ac ne filiam quidem, teſtibus Aſcon. *d.* 4 *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. cap.* 58. ubi ait, amicos Sextilii, quem rogatum ſcribit hæreditatem reſtituere filiæ teſtatoris, cenſuiſſe, non plus filiæ 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. inſ. de codicill.* Dio vero *lib.* 56. *p.* 662. de fœminis in univerſum refert, eas lege Voconia prohibitas κληρονομεῖν ὑπὲρ δύο τὸ ἥμισυ μυριάδας οὐσίας, *ſupra* XXV. *millia ſubſtantiæ.* Ego, utut ad filias aliquid lege pervenire potuerit, non puto tamen, quod Dio ſcribit, ipſa lege Voconia cautum fuiſſe, argumento eorum, quæ ex Cicerone, Aſcon. Floro, Auguſtino protulimus: ſed 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 quadrantem*, accommodans eo locum Dionis, quem accipit de XXV. millibus ſeſtertium; quippe quæ fuerit quarta pars bonorum ejus, qui cenſus dicebatur, nempe qui centum millia ſeſtertium poſſidebat, quod Aſconius prodidit in *d. lib.* 1. *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 millia nummum: ſed ille haud dubiè nummum pro aſſe accepit, quamvis perperam: ſeſtertium enim nummum, non aſſem, dicimus. Utut ſit, illud conſtat, licet fideicommiſſum aliquod contra legem Voconiam aut ſimilem 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. c.* 58. & quod Cicero eodem loco refert de Sextilio rogato omnem hæreditatem reſtituere filiæ teſtatoris; *Tenuit*, inquit, *Sextilius per magnam hæreditatem, unde ſi ſecutus eſſet eorum ſententiam, qui honeſta & recta emolumentis omnibus & commodis anteponerent, ne nummum quidem attigiſſet.* Notatur & à Val. Maximo avaritia Corneliæ, quod fideicommiſſa prædia filio Q. Pompejo publica quæſtione proſtrato non redderet, *lib.* 4. *c.* 2. *in fin.* Ex libris noſtris manifeſtum eſt, legem Voco- 5
niam poſtea planè in deſuetudinem abiiſſe, & jam tum ſua ætate obliteratam fuiſſe teſtatur Gellius *lib.* 20. *c.* 1. Eo vero jure, quod poſt ſecutum eſt, nec licitum hæredi fuiſſe videtur, hæreditatem incapaci reſtituere: argumento eſt, quod favore fiſci conſtitutum fuit, ut ſi hæres hujuſmodi fideicommiſſo tacitè fidem ſuam accommodaſſet, hæreditas ei auferretur & vindicaretur fiſco, *l.* 1. *l.* 3. *de jur. fiſc.* Ad fiſcum quoque pertinuiſſe fideicommiſſum deportato relictum, conſtat ex *l.* 7. *de legat.* 3. Denique Ulp. *tit.* 25. §. *fideicommiſſa.* 5. cum generaliter definiviſſet, fideicommiſſum non aliis dari poſſe, quam quibus legari poteſt, ſolos mox excipit Latinos Junianos. VINN. Multa hic Vinnius: quæ dici potuiſſent accuratius. Nos more noſtro pauca. Fruſtra in Paulli loco *lib.* IV. *Sent. tit.* VIII. §. 22. caſtigatur ἁμάρτημα μνημονικόν. Paullus enim docet, feminas ultra conſanguineas ſucceſſiones non admitti ad legitimas hæreditates. Addit rationem: *idque jure civili, Voconiana ratione* (non Voconiana rogatione,) *videtur effectum.* Lex Voconia ea de re nihil ſanxerat. At ex ratione hujus legis ſtricte veteres interpretabantur jus mulierum ab inteſtato ſuccedendi. Idque manſit, etiam poſtquam lex Voconia civitatis opulentia fuerat obſolitterata. Vid. Doct. Schultingii Annot. ad Paull. *ibid. p.* 412. Deinde quod ad locum Dionis attinet, eum accuratiſſime expoſuit V. C. Jac. Perizonius *diſſ. de lege Vocon. p.* 144. ubi docuit, in textu Dionis intelligi drachmas, ad quas plerumque Græci rationem inibant pecuniæ Romanæ. (Vide. Jo. Fr. Gronov. *de pecun. vet.* III, 16.) XXV. ergo millia drachmarum ſunt CM. ſeſtertium. HEIN.

Gratia perſonarum motus] Igitur Auguſtus non confirmavit fideicommiſſa certa & perpetua lege, ſed cum unum atque alterum fideicommiſſum confirmaſſet ob cauſas, quæ hic memorantur, conſules de-

demum auctoritatem ſuam interponere juſſit, id eſt, conſulibus cognitionem de fideicommiſſis ſingulis annis aut in ſingulis negotiis mandavit. Ait: *gratia perſonarum.* Ipſe Auguſtus relictum à ſe fideicommiſſum L. Lentuli gratia, qui rogaverat, præſtitit. *inf. de codic. in pr.* Potuit & eorum gratia moveri, quibus fideicommiſſum relictum dicebatur, puta perſonæ ſanguine aliave 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. μὰ τὴν ὑγείαν Φαραώ, 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 competebant, quaſque ipſe poſtmodum pro legatis omnibus conceſſit, *l.* 1. *C. comm. de legat.* liceret perſequi & fideicommiſſa. *l.* 2. *C.*

7 *eod.* Verum hoc ad fideicommiſſa rerum ſingularum duntaxat, ſicut & univerſa exæquatio pertinet; erratque perſpicuè 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 quotannis, & tantum in urbe magiſtratibus delegari ſolitam in perpetuum, atque etiam per provincias poteſtatibus demandavit.* Quod etiam Ulp. *d. loc.* confirmat, ſcribens, cognitionem de fideicommiſſis in provinciis fuiſſe præſidum provinciarum: item *l.* 5. *C. de reb. cred.* Prætoris fideicommiſſarii mentio fit in *l. quæſitum* 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 pot. in pign.* Neque tamen ſolius prætoris in urbe jurisdictio de fideicommiſſis propria tunc eſſe cœpit, ſed ita partita eſt, ut prætor ad certam ſummam cognoſceret, de majore conſules jus dicerent. Fab. *lib.* 3. *c.* 6. *Non debes*, inquit, *apud prætorem petere fideicommiſſum, ſed apud conſules: major enim prætoria cognitione ſumma eſt.* Atque ita accipiendum quod Ulp. *d. tit.* 25, ſcribit, cognitionem de fideicommiſſis Romæ eſſe conſulum, aut prætoris, qui fideicommiſſarius vocatur. VINN. Immo ipſos Imperatores extra ordinem aliquando de fideicommiſſis cognoviſſe comperio. Exemplum eſt in *L.* 26. *ff. de prob.* HEIN.

TEXTUS.

De fideicommiſſo hæredis ſcripti.

2. *In primis igitur ſciendum eſt, opus eſſe, ut aliquis recto jure teſtamento hæres inſtituatur, ejuſque fidei committatur, ut eam hæreditatem 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 hæreditatem 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.*

NOTÆ.

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. Theoph. ὀρθῶς, ἐξ εὐθείας, ſic *rectum judicium* pro directo, *l.* 18. §. *ult. commod. recta vindicatio* pro directa *l.* 9. §. 2. *de acq. rer. dom.*

COMMENTARIUS.

1. *Quis cui à quo fideicommiſſum hæreditatis rectè relinquat?*
2. *Ex certo die aut in diem cur fideicommiſſum rectè detur, hæreditas non item?*

OBliqua acquirendæ hæreditatis ratio iisdem illis rebus conſtat, quibus directam conſtare diximus *ſup.* §. *ult. per quas perſ.* videlicet delatione fideicommiſſi, & delati ſuſceptione. Deferre ſeu relin- 1
quere 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 hæredum inſtitutiones aut legata & fideicommiſſa, ſive univerſalia 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. §. *præterea.* 10. *inf. eod.* In modo relinquendi nihil intereſt, utrum teſtamento relinquatur, an codicillis: at teſtamento à ſolo hærede inſtituto relinqui poteſt, codicillis etiam à legitimo. Suſceptio utriusque factum & voluntatem deſiderat, & hæredis fideicommiſſum reſtituentis, & fideicommiſſarii reſtitutum accipientis: de

quibus omnibus, aut maxima eorum parte amplius in progreſſu.

Recto jure teſtamento hæres inſtituatur] Cum quis teſtamento fideicommiſſum vult relinquere, neceſſe omnino 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, an codicillis, nihil refert. §. 1. & 2. *inf. de codic. l.* 8. *eod.*

2 *Vel ex certo die*] Fideicommiſſo 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 relinqui 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 hær. 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 hæreditate, is quidem qui reſtituit, nihilominus hæres permanet: is vero, qui recipit hæreditatem, aliquando hæredis, aliquando legatarii loco habetur.*

COMMENTARIUS.

REgula eſt juris antiqui, *Qui ſemel hæres extitit, non poteſt deſinere hæres eſſe, l. ei qui.* 88. *in fin. de hær. inſt. l.* 7. §. *ſed quod.* 10. *in fin. de minor.* quæ regula ex eo ſumpta eſt, quod placet obligationem & actionem a perſona ejus, cui aut adverſus quem ſemel quæſita eſt, avelli non poſſe: de quo diligentius, Deo volente, præcipiemus *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 reſtitutæ 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, & Annæo Seneca Coſſ. Senatusconſultum factum eſt, quo cautum eſt, ut ſi hæreditas ex fideicommiſſi cauſa reſtituta ſit, omnes actiones, quæ jure civili hæredi & in hæredem competerent, ei & in eum darentur, cui ex fideicommiſſo reſtituta eſſet hæreditas. Poſt quod ſenatusconſultum prætor utiles actiones ei & in eum, qui recepit hæreditatem, quaſi hæredi & in hæredem dare cœpit.*

COMMENTARIUS.

1. *Cur in Catalogo conſulum non recenſeantur Trebellius & Seneca?*
2. *Quæ incommoda huic Senatuſconſulto cauſam dederint?*
3. *Cur cum Senatuſconſulta ſint pars juris civilis, ſenatus eum, cui reſtituta eſt hæreditas, hæredem non fecerit, eive & in eum non dederit actiones directas?*
4. *Quid juris, ſi debitor hæredi, aut hæres creditori ſolverit poſt factam reſtitutionem?*

Trebellio Maximo & Annæo 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, ſive initio anni creatos, ſed ſuffectos in locum demortuorum aut remotorum: quippe, ut Dio *lib.* 43. & 48. refert, anni conſulum ab his duobus, qui primis duobus menſibus creati eſſent, nomen acceperunt; qui reliquis creabantur menſibus, in ſenatusconſultis & auctoritatibus ſcribebantur; quod confirmat hic locus: cui ſimilis eſt in §. *ſeq.* nam neque Pegaſi & Puſionis faſti meminerunt: & in *l. cum verò.* 26. §. *ſubventum.* 7. *de fideic. libert.* ubi mentio fit Senatusconſulti Rubriani, quod factum dicitur temporibus D. Trajani Rubrio Gallo & Cælio Hiſpone Coſſ. qui & ipſi in catalogo conſulum non recenſentur, ut ſuffectos eos fuiſſe oporteat. Igitur, cum multi conſules Romæ ſub Impp. fierent per ſuffectionem, nemo ex ſuffectis in faſtos referebatur, ſed ſoli duo, qui anni initio magiſtratum auſpicati eſſent. Quamobrem excuſandus eſt Auſonius, qui in *gratiar. act. ad Gratianum* negat, Senecam conſulem fuiſſe. VINN. Immo vix excuſandus, quia ſuffectus Cos. etiam conſul eſt. Conſulatus Senecæ & Trebellii incidit in ultimos menſes anni ab U. C. MDCCCXIV. Quærit Marcilius *ad* §. 6. *Inſt. h. t.* cur SC. hoc dicatur Trebellianum, ac non potius Annæanum, quum tamen L. Annæus Seneca fuerit Cos. major. Reſpondet, videri hoc SC. omnino initio nomen Annæani tuliſſe, ſed tranſlatum poſtea ad nomen Trebelliani, quia Senecæ, perduellionis rei memoria damnata fuerit. Sed nec apud Tacitum, cui Marcilius teſtimonium denunciat, hoc repe-

reperio, nec ſemper SCtis à majore conſule nomen inditum, ſed ab eo, qui tum ad Senatum retulerat. Sic SC. anno U.C. 931. Juliano Ruſo & Gavio Orphito Coſſ. factum, non à Cos. majore Julianum, ſed ab Orphito Orphitianum dictum eſt. Aliud Nerone & Piſone Coſſ. anno 810. Piſonianum vocatur *l. 8. ff. ad SC. Silan.* Omittimus exempla alia. HEIN.

Si hæreditas ex fideicommiſſi cauſa reſtituta ſit] In omni legato & fideicommiſſo ineſt hæc conditio, ſi hæres, à quo relicta ſunt, hæres extiterit; quod in fideicommiſſis ex reſtituendi verbo ſatis intelligitur. Qua de cauſa, ſi hæres aut adire hæreditatem noluerit, aut antequam adeat, mortuus ſit, aliave ratione defecerit, hic eveniet, ut deſtituto teſtamento, fideicommiſſum quoque pereat, uti cætera, quæ in teſtamento ſcripta ſunt, non adita hæreditate irrita fiunt, *l.* 9. *de teſt. tut. l. eam quam.* 14. *C. de fideic. l.* 13. §. *quid ergo.*

2 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 fideicommiſſo reſtitueretur hæreditas, quo magis in reliquum confirmarentur ſupremæ defunctorum voluntates, *l.* 1. §. 2. *& 3. eod.*

Actiones, quæ jure civili] Senatus loquitur de transferendis iis actionibus, quæ jure civili hæredi & in hæredem competunt: tranſeunt tamen ex ſenatus ſententia & actiones honorariæ, veluti actio ex conſtituto, ex jurejurando, & ſimiles: imò & cauſam naturalium obligationum tranſire placet, *l. quamvis.* 40. *l. ſi ejus.* 64. *in pr. eod.*

Ei & in eum] Quemadmodum ſenatus hæredibus ſubventum voluit in eo, quod actiones, quæ in hæredem competebant, dari voluit in fideicommiſſarium, ut poſſet hæres, ſi à creditoribus hæreditariis conveniretur, uti exceptione reſtitutæ hæreditatis; ita & ſubvenit fideicommiſſariis in eo, quod actiones, quæ hæredi competebant fideicommiſſario dari voluit, cui ſoli ob hoc agendi efficaciter facultas competit; hæres autem agens per exceptionem à creditoribus hæreditariis repelli poteſt, *d. l.* 1. §. 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 proindè per Senatusconſultum hæres effici poſſit, ut efficitur Senatusconſultis Tertylliano & Orficiano, eum tamen, cui ex fideicommiſſo reſtituta eſt hæreditas, ſenatus hæredem non fecit, propterea quod jam alius jure civili per aditionem hæres factus locum obtinet, quem ſtricta juris ratio non patitur deſinere hæredem eſſe: quæ eadem porrò ratio efficit, ut nec directæ actiones ad fideicommiſſarium tranſire queant, ſed ut ſemel hæredi quæſitæ ſunt, ita perpetuò apud eum maneant, 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 tit.* Neque injuria fit creditoribus hæreditariis, quod actiones eorum directæ mutentur in utiles, nam nova utilis, quæ ſuccedit, ejuſdem cum vetere 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 hæ- 4
reditatis hæredi ſolverit? aut quid ſi hæres poſt reſtitutionem factam ſolverit creditori? Poterit ſolutum per condictionem 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 tutos eſſe exceptione, ceſſabit condictio, *l. ſi non ſortem.* 26. §. 3. *de cond. ind.* quoniam donare voluiſſe præſumuntur, *l. cujus.* 53. *de reg. jur.*

TEXTUS.

De Senatusconſulto Pegaſiano.

§. *Sed quia hæredes ſcripti, quum aut totam hæreditatem, aut penè totam plerumque reſtituere rogabantur, adire hæreditatem ob nullum vel minimum lucrum recuſabant, atque ob id extinguebantur fideicommiſſa; poſtea Veſpaſiani Auguſti temporibus, Pegaſo & Puſione Coſſ. Senatus cenſuit, ut ei, qui rogatus eſſet hæreditatem reſtituere, perinde liceret quartam partem retinere, atque ex lege Falcidia ex legatis retinere conceditur. Ex ſingulis quoque rebus, quæ per fideicommiſſum relinquuntur, eadem retentio permiſſa eſt. Poſt quod ſenatusconſultum ipſe hæres, onera hæreditaria ſuſtinebat: ille autem, qui ex fideicommiſſo recipiebat partem hæreditatis, legatarii partiarii loco erat, id eſt, ejus legatarii, cui pars bonorum legabatur; quæ ſpecies legati partitio vocabatur, quia cum hærede legatarius partiebatur hæreditatem. Unde quæ ſolebant ſtipulationes inter hæredem & partiarium legatarium interponi, eædem interponebantur inter eum; qui ex fideicommiſſo*

recepit hæreditatem & hæredem, id eſt, ut lucrum & damnum hæreditarium pro rata parte inter eos commune eſſet.

NOTÆ.

5. *Partiebatur hæreditatem*] Id eſt, res hæreditarias neque enim legatarius partiarius efficiebatur ſucceſſor juris, ullæve actiones hæreditariæ ei, inve eum dabantur.

COMMENTARIUS.

1. *Quæ incommoda Pegaſiano ſenatusconſulto cauſam dederint?*
2. *Hoc Senatusconſulto vim legis Falcidiæ productam ad fideicommiſſa hæreditatis.*
3. *Diſcrimen legis & Senatusconſulti circa res, quæ imputentur.*
4. *An hoc demum Senatusconſulto Falcidia producta ad fideicommiſſa ſingularia?*
5. *Trebelliani & Pegaſiani differentia.*
6. *Legatarius partiarius: & ſtipulationes partis & pro parte.*

TAmetſi Senatusconſulto Trebelliano cautum erat, ut omnia onera hæreditaria in eum cui ex fideicommiſſo reſtituta eſſet hæreditas transferrentur, id tamen nondum ſufficiebat ad invitandum hæredem
1 ad adeundam hæreditatem. Quamvis enim nullum damnum poſt hoc Senatusconſultum hæredi adeunti & reſtituenti immineret, tamen, ut eſt ingenium humanum, recuſabant adhuc plerumque hæredes ſcripti adire hæreditatem alieni emolumenti cauſa, unde ipſi nullum aut exiguum lucrum percepturi erant: atque ita fiebat adhuc, ut fideicommiſſum hæreditatis ſæpè intercideret. Huic igitur 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 πρὸς τὸν τῆ φαλκιδίᾳ μίμησιν. 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.
3 *tit.* 25. §. 12. *ſup. quib. mod teſt. inf.* §. 3. Eſt tamen adhuc aliquod diſcrimen circa res, quas in haſce quartas imputari placet. Nam in Falcidiam, quæ ex legatis deducitur, ea tantùm 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 proindè apud hæredem quarta pars non quarumlibet rerum, ſed hæreditatis manere debeat: non prohibet autem ſenatus ultra dodrantem hæredis fideicommitti: tum etiam, quod Falcidia voluntati teſtatoris ſubſervit, quem veriſimile non ſit legatis patrimonium ſuum exhaurire voluiſſe, ſed potius, opinioni 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. erc.* fortè quod veriſimile non ſit, teſtatorem, qui portionem cohæredis hactenus imminuit, voluiſſe; ut alteri id in quartam partem ejus partis, quam reſtituere juſſus eſt, imputaretur. Variant tamen in hac re interpretes: videſis Don. 7. *comm.* 30. & 8. *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. *theſ.* 3.

Ex ſingulis quoque rebus] Hinc plerique colligunt, 4
ante Senatusconſultum Pegaſianum non licuiſſe hæredi quartam partem de ſingulis rebus per fideicommiſſum relictis retinere, atque hoc demum Senatusconſulto legem Falcidiam productam etiam ad fideicommiſſa particularia: quod quamobrem mihi non probetur, & cur hoc jus antiquius Senatusconſulto exiſtimem, expoſui *ſup. tit. prox. in pr.* Illa etiam ratio nunc me movet, quod utrumque Senatusconſultum circa idem ſubjectum verſetur. Nam etſi non idem Senatusconſulto Pegaſiano cautum eſt, quod antea cautum erat Senatusconſulto Trebelliano, de eodem tamen utroque cautum eſſe conſtat, videlicet de hærede rogato reſtituere hæreditatem non de eo, qui oneratus ſit fideicommiſſis particularibus. Verba Trebelliani referuntur in *l.* 1. §. 2. *hoc tit.* Igitur quartæ de ſingulis rebus per fideicommiſſum relictis detractio Pegaſiano Senatusconſulto accepta ferri non debet, ſed juri antiquiori, & ipſi legi Falcidiæ ex interpretatione prudentum. Neque obſtant verba hujus textus: quippe quibus hoc 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 relictis; 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. *com. in tit. ſeq. c.* 4.

Ipſe hæres onera ſuſtinebat] Trebellianum transferebat 5
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 hæredita-

ditaria perſequerentur, ſicut juris erat ex lege antiqua 12. tabb. *l. ea quæ. 6. C. fam. erc.* Igitur reſtituta ex Senatusconſulto Pegaſiano hæreditate, id eſt, quarta ex auctoritate 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 partiarii loco erat] Univerſitatem alicui legari poſſe, id eſt, partem dimidiam, tertiam, aut quartam bonorum aut hæreditatis, docuimus *ſup. de legat. in pr.* Neque tamen hunc legatarium, quem partiarium appellabant, fuiſſe ſucceſſorem juris, 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 tranſiiſſent, 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 partiarius 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 legatarius partiebatur hæreditatem, id eſt, res hæreditarias ſeu univerſa bona; quomodo & hæreditas vendi dicitur: neque enim legatarius partiarius efficiebatur ſucceſſor juris, ut jam dictum eſt.

Unde quæ ſolebant ſtipulationes, &c.] Inter hæredem & legatarium partiarium ſolebant interponi ſtipulationes de lucro & damno communicando, quæ proprie dicebantur partis & pro parte, §. *ſeq.* quippe hæres, ſive quid deberet hæreditas, ſolvebat, ſive quid deberetur, idem exigebat: ſed antequam hæreditatem adiret, ſtipulabatur à legatario partiario, *Si quid à me ſolutum ſit, ejus te 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 hæreditatis, ſcriptus hæres rogatus ſit reſtituere, tum ex Trebelliano Senatusconſulto reſtituebatur hæreditas, & in utrumque actiones hæreditariæ pro parte rata dabantur: in hæredem quidem jure civili: in eum vero, qui recipiebat hæreditatem, ex Senatusconſulto Trebelliano, tanquam in hæredem. At ſi plus, quam dodrantem, vel etiam totam hæreditatem reſtituere rogatus eſſet, locus erat Pegaſiano Senatusconſulto: & hæres, qui ſemel adierat hæreditatem, (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 & hæredem: ſi vero totam hæreditatem reſtitueret, emptæ & venditæ hæreditatis ſtipulationes interponebantur. Sed ſi recuſabat ſcriptus hæres adire hæreditatem, ob id, quod diceret, eam ſibi ſuſpectam eſſe, quaſi damnoſam, cavebatur Pegaſiano Senatusconſulto, ut, deſiderante eo, cui reſtituere rogatus eſſet, juſſu prætoris adiret, & reſtitueret hæreditatem: perindeque ei & in eum, qui reciperet hæreditatem, actiones darentur, ac juris eſt ex Trebelliano Senatusconſulto: quo caſu nullis ſtipulationibus eſt opus: quia ſimul & huic, qui reſtituit, ſecuritas datur, & actiones hæreditariæ ei & in eum transferuntur, qui recipit hæreditatem; utroque Senatusconſulto in hac ſpecie concurrente.*

COMMENTARIUS.

1. *An hæres, qui ultro totum, quod rogatus eſt, reſtituit, ſolus onera ſubeat ex Pegaſiano?*
2. *Stipulationes emptæ & venditæ hæreditatis.*
3. *Caput Senatusconſulti de coactione recuſantis adire.*

Non plus quam dodrantem] Senatusconſulti Pegaſiani duo principalia capita fuere, quorum uno cavebatur de hærede, rogato totam hæreditatem, aut plus quam dodrantem reſtituere; altero de eo hærede fiduciario, qui adire hæreditatem recuſabat: nihil autem hoc Senatusconſulto cautum de hærede, qui ex voluntate defuncti quartam aut amplius habens ultro hæreditatem 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 hæreditatem reſtituere, fidem præſtitit. Exiſtit creditor hæreditarius, cui centum debentur: huic in 75. utilis ex Trebelliano adverſus fideicommiſſarium actio datur: in reliqua 25. directam habet jure civili adverſus hæredem.

Si modo ſua voluntate] Nam ſi à prætore coactus adierat,

erat, transferebantur actiones omnes in fideicommissarium, ut cautum erat Senatusconsulto Trebelliano: de quo mox plura.

Ipse universa onera sustinebat] Ait, hæredem rogatum totam hæreditatem aut supra dodrantem restituere, si modo sua sponte hæreditatem adiisset, etiamsi eam secundum voluntatem defuncti restituisset; id est, sine deductione quartæ, universa onera hæreditaria sustinuisse, atque ita nec hoc casu actiones in eum, qui recipiebat hæreditatem, post Senatusconsultum Pegasianum fuisse translatas: quod perquam absurdum videtur. Utique enim propter commodum, quod hæres ex eo Senatusconsulto consequebatur, ut contra voluntatem defuncti quartam partem retinere posset, vicissim senatui visum est, ipsum solum onera hæreditaria sustinere; quo casu etiam necessario cessat Senatusconsultum Trebellianum. At ut hæres eo etiam casu, quo ultro voluntati defuncti paret, totumque quod rogatus est restituere, restituit, onera hæreditaria 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, & reliquum restituit; quo casu actiones pro rata in fideicommissarium dati, in *pr. hujus* §. dictum est. Finge hæredem rogatum dextantem 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 dextante transferri in fideicommissarium, quam cum ubi dodrantem restituere jussus est, & restituit, transferuntur pro dodrante? Diversi juris non alia fuisse videtur ratio, quam quod cum hæres salvum habet quadrantem ex judicio defuncti, Senatusconsulto Pegasiano uti non potest, etiamsi maximè velit: nam ad hunc casum Senatusconsultum illud non pertinet, sed intacta hactenus prioris Senatusconsulti mansit auctoritas. At vero cum plus quam dodrantem rogatus est restituere, tum uti potest posteriore Senatusconsulto; quod in hunc casum prospexit, & prioris vim ac potestatem quodammodo sustulit. Quamobrem si is, qui beneficio Pegasiani juvari poterat, eo usus non sit, remisisse illud, atque in hoc hæredi fideicommissario gratificari voluisse censetur, ut tam oneribus hæreditariis obstrictus maneat, quam si detracta quarta reliquum duntaxat restituerit. Facit eo quod scribit Paulus, *4. sent. 3. §. ultim.* qui totam hæreditatem restituit, cum quartam retinere ex Pegasiano debuisset, repetere eam non posse. Cæterum ut arbitror, aut summi juris ratio hoc efficiebat, aut quod magis puto, pertinuit ad eum casum, quo hæres, qui Pegasiano uti poterat, totam hæreditatem simpliciter restituit. Quod si enim nominatim testatus fuisset, velle se hæreditatem restituere ex Senatusconsulto Trebelliano actionum transferendarum causa, non video cur hoc admitti non debuerit. Imo restitutionem ita ex Trebelliano solitam fieri, expressè tradit Paul. *d. lib. & tit.* §. 1. & Modestin. *l. qui totam. 45. hoc tit.* quo tamen loco consultius putat, suspectam ut hæres dicat hæreditatem, coactusque à prætore restituat; quo & ipso casu ex Trebelliano restitutio fieri intelligitur, & actiones transferuntur: atque hoc etiam Cujacius observasse videtur, qui in *not. ad Paul.* scribit, eum qui totam 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. 1

Quasi partis & pro parte] De quibus dictum §. *prec.* Nam ad exemplum partis & pro parte stipulationum, quæ de lucro & damno communicando interponi solebant inter hæredem & legatarium partiarium, hac quoque in causa interponebantur inter hæredem & fideicommissarium, ut inter illum pro quadrante & hunc pro dodrante commoda & incommoda communicarentur, Ulpian. *tit. 25. §. 13.* Paul. *d. lib. & tit. in princ.* Theoph. *hic.*

Emptæ & venditæ hæreditatis] Cum tota hæreditas rogatu defuncti sponte restituebatur, emptæ & venditæ hæreditatis stipulationes interponebantur. Quales illæ stipulationes fuerint, nusquam disertè traditum est, nisi quadantenus apud Ulpian. *l. in illa. 50. §. 1. de verb. obl.* ubi hæc ex parte emptoris profertur; *Quanta pecunia ad te pervenerit, dolove malo tuo factum est erit-ve, quo minus perveniat*, subaudiendum, *tantam dari spondes?* Ex quo cum Hotomanno suspicari licet, hanc ferè contrariæ stipulationis formulam fuisse; *Quantam pecuniam hæreditatis causa præstitero, solvero, tantam dari spondes?* Etenim inter emptorem & venditorem hæreditatis id agi constat, quod Ulpian. scribit *l. 2. de hær. vel. act. 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 enimvero, ut non multo ante probavimus, potuit hoc casu & ex Trebelliano nominatim restitutio sic fieri, ut actiones transferrentur sine interventu hujusmodi stipulationum. 2

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 inquies, cum adire facti sit, ad quod nec servus à domino præcisè compelli potest, *l. 3. C. de hær. inst.* quomodo ad id compelletur hæres? Compelli præcisè posse, non existimo, sed contumaciam hæredis pro aditione habendam, *l. pen. §. 1. C. hoc tit.* 3

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 variæ sint hominum voluntates, quorundam negotia timentium, quorundam vexationem, quorundam æris alieni cumulum, tametsi 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

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. ita. 27. §. 2. & §. præceptis. 14. hoc tit.*

Utroque Senatusconſulto concurrente] Nam quod hæres invitus cogebatur adire à prætore, id erat ex Senatusconſulto Pegaſiano; quod actiones transferrentur in eum, qui recipiebat hæreditatem, ex Trebelliano.

TEXTUS.

Pegaſiani in Trebellianum transfuſio.

7. Sed quia ſtipulationes, ex Senatusconſulto Pegaſiano deſcendentes, & ipſi antiquitati diſplicuerunt, & quibuſdam caſibus captioſas eas homo excelſi ingenii Papinianus appellat; & nobis in legibus magis ſimplicitas, quam difficultas placet: ideo omnibus nobis ſuggeſtis tam ſimilitudinibus, quam differentiis utriuſque Senatusconſulti, placuit, exploſo Senatusconſulto Pegaſiano, quod poſtea ſupervenit, omnem auctoritatem Trebelliano Senatusconſulto præſtare, ut ex eo fideicommiſſariæ hæreditates reſtituantur: ſive habeat hæres ex voluntate teſtatoris quartam, ſive plus, ſive minus, ſive nihil penitus: ut tunc, quando vel nihil, vel minus quarta apud eum remanet, liceat ei vel quartam, vel quod ei deeſt, ex noſtra auctoritate retinere, vel repetere ſolutum, quaſi ex Trebelliano SC. pro rata portione actionibus tam in hæredem, quam in fideicommiſſarium competentibus. Si vero totam hæreditatem ſponte reſtituerit, omnes hæreditariæ actiones fideicommiſſario, & adverſus eum competant. Sed etiam id, quod præcipuum Pegaſiani Senatusconſulti fuerat, ut quando recuſaret hæres ſcriptus ſibi datam hæreditatem adire, neceſſitas ei imponeretur totam hæreditatem volenti fideicommiſſario reſtituere, & omnes ad eum, & contra eum transferre actiones. Et hoc tranſpoſuimus ad Senatusconſultum Trebellianum, ut ex hoc ſolo neceſſitas hæredi imponatur, ſi ipſo nolente adire, fideicommiſſarius deſideret reſtitui ſibi hæreditatem, nullo nec damno nec commodo apud hæredem remanente.

NOTÆ.

7. Vel repetere ſolutum] Solutum ſcil. 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 quantitatem patrimonii defuncti, ut exolutis legatis adhuc abunde ſibi ad quartam Falcidiæ ſuperſit, repetitionem habet: ſi errans in jure, non habet. Id eſt, ſi non ignorabat quantitatem ſubſtantiæ: putabat autem ſe quartæ retentionem non habere. Idemque juris eſt in reſtitutione fideicommiſſi, ut *hic.*

Pro rata portione] *l. 1. C. h. t.* Onera tamen legatorum ad ſolum fideicommiſſarium ſpectant, *l. 1. §. ult. D. eod.* & ibi Accurſ. DD. *in l. 2. & ult. C. eod.* niſi minus dodrante reſtituere hæres rogatus ſit; tunc enim pro eo, quod ultra quartam habet, etiam legatorum onera ad eum pertinent, *l. 1. §. pen. eod.* Gloſſ. & DD. *ubi ſup.*

Totam hæreditatem ſponte] Dum fidum obſequium defuncti precibus præbere deſiderat, *l. 45. ad SC. Treb.* & pleniore officio fidei præſtandæ fungi, *l. 5. §. 15. de don. int. vir.*

COMMENTARIUS.

1. *Cur ſtipulationes ex Senatuſconſulto Pegaſiano deſcendentes captioſæ viſæ?*
2. *An hæres, qui non confecit inventarium, amittat quartam Senatusconſulti? & an teſtator deductionem hujus quartæ vetare poſſit?*
3. *Duplex deductio juxta c. Rainutius. 16.*
4. *Pro qua parte actiones tranſeant aut remaneant?*
5. *Explicatur* l. 5. C. h. tit.
6. *Legatorum onera ad ſolum fideicommiſſarium pertinere.*

TRansfunditur hoc loco vis omnis Senatusconſulti Pegaſiani in Trebellianum, ut jam ex ſolo Senatusconſulto Trebelliano reſtituatur hæreditas. Itaque hæres nunc quaſi ex hoc Senatusconſulto quartam vel quod quartæ deeſt, retinere poteſt: ex eodem actiones pro rata communicantur: ſi hæres adire & reſtituere nolit, ex hoc Senatusconſulto cogitur: reſtituta tota hæreditate ſive ſponte ſive juſſu prætoris, actiones omnes in fideicommiſſarium tranſeunt, nullusque jam amplius uſus ſtipulationum, quarum antea meminit.

Ex Pegaſiano Senatusconſulto deſcendentes] Stipulationes partis & pro parte, emptæ & venditæ hæreditatis, non ſunt Senatusconſulto Pegaſiano primum introductæ, ſed ſunt antiquiores. Dicuntur autem hîc ex Pegaſiano deſcendere, quia eo Senatuſconſulto translatæ ſunt ad reſtitutionem hæreditatis, locum non habente Trebelliano. Hotomannus hinc colligit, nominatim Senatusconſulto mentionem harum ſtipulationum factam fuiſſe.

Captioſas] Captioſæ fuerunt ſtipulationes emptæ & venditæ hæreditatis, itemque partis & pro parte, quia ſalvæ nihilominus hæredi & adverſus hæredem actiones manebant. Neque enim ob harum ſtipulationum interpoſitionem cogebantur creditores fideicommiſſarium convenire, ſed hæres lites excipiebat, & ſolutum creditoribus à fideicommiſſario repetebat: ſicut è

diverſo fideicommiſſario cum hærede agendum erat, ut quod à debitoribus exegiſſet, redderetur. Ob has difficultates & litium anfractus facile eveniebat, ut alter damnum pateretur, vel propter calumniam, vel propter inopiam alterius: quod, cum ex Trebelliano reſtituitur hæreditas, commodè poteſt vitari. Nam quatenus hæreditas reſtituta eſt, eatenus hæres ſi conveniatur, exceptione reſtitutæ hæreditatis ſe tueri poteſt; & viciſſim ſi ipſe experiatur, eadem exceptione repelli. Captioſas igitur haſce ſtipulationes Papinianus appellat, non quia callidæ aut argutæ; ſed quia captioni & damno obnoxiæ, plenæque difficultatibus; quia captioſæ propter has ſtipulationes Senatuſconſulti Pegaſiani ambages, auctore Juſtiniano *l.* 2. §. 6. *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.* 10. *quæ in fraud. cred.* Rectè igitur Theophilus reddidit ἐπιζημίας, id eſt, damnoſas: neque cauſam video, cur Bachovio hæc ratio appellationis non placeat.

In legibus magis ſimplicitas] Laudat in §. *cæterum.* 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 differentiæ nimiæ.

Senatusconſulto Trebelliano præſtare] Quod planius erat, & citra captioſos circuitus ipſo jure, quoad vim & effectum, transferebat id, quod non niſi per ſtipulationes interpoſitas, longoſque & captioſos ambitus Pegaſianum exſequebatur.

Vel quartam vel quod deeſt] Hinc interpretes quartam hanc dixere Trebellianicam. Veteribus autem nunquam alio nomine, quam Falcidiæ appellatur, ut oſtendi *ſup.* §. 5. nimirum quia Senatusconſulto Pegaſiano non tam nova quarta introducta fuit, quam quarta Falcidiæ producta ad fideicommiſſa univerſa-
2 lia. Ex quo porro intelligitur, appellatione quartæ Falcidiæ etiam proprie hanc quartam contineri, & proinde poſitis terminis habilibus, atque in dubio, ubi expreſſè nulla differentia conſtituta eſt inter quartam, quam hæres de ſingulis rebus detrahit, & quam retinere poteſt ex fideicommiſſo hæreditatis, quicquid de Falcidia jure noſtro cautum eſt, ex æquo ad utramque quartam pertinere. Veluti quod Juſtinianus conſtituit, ut hæres, qui inventarium facere neglexit, beneficium Falcidiæ amittat, *l. ult.* §. *pen. C. de jur. delib.* item quod Falcidiæ locus non eſt, ſi teſtator expreſſe vetuerit hæredem ea uti *Nov.* 1. *cap.* 2. Omnino enim veriſimile eſt, Juſtinianum perpetuum omnium auctorum juris uſum ſecutum, utramque quartam uno Falcidiæ nomine comprehendiſſe. Atque hoc ſi animadvertiſſent interpretes, nemo eorum repertus eſſet, qui auſus fuiſſet hoc negare. At nunc tanta frequentia in contrarium itum eſt, ut difficile dictu ſit, utra ſententia majori numero & rerum judicatarum auctoritate nitatur, vid. Ferrar. *in form. libell. pro leg. rei ſing. num.* 5. Gom. 1. *reſol.* 5. *num.* 11. & 12. Everh. *in Top. à Falc. ad Trebell. loco.* 34. Gail. 2. *obſ.* 138. *num.* 16. Clar. §. *teſtam. quæſt.* 62. Mantic. 7. *de conj. ult. vol.* 11. & 12. Fachin. 5. *cont.* 4. Perez. *ad tit. C. de jur. del. num.* 14. & *C. ad Senatusconſul. Treb. num.* 20. Chriſtin. *vol.* 1. *deciſ.* 316. & *vol.* 4. *deciſ.* 25. 51. & 52. D. Tulden. *comm. in tit. præc. cap.* 3. Apparet tamen ex allegatis, à Chriſtinæo ſic fere uſu receptum eſſe, ut etiam detractio quartæ Senatusconſulti expreſſè prohiberi poſſit, præterquam in liberis primi gradus, quod etiam apud nos obtinere, refert Grot. 2. *manud.* 20. Intellige autem per liberos 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. *Deciſ. Cur. Holl.* 3. add. citatos à Chriſtin. *d. deciſ.* 51. *num.* 3. Jure Canonico liberis univerſali fideicommiſſo gravatis 3
duplex detractio permiſſa eſt, legitimæ & Trebellianicæ, *cap. Rainutius.* 16. *x. de teſtam.* quod quanquam legibus civilibus incognitum eſt, vid. Cujac. 8. *obſ.* 5. Hotom. *illuſt. quæſt.* 43. uſu tamen etiam in foro civili per totum mundum receptum eſſe, & tanquam Evangelium practicari, teſtantur Bald. & Jaſ. *in auth. res quæ. C. comm. de legat.* Caſtr. *in l. jubemus.* 6. *C. ad Senatusconſ. Trebell.* Chriſtin. *vol.* 1. *deciſ.* 245. & *dec.* 315. eoque jure etiam nos utimur. Grot. 2. *manud.* 20. *deciſ. Cur. Holl.* 3. & 17. In cæteris, quod ad hunc juris articulum attinet, ſequimur in his regionibus jus commune. Grot. *d. loc.* Gudelin. *lib.* 2. *de jur. nov. c.* 11. ubi tamen dubitari poſſe ſcribit, an in locis in quibus hæredes inſtituti pro legatariis habentur, ut apud Gandavenſes & Cortracenſes, admittenda ſit Falcidiæ aut Trebellianicæ detractio: & magis exiſtimat, admittendam non eſſe. *arg. l. lex Falcidia.* 47. §. 1. *ad leg. Falc.* VINN. Jus, *capitulis Rainutius & Rainaldus. x. de teſtam.* invectum, jure civili incognitum eſſe plerique ſtatuunt cum Cujacio & Vinnio noſtro. Sed non inepte id negaveris. Nam (1.) dum jus civile jubet ante computationem quartæ Falcidiæ, (adeoque & Trebellianicæ,) deduci æs alienum: profecto etiam deduci voluit portionem hereditatis legitimam, quippe quæ recte æri alieno accenſetur. *l.* 8. §. 8. *ff. de inoff. teſt. l.* 67. §. 1. *ff. de legat.* 2. Deinde (2.) in *l.* 6. *C. ad SC. Trebell.* diſerte Zeno: *Idem*, inquit, *in retinenda legis Falcidiæ portione, obtinere jubemus: & ſi pater vel mater filio, ſeu filiæ, inſtitutis heredibus, legaverit, eos eaſve nepotibus vel neptibus, pronepotibus vel proneptibus ſuis, ac deinceps reſtituere hæreditatem.* Permittit ea lex liberis, fideicommiſſo obſtrictis, ut poſſint detrahere quartam pro auctoritate Trebelliani Senatusconſulti: ſed addit, in eam quartam nec reditus, nec quartam Falcidiam imputari. Quartam autem Falcidiam non aliam hic eſſe quam portionem legitimam, acute obſervavit Vir Clariſſimus A. A. Pagenſtecher. *in Aphoriſm. h. t.* §. 164. Sane & alibi portio hæc vocatur quarta Falcidia, ut *l.* 8. §. 9. & 14. *ff. de inoff. teſt. l.* 31. *C. eod.* & apud Paull. *Recept. Sent. lib.* IV. *tit.* V. §. 5. Quin jam ab aliis obſervatum, portionem hanc vel lege Falcidia, vel ex ejuſdem rationibus fuiſſe introductam. Vid. Jan. a Coſt. *ad pr. Inſt. de inoff. teſt.* & V. C. Schulting. *Juriſp. antejuſtin. p.* 381. Ex quo patet, Pontificem in iſtis capitulis interpretem magis juris civilis, quam legislatorem egiſſe. Diſſentit D. Harprecht. *Diſſ. de jure deducendi duas quartas*, cujus argumentis tamen facile ſatis-

tisfieri poſſet, ſi id jam ageretur. HEIN.

4 *Vel repetere ſolutum*] Solutum ſcilicet errore facti, *l. error. 9. C. ad leg. Falc.* Reperitur autem hoc non beneficio Senatusconſulti; ſed jure communi, quo ejus, quod per errorem quacunque ex cauſa ſolutum eſt, omnibus repetitio conceditur. De quo diligentius ſuo loco.

Pro rata portione] Si pars tantum hæreditatis reſtitui juſſa eſt, pro parte non reſtituta actiones apud hæredem remanent, 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 remanent, *l. 1. C. hoc tit.* Atque in hoc differt hæres fiduciarius ab eo, qui legatis oneratus eſt, qui ſolus cogitur reſpondere creditoribus. Dividuntur autem actiones pro competenti cujuſque parte ſimul atque facta eſt reſtitutio, id eſt, ſi hæres verbo dixerit ſe reſtituere, aut per epiſtolam vel nuntium reſtituerit, quamvis fideicommiſſarius nondum nactus ſit rerum poſſeſſionem.

5 *l. reſtituta. 37. l. facta. 63. in pr. hoc tit.* Quod autem etiam in ponenda ratione Senatusconſulti deduci dicitur æs alienum, *l. 5. C. eod.* eo nihil aliud ſignificatur, quam quod in conſtituenda ſumma bonorum ineatur etiam ratio æris alieni, idque de bonis deducatur, ut ſciri poſſit, quantum æris alieni in fideicommiſſarium cum portione reſtituta tranſeat, quantum apud hæredem cum portione retenta maneat. Fingamus, quingenta in bonis eſſe; ex his centum deberi. Hic fideicommiſſario reſtituentur CCCLXXV. ac pro hac portione, id eſt, pro novem unciis, transferetur in eum onus æris alieni CXXV. retinebit hæres, pro qua parte ipſe à creditoribus conveniendus erit. Sic enim omnino res tranſigenda eſt, poſtquam placuit actiones pro rata parte in utrumque dari. Quod non ſatis recte mihi explicuiſſe videtur Weſemb. & poſt eum Chriſtin. *vol.*

6 *4. dec. 53. n. 5.* Quamvis autem hæres fiduciarius pro parte ſua onus æris alieni ſubeat: onera tamen legatorum ad ſolum fideicommiſſarium ſpectare, communiter placuit. Accurſ. *in l. 1. §. ult. hoc tit.* DD. *in l. 2. & l. ult. C. eod.* Tholoſan. *42. ſyntagm. 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 & fideicommiſſo detrahatur, *l. 3. §. 2. eod.* utique ex reſiduo dodrante, quem totum hæres reſtituit, legatariis ſatisfaciendum: alioqui non habiturus eſſet hæres quartam integram; niſi dicamus, hæredem nihilominus à legatariis recte pro ſua parte conveniri, & quod ſolvit, à fideicommiſſario eum repetere debere, ſibique imputare, quod portionem de dodrante non retinuerit. Sed hoc in propoſito dici non poteſt: quoniam auctoritate ſenatus dodrante, unde omnia legata præſtanda ſunt, reſtituto, actiones legatariorum in fideicommiſſarium transferuntur, qui conventus quod ſibi detractum, legatariis pro rata imputabit, *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.* Grot. *2. manud. 20.* Mynſ. Schneid. *hic.* Ad quem caſum plerique cum Gloſſa etiam referunt *dict. 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 detrahatur, cum concurrentibus legatariis de reſtituenda hæreditate agitur.

Nec damno nec commodo] Quod merito placuit. Nam neque damnum ullum hoc caſu ſentire hæredem æquum eſt, propterea quod coactus contemplatione alterius adit; neque commodo aliquo frui debet, ne quartæ quidem, quoniam adit periculo alieno, *l. 4. hoc tit.* de quo etiam dictum §. proxime præced.

TEXTUS.

De quibus hæredibus & in quibus fideicommiſſariis ſupra dicta locum habeant.

8. *Nihil autem intereſt, utrum aliquis ex aſſe hæres inſtitutus, aut totam hæreditatem, aut pro parte reſtituere rogatur; an ex parte hæres inſtitutus, aut totam eam partem, aut partem partis reſtituere rogatur. Nam & hoc caſu eadem obſervari præcipimus, quæ in totius hæreditatis reſtitutione diximus.*

COMMENTARIUS.

SEntentia hujus loci ſatis plana eſt. Non tantùm, 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.* verùm 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, prætoriſque juſſu adeundo, omnes actiones abs ſe removere & transferre in fideicommiſſarium. Denique qui partem partis, ex qua inſtitutus eſt, reſtituere rogatur, poteſt ſimiliter, ſi quartam partem ſuæ partis ſalvam judicio defuncti non habeat, quod ei deeſt, retinere; & recuſans adire, deſiderante fideicommiſſario cogi à prætore, ut adeat, totamque illam partem reſtituat cum omni onere & commodo ei adjuncto. Nimirum hic etiam locum habet vulgata regula; *Quod juris eſt in toto, quantum ad totum, idem juris eſt in parte, quantum ad partem. l. quæ de tota. 76. de rei 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 Falcidiæ poni.

TEXTUS.

De eo, quod hæres voluntate teſtatoris deducit, præcepitve.

9. *Si quis unâ aliquâ re deductâ, ſive præceptâ, quæ 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, quæ remanet apud hæredem, 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, pro quadrante remanent apud hæredem. 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 pluribuſve rebus deductis præceptisve, reſtituere hæreditatem rogatus ſit. Sed etſi certa ſumma deducta præceptave, quæ quartam vel etiam maximam partem hæreditatis continet, rogatus ſit aliquis hæreditatem reſtituere, idem juris eſt. Quæ autem diximus de eo, qui ex aſſe inſtitutus eſt, eadem transferimus & ad eum, qui ex parte hæres ſcriptus eſt.*

NOTÆ.

9. *Unâ aliquâ re deductâ*] Qui certa aliquâ re aut ſummâ 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 hær. 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. §. 2. Quod ſi res deduci juſſa 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 attribuatur, 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?*

SUpra *tit. de hæred. 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.* 4. *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 legatariis haberi, *l. pen. C. de her. inſt.* niſi hæredes partis univerſæ defecerint: tum enim idem juris eſſe, ac ſi inſtituti in re ſingulari ab initio ſoli fuiſſent. Huic poſteriori ſpeciei ſimilis eſt, quæ hoc loco proponitur, videlicet 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 *præcedd.* §§. 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 etſi hic quoque ſimiliter reſtitutio ex Senatuſconſulto Trebelliano fiat, actiones tamen nullas pro parte retenta, nullave 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 hæreditario 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 commodo præceptionis privabitur, *l. ita.* 27. §. *ſi præceptis.* 14. *eod.*

Quæ

Quæ quartam continet] Quod si res deduci jussa quartam partem non exæquet, tum hæres vel ad supplementum agere poterit, vel quod quartæ deest, jure hæreditario retinere. Gloss. & DD. *hic. arg.* §. *sed quia.* 7. *hoc tit. l.* 1. §. *si hæres.* 16. *eod.* Æquum autem tunc esse, ut hæres saltem pro ratione istius supplementi creditorum actiones excipiat, utique in subsidium censent Glossa in *d. l.* 1. §. *ult.* Cantiunc. & Mynsi. *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 hæreditario remanet, similis est legatario.

In qua maxima pars hæreditatis] Finge, eum, qui quadringenta possidebat, rogasse hæredem, ut præcepto fundo, qui trecentorum erat, hæreditatem Titio restitueret. Hic etiamsi fundus iste maximam partem hæreditatis, id est, dodrantem contineat, nihilominus tamen reliquo restituto in solidum actiones in Titium transferuntur. Neque enim pretium rei rationem juris mutat, aut efficit, quo minus res sit
1 singularis. Cæterum hoc casu consumpta portione restituta, fideicommissario subveniendum esse hæredemque pro eo, quod ultra quartam habet, legatariis respondere debere, tradunt Cantiunc. & Mynsi. *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. & Gothofr. *in annot. marg.* ad Schneid. quod etiam tanquam certum atque apud nos quoque receptum tradit D. Grot. 2. *manud. cap.* 20. Etsi autem forte rationi juris veteris hæc non satis conveniunt, & fortassis nec novo, si fideicommissarius inventarium facere neglexerit, quo casu obligatur ultra vires receptæ hæreditatis; novo tamen juri consentanea videntur, ubi fideicommissarius inventarium ex præscripto Justiniani fecit, aut hæres à se factum ei cessit. Quorum alterutrum satis ei est ad exonerationem æris alieni, quatenus modum hæreditatis excedit, per ea, quæ habet Bart. *in l. in ratione.* 11. §. *quod vulgo.* 5. *ad. leg. Falc. num.* 9. & 10. quanquam Bachovius putat, etiamsi ipse fideicommissarius solvendo non sit, hæredem tamen in subsidium conveniri non posse, cum aliud remedium creditoribus paratum sit, & præcipuè 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 hæreditate, §. *extraneis.* 5 *sup. de hæred. qual.*

Si duabus 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 hæreditate seu jure universo hæredi attributa sit, an in rebus singulis hæreditariis. Mynsingerus imperitè rem hæreditariam cum quota hæreditatis confundit.

Sed & si certa summa] Huc ergò pertinet *l.* 1. §. 17. *eod.* quem locum perperam DD. comm. alio trahunt, nimirum ut probent, etiam retentâ quartâ parte hæreditatis actiones legatorum in solidum in fideicommissarium dari: quanquam vera mihi videtur propositio.

Ad eum, qui ex parte] Pone, eum, qui quadringenta habebat, duos hæredes instituisse, singulos ex semisse; alterumque rogasse, ut deducto fundo, qui centum valet, aut deductis centum, partem suam restitueret L. Titio. Titius receptâ hæreditate 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 fideicommisso hæredis ab intestato.

10. *Præterea intestatus quoque moriturus potest rogare eum, ad quem bona sua vel legitimo jure vel honorario pertinere intelligit, ut hæreditatem 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, fideicommitti non potest, *l.* 9. *C. de fideicomm.* Sed huic dubitationi occurrit Paul. *l.* 8. §. 1. *de jur. cod.* Ulpian. *l.* 1. §. 6. *de leg.* 3. Nimirum etiam his hæreditatem 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, debeatur?*

FIdeicommissum tam hæreditatis, quam 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 instituat, 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. *eod.*

Intestatus moriturus] Dubitari potuit, an à successore legitimo aut honorario fideicommissum rectè relinquatur. Sic enim jus est, ut ab eo, qui nihil à defuncto accipit, nihil per fideicommissum relinqui possit, *l.* 9. *C. de fideicomm.* Legitimi autem hæredes aut honorarii nihil à defuncto accipiunt, sed illos lex 12. tabb. ad hæreditatem vocat, hos prætor ad bo-
1 norum 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, *fideicommitti eorum posse, ad quos aliquid perventurum est, vel dum ipsis datur, vel dum non adimitur*; in quam sententiam eleganter Paulus *l.* 8. §. 1. *de jur. cod. Ideo*, inquit, *fideicommissa dari possunt ab intestato succedentibus, quoniam creditur 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.*
2 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 debeatur. 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 existimaret.* 29. *de legat. eod.* 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 ita.* 38. *de cond & dem.* quibus tantum in testamento locus erat. Unde definitur legatum, donatio testamento relicta, *l.* 36. *de legat.* 2. Scilicet inconveniens visum est pro imperio aliquid mandare ei quem non defunctus, sed lex hæredem facit. Probabile tamen est, legata codicillis ab intestato data, interpretatione plerumque adjuta, 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. & Giphan.

TEXTUS.

De fideicommisso relicto à fideicommissario.

11. *Eum quoque, cui aliquid restituitur, potest rogare, ut id rursus alii, aut totum, aut partem, vel etiam aliquid aliud restituat.*

COMMENTARIUS.

NOn modò hæres de restituenda hæreditate aut parte ejus rogari potest, verùm 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, quitotam hæreditatem, cum suspecta diceretur, recepit, totam restituere, *l. si patroni.* 55. §. 2. *eod.* Solus autem hæres beneficio legis Falcidiæ utitur, id est, jus quartæ retinendæ habet, *l. lex Falcidia.* 47. §. 1. *ad leg. Falc.* Etenim cum semel adita est hæreditas, omnis defuncti voluntas rata constituitur, *d. l.* 55. §. 2. Proinde cæteri, quatenus ceperunt, & rogati sunt restituere, fideicommisso obstringuntur. *L. Lucius.* 78. §. *hæres.* 11. *hoc tit.* similiter ut legatarii, à quibus fideicommissum relictum est. *l. pœnales.* 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 Neratius.* 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 facto, quod Tribonianus vir excellentissimus, Quæstor sacri palatii, suggessit, constitutionem fecimus, per quam disposuimus,*

si

ſi teſtator fidei hæredis ſui commiſit, ut vel hæreditatem vel ſpeciale fideicommiſſum reſtituat; & neque ex ſcriptura, neque ex quinque teſtium numero, qui in fideicommiſſis legitimus eſſe noſcitur, poſſit res manifeſtari; ſed vel pauciores, vel nemo penitus teſtis intervenerit: tunc ſive pater hæredis, ſive alius quicunque ſit, qui fidem hæredis elegerit, & ab eo reſtitui aliquid voluerit: ſi hæres perfidia tentas adimplere fidem recuſat, negando rem ita eſſe ſubſecutam; ſi fideicommiſſarius ei jusjurandum detulerit, cum prius ipſe de calumnia juraverit: neceſſe eum habere, vel jusjurandum ſubire, quod nihil tale à teſtatore audiverit, vel recuſantem ad fideicommiſſi vel univerſalis vel ſpecialis ſolutionem coarctari. Ne depereat ultima voluntas teſtatoris fidei hæredis 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, omninò 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. *Hæredem in ſpecie propoſita non poſſe jusjurandum referre.*
4. *Gloſſema in fine textus obſervatum.*

AUdivimus ſupra, fideicommiſſorum originem, nomen & ſubſtantiam à fide hæredum manaſſe. Hinc Juſtinianus argumentum ſumit mirifici in fideicommiſſa favoris, ut quemadmodum ex ſola fide hæredum ab initio pendebant, ita & ſola religione hæredum, quorum præſentium fidei aliquid commiſſum eſt, nunc conſiſtant, nec ordinariam probationem deſiderent. Conſtitutum hoc à Juſtiniano *l. ult. C. de fideic.*

1 *Neque ex ſcriptura, neque ex quinque teſtium numero*] Quando teſtator, contempta omni alia probatione ſcripturæ vel teſtium, fidei ſolius hæredis committit, ut aliquid præſtet, placet Juſtiniano, fideicommiſſum ab hærede præſtandum, idque ſive neget hæres, 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 ſolenniter relictum ſit. *d. l. ult.* Prius verbis conſtitutionis expreſſum eſt: alterum ex priore colligitur. Cur enim hæres jurare recuſans fideicommiſſum ſolvere cogitur? Non aliam utique ob cauſam, quam quod recuſatio jurisjurandi tacitam confeſſionem habet, *l. manifeſtæ.* 38. *de jurejur.* ut proinde multo magis fideicommiſſo eum obſtringi oporteat confeſſione aperta. Quia autem & prior caſus nonnihil iniqui habere videtur, & utroque jus novum, ac contrarium ei, quod de numero teſtium in ultima voluntate adhibendo placitum eſt, continetur: ideo conſtitutionem ſuam adverſus tacitas objectiones munivit. Si 2 quis enim fortè objiciat, iniquum eſſe, ab hærede fideicommiſſum exigi citra ullam probationem, reſpondet, illud hac in re iniquum non eſſe, ubi hæres jurejurando ſibi delato in ſua cauſa conſtituitur teſtis & judex, ut ſit in ejus poteſtate, non teneri, jurando ſe neſcire quicquam relictum eſſe. Si quis dicat, in omni ſuprema voluntate ad minimum requiri quinque teſtes: *l. ult. §. ult. C. de codic.* reſpondet, id juſtum eſſe, cum res per teſtes probanda eſt, ne quid falſitatis admittatur, cujus nihil in ſpecie propoſita metui poteſt: quoniam teſtimonium ab ipſo hærede, eodemque debitore, exigitur. Quod ergo tacitum eſt in *l. ſi veritas.* 23. *C. de fideicom. cum ſimilib.* ex imperfecta ſcriptura nihil deberi, hoc etiam nunc manet; & niſi de fide ſcripturæ, quam teſtator ſervari voluit, juſto numero teſtium conſtet, fideicommiſſum exigi non poterit: conſule Mantic. *de conject. ult. volunt. lib. 2. tit. 15. num. 5.* Qua autem ratione motus jus hoc introduxerit 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 fideicomm.* Juſtinianus ſancit, tunc ſolum obtinet, cum defunctus rem, quam præſtari voluit, fidei hæredis præſentis commiſit extra teſtamentum aut codicillos.

Cum prius ipſe de calumnia juraverit] Id eſt, ſe non calumniandi ſeu vexandi, hæredemque religione urendi animo jusjurandum deferre: ſed, quia ita ſe rem habere ſibi plane perſuaſum ſit: quod jusjurandum, licet alias in uſu eſſe deſierit: tamen in omni judicialis jurisjurandi delatione, ſi exigatur, eſt præſtandum, juxta *l. jusjurandum.* 34. §. 4. *de jurejur.* Damhoud. *prax. civil. c.* 151. Merul. *lib.* 4. *diſt.* 4. *ſect.* 3. *tit.* 8.

Vel jusjurandum ſubire] Conditione jurisjurandi in judicio delata regulariter reus jurare cogitur, aut referre, aut ſolvere, *l.* 9. *C. de reb. cred.* Manifeſtæ enim confeſſionis eſſe creditur, nolle jurare, aut jusjurandum referre, *l. manifeſtæ.* 38. *de jurejur.* At in 3 propoſito ne referre quidem hæres poteſt: quippe cum hic agatur non de eo, quod uterque ſcire poteſt, ſed quod ſolus hæres, & cujus actor ignarus eſt: quo caſu relationi non eſt locus, *l. Marcellus.* 11. *& ſeqq. rer. amot. d. l. jusjurandum.* 34. *in pr. de jurejur.* & ita rectè Mynſing. Schneid. Weſemb. *hic.* mirumque eſt, veteres interpretes in re tam manifeſta variare.

Poſt-

4 *Postquam negaverit*] Hæc verba neque in ipsa constitutione Justiniani reperiuntur, & testibus Cujacio, Russardo, Hotomanno, Contio, Fabroto, desunt in veteribus codicibus, neque Theophilus ea agnoscit: & Joh. Faber quoque refert, se Bononiæ aliquot codices vidisse, à quibus aberant. Quare suspicari licet, glossema esse. Si vero retineantur, non ita accipienda sunt, quasi non alia conditione hæres in specie proposita fideicommisso obligetur, quam si prius negaverit, & ad jusjurandum actus jurare recusset: sed ideo posita, quia hic casus solum verbis expressus fuit; cæterum simpliciter, quisquis confitebitur de fideicommisso, obligabitur: neque enim pœnæ causa hic quicquam constitutum, ut hæredis inficiatio coërceatur; in qua falluntur DD. comm. Bart. Salic. Castr. Sichard. *ad d. l. ult.* Mynsing. Schneid. *hic.* sed totum voluntatis testatoris servandæ causa ut disertè scriptum est in extremo *d. l. ult.* & tenent Joh. Fab. & Jas. *in d. l. ult.* quos etiam ex facto consultus non attenta communi opinione, in respondendo secutus est quondam Curiæ nostræ Coryphæus, Reinerus ab Amsterdam. Atque hæc sententia probatur etiam à Wesemb. *hic.* Donello in *d. l. ult.* nec alienus Mantica *d. lib. 2. tit. 13. num. 5.*

TITULUS VIGESIMUSQUARTUS.

DE SINGULIS REBUS PER FIDEICOMMISSUM RELICTIS.

Continuatio, & argumentum tituli.

HActenus de fideicommissis universalibus, quibus scilicet hæreditas aut pars hæreditatis relinquitur; quæ à legatis multum differunt: sequuntur nunc fideicommissa specialia, quibus relinquuntur res singulæ, quorumque & legatorum eadem ex constitutione Justiniani natura est, idemque effectus: nam exæquatio illa legatorum & fideicommissorum, de qua agitur §. 3. *sup. de legat. & l. 2. C. comm. de legat.* ad sola fideicommissa particularia pertinet, ut demonstravimus in explicatione *d. §. 3. & pr. tit. prac.* Docet hic Imperator, à quibus fideicommissa singularum rerum relinqui, tum quæ res per ea relinqui possunt: postremo in genere, quibus maximè verbis fideicommissa relinqui solent.

TEXTUS.

Summa.

Potest tamen quis etiam singulas per fideicommissum relinquere; veluti fundum, argentum, hominem, vestem & pecuniam numeratam; & vel ipsum hæredem rogare, ut alicui restituat, vel legatarium, quamvis à legatario legari non possit.

NOTÆ.

Vel legatarium] Interdum & in contractibus fideicommissum constituitur, exempl. in *l. 26. pr. depos. 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.*

FUndum, 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 1
posse, quamvis fideicommissa ab eo rectè dentur, discimus etiam ex Ulpian. *tit. 24. §. à legatario. 19.* & Cajo *lib. 2. tit. 7. §. 3.* Cujus differentiæ hæc ratio esse videtur, quod legata verbis civilibus & imperativis relinquuntur, quibus uti in eum solum liceat, quem universi juris successorem esse volumus & locum nostrum subire. 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 verò à communi & recepta interpretum sententia non recedo, qui censent, etiam hanc differentiam una cum cæteris hodie sublatam esse, legataque non minus, quam fideicommissa à legatario relinqui posse, *per l. 2. C. comm. de legat.* Equidem concedo, non omnibus legandi formulis, cum à legatario legatur, locum esse: sed quod

quod Giphanius ait, nullam dari posse, id nego. Per præceptionem hæredi à cohæredibus 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 hac formula, *Sejo eundem fundum Tusculanum do, lego*, aut sic, *Sejus fundum Tusculanum sibi habeto*: aut conjunctio erit, aut ademtio. At damnationis formulæ hic usus esse potest, *Titius damnas esto partem dimidiam fundi, quem ei legavi, dare Sejo; Titium legatarium meum centum Sejo dare jubeo.* Nam & olim magna erat legatis per damnationem cum fideicommissis affinitas, & nonnulla verba communia utriusque generis, ut jubeo, volo, impero, damno, vid. *inf. §. ultim.* Quin etiam finendi modo à legatario rectè legari, defendi potest, veluti si testator dicat, *L. Titius legatarius meus damnas esto sinere C. Sejum sibi habere partem fundi; quem ipsi legavi.* Non obstat, quod Justinianus simpliciter scribit, à legatario legari non posse: nam præcedenti quoque titulo §. *præterea* 10. simpliciter scripsit, legata nisi ex testamento non valere. Omnes quippe §§. in quibus observat differentiam inter legata & fideicommissa, ex constitutione sua emendationem recipere voluit: quamvis separatim ita tractet, quasi differentiæ adhuc manerent, id quod se facturum antea testatus est §. 3. *sup. de legat.* quo permistio & similitudo noviter introducta clarior esset & facilior. VINN. Quin hodie legata etiam à legatario relinqui possint, dubitandum non videtur. Vix tamen arbitror ex principiis juris veteris locum fuisse legato damnationis. *Damnas esto* formula est legislatoria. Testator autem erat quasi legislator non ratione legatarii, quem non damnare sed locupletare debebat, sed ratione heredis, tanquam successoris singularis. Ergo hujus juris ratio reddenda non est ex natura formularum. Nam revera formula nulla legato à legatariis relicto quadrabat, sed ex generali illo principio, quod hodie legata & fideicommissa ejusdem naturæ esse censeantur. HEIN.

TEXTUS.

Quæ relinqui possunt.

1. *Potest autem non solum proprias res testator per fideicommissum relinquere; sed & hæredis, aut legatarii, aut fideicommissarii, aut cujuslibet alterius. Itaque & legatarius & fideicommissarius non solum de ea re 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 & præstare, aut æstimationem ejus solvere.*

COMMENTARIUS.

1. *Jam olim communia fideicommissis cum legatis.*
2. *Declaratio regulæ, Neminem posse rogari, ut plus restituat, quam ipse cepit.*

MUlta etiam jam olim fideicommissis commu- 1
nia cum legatis fuere: quale est hoc, quod hic traditur de re: quæ testatoris propria non sit, per fideicommissum relicta. Res, quæ, cum in commercio sit, testatoris propria non est, eam necesse est vel 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 relinqui posse; & quod responsum est, valere hujusmodi legatum, etiamsi testator existimaverit rem suam esse, *l. unum.* 67. §. *si rem.* 8. *de legat.* 2. id ad hujus generis fideicommissum quoque pertinere. 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 relinqui posse etiam rem legatarii aut fideicommissarii, à quo scilicet relinquitur, non cui relinquitur. Sed quid si in proposito defunctus putaverit rem suam se relinquere? Dicemus, nihilominus valere fideicommissum, eadem ratione, qua si res 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 alterius, quæ uno nomine in hoc argumento aliena dicitur, per fideicommissum relinqui posse: nam legari posse docuit *d.* §. 4. Denique illud etiam, quod eodem loco & plenius à nobis in commentariis relatum est, legatum rei alienæ non semper deberi, sed interesse, 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 relinqui existimo, *arg.* §. *sed si rem.* 10. *sup. de legat.* & mutuæ exæquationis legatorum & fideicommissorum, quicquid contra disputet Bachovius.

Ne plus rogetur quisquam restituere] Hoc summam 2
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, fideicommiſſo obſtringitur: quoniam agnoſcendo legatum non majoris rem ſuam æſtimaſſe videtur. *d. l. imperator.* 70. §. 1. *in fin.* Item hoc quod traditum eſt, ſi cui fundus legatus ſit, atque is eum fundum reſtituere ſit rogatus, & centum dare, valere fideicommiſſum, ſi legatarius interim centum ex fructibus perceperit. *d. l. filiusfam.* 114. §. 3. *de legat.* 1. Denique etiam illud, quod duabus rebus disjunctim legatis, atque ea, quæ pretioſior eſt, reſtitui juſſa, fideicommiſſum debeatur, licet legatarius viliorem elegerit, propterea quod eam, quæ pluris erat, eligere potuiſſet. *l. plane.* 24. §. 2. *de legat.* 1.

Redimere & præſtare, aut æſtimationem ejus ſolvere] Re aliena per fideicommiſſum relicta, is, qui rogatus eſt, vel redimere eam debet & præſtare, vel ſi dominus eam non vendat, æſtimationem ejus inferre, perinde ac juris eſt in rei alienæ legato: *l. 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 hæres eum rogetur manumittere, vel legatarius, vel fideicommiſſarius: nec intereſt, utrum de ſuo proprio ſervo teſtator roget, an de eo, qui ipſius hæredis, aut legatarii, vel etiam extranei ſit. Itaque & alienus ſervus redimi & manumitti debet. Quod ſi dominus eum non vendat, (ſi modo nihil ex judicio ejus, qui reliquit libertatem, perceperit,) non ſtatim extinguitur fideicommiſſaria libertas, ſed differtur, quoad poſſit tempore procedente, ubicumque occaſio ſervi redimendi fuerit, præſtari libertas. Qui autem ex fideicommiſſi cauſa manumittitur, non teſtatoris fit libertus, etiamſi teſtatoris ſervus ſit, ſed ejus, qui manumittit. At is, qui directo ex teſtamento liber eſſe jubetur, ipſius teſtatoris libertus fit; qui etiam Orcinus appellatur. Nec alius ullus directo ex teſtamento libertatem habere poteſt, quam qui utroque tempore teſtatoris fuerit, & quo faceret teſtamentum, & quo moreretur. Directo autem libertas tunc dari videtur, cum non ab alio ſervum manumitti rogat, ſed velut ex ſuo teſtamento libertatem ei competere vult.*

COMMENTARIUS.

1. *Liberti Orcini, & numquid juris in eos familiæ?*
2. *Differentiam libertatis directæ & per fideicommiſſum datæ non tolli* l. 2. comm. de legat.
3. L. 58. de man. teſt. *cum aliis locis conciliata.*

ETiam libertates per fideicommiſſum dari poſſunt, & quidem largius, quam directo, cum non tantum propriis ſervis, ſed etiam alienis per fideicommiſſum libertas dari poſſit, modò vulgaribus atque evidentibus verbis voluntas teſtatoris exprimatur, teſte Licinio in *l. libertates.* 16. *de fideicomm. libert.* Quod ait, non tantum propriis, ſed etiam alienis, ex eo intelligitur, directo ſervis alienis libertatem dari non poſſe, quod etiam expreſſè reſcriptum eſt in *l.* 9. *C. de teſtam. man.* Putaverit tamen quis, etiam in caſu libertatis ſervo alieno directo datæ favore libertatis defendi ei poſſe fideicommiſſariam. *arg. l. generaliter.* 24. §. *ſi quis.* 10. *l. de fideicomm. libert. l.* 10. §. *ult. de teſtam. tut.* Sed obſtant memorati textus, & maximè *l.* 9. *C. de teſtam. manum.* quo loco reſcribitur, nec 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. VINN. Nec obſcura eſt ratio. Nam ſi heres directo damnatus eſſet, ſervum alienum manumittere, iſtud legatum fruſtraneum fuiſſet, ſi dominus eum liberum fieri nollet, adeo ut nec æſtimatio legatario præſtari potuiſſet. Non poterat autem res aliena aliter legari, quam ut, domino eam vendere nolente, legatario æſtimatio præſtaretur. §. 4. *Inſt. de legat.* Fideicommiſſorum autem quum eſſet benignior interpretatio, judicarunt veteres, illis & ſervo alieno libertatem relinqui poſſe, eatenus ut expectetur emendi oportunitas. Et hinc etiam reddi poterit ratio, cur in *l.* 30. *ff. de manum. teſtam.* Servo proprio, qui apud hoſtem eſt, ſervitus directo relinqui poteſt, quia quamvis hujusmodi ſervus in præſens non ſit teſtatoris, tamen vel æſtimatio præſtari poteſt, id eſt λύτρον, vel, ſi id repudietur, ſpes ſupereſt ſervum poſtliminii jure in poteſtatem heredis rediturum. HEIN.

Vel legatarius vel fideicommiſſarius] Qui, ſi teſtatoris ſervus eſt, ab hærede eum rediment & manumittent; ſi modo quod à defuncto iis relictum eſt, agnoverint.

Aut legatarii] Quo caſu legatarius accepto legato cogetur ſervum manumittere, etiamſi fortaſſe minus

ſit

ſit in eo, quod accepit, quam in pretio ſervi, *d. l. generaliter.* 24. §. *ſi quis.* 12. *de fideicomm. libert.* quia non pluris ſervum ſuum æſtimaſſe videtur, *l. ſed ſi.* 36. *ad leg. Falc.*

Aut etiam extranei] *l.* 6. *C. de fideicomm. libert.* Cæterum legatarius alienum ſervum manumittere rogatus, non alias erit cogendus, quam ſi tanti poſſit redimere, quanti eſt id, quod ex judicio defuncti conſecutus eſt, *d. l. generaliter.* §. *ſi quis.*

Non ſtatim extinguitur libertas] Si dominus ſervum ſuum, cui libertas per fideicommiſſum relicta eſt, vendere nolit, non ideo protinus fideicommiſſum extinguitur: ſed expectanda eſt emendi oportunitas, *d. l.* 6. *C. de fideicomm. libert.* equidem exiſtimatio hic præſtari non poteſt, ut in caſu §. *præc. in fin.*

Ejus, qui manumittit] Cui per fideicommiſſum libertas relinquitur, is ejus libertus efficitur, à quo manumiſſus eſt, *l.* 7. *C. de fideicomm. libert.* 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 petere, *l. qui ex cauſa.* 29. *de bon. libert.*

Ipſius teſtatoris] Directa libertas ipſo jure ſtatim ab adita hæreditate competit, *l.* 10. *C. de teſtam. man. l. teſtamento* 23. *& l.* 25. *D. de man. teſt. l. quæ-*
1 *ro.* 32. §. *ult. de teſtam. tut.* Itaque is, qui directo teſtamento liber eſſe jubetur, teſtatoris libertus fit, ut hic ait Juſtinianus: quam ob cauſam libertus *Orcinus* appellatur, quaſi *Orci libertus*, ante ejus, *qui ad Orcum demiſſus eſt: Acheronticus* à Cujacio, Χαρωνιανὸς, à Theophilo vocatur, eadem forma, qua *Orcini ſenatores*, quorum in *Auguſto c.* 35. meminit Suetonius, à Plutarcho in *M. Antonio* Χαρωνῖται dicuntur. Orcinorum crebra in libris noſtris mentio eſt, *l.* 3. §. 3. *de legit. tut. l.* 8. *de hær. inſt. l. dominus.* 22. *de pecul. leg. l.* 1. *alias.* 2. §. *per contrarium.* 10. *de dot. præl. l.* 2. *de ſtatulib. l.* 4. §. *hi qui.* 12. *de fideic. lib. l.* 10. *C. teſtam. man. l.* 8. *C. de jur. & fact. ign.* Orcini etiam liberti efficiuntur, qui latitante hærede vel legatario rogato manumittere ad libertatem perducuntur, quique ob necem domini detectam præmium libertatis conſequuntur. *l. cum quaſi.* 30. §. *quærendum.* 12. *l. ſi is.* 49. *de fideicomm. libert. l.* 5. *qui ſine man.* Igitur Orcini, cum eum patronum habeant, qui eſſe deſiit, non malè dicuntur liberti nullius eſſe. *l.* 4. *in pr. de bon. libert.* Legimus tamen, Orcinos ad familiam teſtatoris pertinere, *l.* 3. §. 3. *de legit. tut.* libertos familiæ fieri, *l. ſi ſocius.* 48. *de manum. teſtam.* liberos & cognatos jus patronatus in Orcino habere. *l. un.* §. *ſed etſi.* 7. *C. de Latin. lib. toll.* Qua de cauſa ſuſpicari licet, quamvis familia plenum jus patronatus in Orcino non habuerit, quædam tamen jura, ut in liberto,
2 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 ſervus tempore mortis in aliena poteſtate eſt, vindicare libertatem nequit. Proindè quod apud Mar- 3
cianum *l. verum.* 58. *de manum. teſtam.* legimus, eum, qui liber eſſe juſſus eſt, alienatum à teſtatore, ſi ante aditam ejus hæreditatem rurſus hæreditarius factus ſit, hæreditate adita ad libertatem pervenire, ſic omninò accipiendum eſt, ſi ſuperſtite teſtatore in poteſtatem redierit: nam jacente hæreditate, qui mortis tempore teſtatoris non fuit, hæreditarius fieri nequit. Planè, ſi ſervis teſtatoris, qui apud hoſtes ſunt, libertas 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] Ἀμέσως, protinus ex teſtamento: cum teſtator ſervum ſuum ſe mortuo ſimpliciter liberum eſſe jubet, nec ab alio libertatem dari mandat.

TEXTUS.

De verbis fideicommiſſorum.

3. *Verba autem fideicommiſſorum hæc maximè in uſu habentur:* Peto, rogo, volo, mando, fidei tuæ committo: *quæ perindè ſingula firma ſunt, atque ſi omnia in unum congeſta eſſent.*

NOTÆ.

3. *Peto, rogo, &c.*] Hæc verba dicuntur precaria, & precativa, opponunturque civilibus, directis & imperativis, vid. Ulp. *tit.* 25. Paul. 4. *ſent.* 1. Hodiè 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.*

COMMENTARIUS.

1. *Verba imperativa interdum vim habere precariorum.*

RECenſentur hic à Juſtiniano verba fideicommiſſorum maximè uſitata, & quæ vulgaria dicuntur in *l. libertates.* 16. *de fideicomm. libert.* nam increſcente progreſſu temporis favore fideicommiſſorum longè plura recepta ſunt, placuitque fideicommiſſum etiam aliis verbis relictum valere; veluti his, *cupio des, opto des, credo te daturum, exigo, deſidero ut des, volo hæreditatem meam Titii eſſe, ſcio, non dubito, te hæreditatem meam reſtituturum 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 fideicommitti poſſe, *Rogo, peto, mando, deprecor, cupio, injungo, deſidero quoque & impero.* Quod

Paulus *impero* quoque inter verba fideicommiſſi numerat, id non videtur convenire differentiæ, quam Ulp *tit.* 24. & 25. facit inter legata & fideicommiſſa; legatum definiens, quod imperativè relinquitur; fideicommiſſum, quod precativè: perindè enim hoc eſt, ac ſi diceret, legatum eſſe, quodcumque verbis imperativis, quæ alias directa & civilia vocantur, relinquitur, 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. Tititio hæredi meo impero, ut ſervum meum Stichum manumittat*, 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 fideicommiſſis, tanquam verbo precario relictum. Et cur minus eo verbo relictum valeat, quam ſi dicat, *jubeo?* quod etſi directum eſt, Ulp. *d. tit.* 24. §. 3. *l.* 2. *C. comm. de legat.* vim tamen precarii habere conſtat, quotiens quid reſtitui jubetur, *l. Lucius.* 88. §. *quiſquis.* 10. *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. libert.* 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 Matheac. *epit. legat. lib.* 1. *c.* 3. Chiflet. *lib.* 2. *de jur. fideicomm.* 18. & 20. Mantic. *lib.* 7. & 8. *de conj. ultim. vol.* D. Tulden. *comm. in tit. præc. cap.* 3.

TITULUS VIGESIMUSQUINTUS.

DE CODICILLIS.

Dig. Lib. 29. Tit. 7. C. Lib. 6. Tit. 36.

Ratio ordinis. Codicilli unde dicti? eorum definitio, & diviſio. Summa tituli.

Videri alicui poterit diſputatio de codicillis non rectè ſubjecta tractationi de ſucceſſione ex teſtamento; quippe cum ſi codicilli tantum facti ſint, ſuccedatur ab inteſtato. Verum Juſtiniano, ut apparet, propoſitum hic maximè 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 ligno. Itaque quemadmodum teſtamentum codex appellatur, Juvenal. *ſatyr.* 10. *Codice ſævo Hæredes vetat eſſe ſuos*, quia teſtamentum in codicibus tantum ſcribebatur, ſive tabulis grandioribus: ita voluntas ſuprema, minus ſolemnis aut plena, codicilli, & aliquando numero unitatis codicillus: *l. ſi ita.* 38. *de cond. & dem. hoc tit. l.* 14. *C. de teſtam.* propterèà 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 ὑπομνηματικὸν, 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. VINN. Non opus eſt ambagibus circa vocis *Codicillus*, originem. Codicilli veteribus ſunt Epiſtolæ, vel ſcripturæ ad alios miſſæ. Vid. Cic. *ad Fam.* IV, 12. VI, 18. *ad Attic. lib.* XII. *Ep.* 8. *ad Quint. Fratr. lib.* II. *Epiſt.* 10. Inprimis ita vocatæ litteræ ad præſentes miſſæ. Sen. *Epiſt.* LV. Quia ergo codicilli plerumque perſcribebantur in forma epiſtolæ, *l.* 56. *ff. de fideic. libert. l.* 37. §. 2. *l.* 32. §. 3. *ff. de. legat.* 3. *l.* 30. §. 1. *ff. de adim. vel. transf. leg.* Briſſon. *de Formul. lib. VIII. p.* 686. hinc & nomen retinuerunt. HEIN.

TEXTUS.

Origo.

Ante Auguſti tempora conſtat, codicillorum jus in uſu non fuiſſe: ſed primus Lucius Len-

Lentulus, ex cujus perſona etiam fideicommiſſa eſſe cœperunt, codicillos introduxit. Nam cum decederet in Africa, ſcripſit codicillos teſtamento confirmatos, quibus ab Auguſto petiit per fideicommiſſum, ut faceret aliquid. Et cum D. Auguſtus voluntatem ejus impleſſet; deinceps reliqui ejus auctoritatem ſequuti, fideicommiſſa præſtabant: & filia Lentuli legata, quæ jure non debebat, ſolvit. Dicitur autem Auguſtus convocaſſe ſapientes viros, interque eos Trebatium quoque, cujus tunc auctoritas maxima erat, & quæſiſſe, an poſſet recipi hoc, nec abſonans à juris ratione codicillorum uſus eſſet: & Trebatium ſuaſiſſe Auguſto, quod diceret, utiliſſimum & neceſſarium hoc civibus eſſe, propter magnas & longas peregrinationes, quæ apud veteres fuiſſent: ubi, ſi quis teſtamentum facere non poſſet, tamen codicillos poſſet. Poſt quæ tempora, cum & Labeo codicillos feciſſet, jam nemini dubium erat, quin codicilli jure optimo admitterentur.

NOTÆ.

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 Theoph. *hic.* Harm. *lib.* 5. *tit.* 7. §. 3. in Baſil. *lib.* 36. *tit.* 1. ἐλλιπὴς ὁ Δ. γνώμης ἀναπλήρωσις: aut δεύτερωσις τ. Δ. *teſtamenti ſuppletio aut correctio.*

Jure optimo admitterentur] Eorumque recepta duo genera, ſcripti, in quibus voluntas ſcribitur; & non ſcripti, in quibus nuncupatur, *l.* 13. *C. de SS. Eccleſ. l. ult.* §. *ult. C. hoc tit.* quanquam obſtat nominis ratio, vid. Hotomann. & noſtra in *comm.*

COMMENTARIUS.

LEntulus, *ex cujus perſona etiam fideic.*] Quod ait, à perſona Lentuli & fideicommiſſorum & codicillorum uſum cœpiſſe, non ſic accipiendum eſt, quaſi primus hic Lentulus fidei hæredis aliquid commiſerit, aut primus fecerit codicillos: ſed quod ille primus occaſionem præbuerit, 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. VINN. Immo conſtat, intelligi hic L. Lentulum quem cum M. Valerio Meſſalla conſulem fuiſſe anno U. C. IↃCCLI. ex marmore apud Reineſium *Inſcript. Claſſ.* x, 3. *p.* 597. diſcimus. Ei Pighius falſo tribuit Coſſi prænomen, quod ex marmoris iſtius fragmento Reineſius reſtituit. HEIN.

Teſtamento confirmatos] Teſtamento ſcilicet, quod antea Romæ aut in Italia fecerat, cum in eo ſcripſiſſet, ſe ab hæredibus ſuis petere, ut ſi quid poſtea codicillis relicturus eſſet, id bona fide præſtarent. Exemplum teſtamenti, quo futuri codicilli confirmantur, habemus apud Marcellum *l ult. de fideic. libert.*

Quibus ab Auguſto petiit] Indicio hoc eſt, Auguſtum teſtamento Lentuli 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 Principes ſequi? quod magis placet.

Et filia Lentuli legata, quæ jure non debebat] Non quia relicta incapacibus τοῖς μὴ δυναμβίοις 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 Voconia: quod argumento eſt, filias partem aliquam hæreditatis paternæ per legem capere potuiſſe, atque ex ea parte etiam directo hæredes inſtitui: qua de re ſcripſimus fuſius ſupra ad §. 1. *de fideicomm. hær.* Nulla igitur cauſa eſt, cur cum Hotomanno pro *filia* reſtituamus *filiæ*.

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; cenſerentne illi, poſſe hunc uſum recipi ſalva ratione juris conſtituti; tum an in eo tam evidens & juſta civium utilitas verſaretur, ut auctores ſibi eſſent ejus moris comprobandi: exemplo ſuo docens, nihil novi juris ſine conſilio prudentum ac manifeſta civium utilitate conſtituendum eſſe, juxta illud quod præclarè ab Ulpiano dictum eſt, *in rebus novis conſtituendis evidens eſſe utilitas debet. l.* 2. *de conſt. princ.*

Ubi ſi quis teſtamentum facere non poſſet] Propter civium Romanorum, qui ad teſtimonium neceſſarii erant, penuriam. De facto enim loquitur, non de jure, uti Jurisconſultus in *l.* 8. §. 2. *hoc tit.* nam teſtamenti factio loco alligata non eſt, DD. comm. *in l.* 1. *C. de SS. Eccleſ.* Cæterum & illud palam eſt, eum qui teſtamentum facere non poteſt, nec codicillos poſſe. *l. divi.* 6. §. 3. *d. l.* 8. §. 2. *hoc tit.*

Cum & Labeo] Qui eodem tempore maximæ auctoritatis fuit, & à Trebatio inſtitutus eſt, auctore Pomponio in *l.* 2. §. *poſt hunc.* 47. *de orig. jur.* VINN. Conferendi hic omnino Tacit. *lib.* III. *Annal. cap.* 75. & Gell. *lib.* XIII. *cap.* 12. Nos quoque de diverſo Antiſtii Labeonis & Ateii Capitonis ingenio & prudenti

Augusti consilio Labeonem sibi conciliandi nonnulla monuimus in *Antiqu. Rom. lib.* 1. *tit.* 2. §. 39. *p.* 68. HEIN.

TEXTUS.

Efficiens.

1. *Non tantum autem testamento facto potest quis codicillos facere, sed & intestatus quis decedens fideicommittere codicillis potest. Sed cum ante testamentum factum codicilli facti erant, Papinianus ait, non aliter vires habere, quam si speciali voluntate postea confirmentur. Sed divi Severus & Antoninus rescripserunt, ex iis codicillis, qui testamentum præcedunt, posse fideicommissum peti, si appareat, eum, qui testamentum fecit, à voluntate, quam in codicillis expresserat, non recessisse.*

NOTÆ.

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 tit.* Testamento autem facto codicilli vires ex testamento capiunt, & jus ejus sequuntur. *l.* 3. §. *ult. d. l.* 16. *eod. l.* 1. *C. eod.*

Papinianus ait] *l.* 5. *eod.* & hæc Papiniani sententia receptissima erat Plinii temporibus, ut constat ex *lib.* 2. *epist.* 16.

COMMENTARIUS.

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: cæterum hodie sublata.*
4. *Quatenus ex his, quæ testamento cauta, mutare quid liceat?*
5. *Sententia extremorum verborum hujus* §.

CODICILLI & ab intestato confici possunt & facto testamento. Ab intestato facti suis ipsi viribus nituntur, & vicem testamenti exhibent. Proinde quicumque intestati successor erit sive legitimus sive honorarius, etiam postea natus, codicillis relicta præ-
1 stabit, *l.* 3. *l.* 8. *in pr. &* §. 1. *l. ab intestato.* 16. *hoc tit.* Hoc unum exigimus, ut codicilli valeant, ne voluntas defuncti in hoc instituto sit, ut testamentum esset: quod 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 suum esse testamentum; aut caverit, quæ sunt testamenti propria, nihil à legitimo peti poterit, *l.* 1. *l. illud.* 13. §. 1. *hoc tit. l. propen. qui test. fac. l. non codicillum.* 14. *C. de testam.* nisi adjecerit, velle se eam voluntatem, si jure testamenti non posset valere saltem vice codicillorum; quæ cautio vulgo clausula codicillaris dicitur; aut valere quacumque ratione poterit, sive, ut nunc fere, omni meliori modo, *d. l. propen. qui test. fac. l. cohæredi.* 41. §. 3. *de vulg. & pup. l.* 3. *in fin. de test. mil. l. Titia.* 13. *de inoff. test. l. Lucius.* 88. §. *ult. de legat.* 2. *l. ult.* §. 1. *C. hoc tit.* de 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 conject. ult. vol. lib.* 1. *tit.* 9. *&* 19. add. Gail. 2. *obs.* 114. Chiflet. *lib.* 3. *de jur. fideic.* Schneid. *hic. cap. de clauf. codicil.* & eruditissimum Joan. Decherum *lib.* 1. *dissert.* 8. *num.* 27. *& seqq.* Christin. *vol.* 4. *decis.* 32. Anton. Fab. *Cod. suo. hoc tit. fere per tot.* Testamento autem condito codicilli quocunque 2
tempore facti fuerint, ad testamentum pertinent, viresque ex eo capiunt, etiamsi in eo confirmati non sint, *l.* 3. §. *ult. d. l. ab intestato.* 16. *hoc tit.* denique infirmato testamento & codicilli concidunt, *l.* 1. *C. eod. d. l.* 3. §. *ult.* Illud interest inter codicillos testamento 3
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 tit.* 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 tit. l. Scævola.* 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 relinquantur. Quod perquam mihi absurdum videtur. Sed non est, quod de his amplius laboremus: cum enim confusa nunc sit legatorum & & fideicommissorum natura, *l* 2. *C. comm. de legat.* dubitandum non est, quin legata codicillis etiam non confirmatis data directo nunc valeant.

Ante testamentum] Meminit tantum codicillorum factorum ante testamentum, quoniam quin codicilli post testamentum conditum scripti etiam sine confirmatione valerent, non videtur fuisse dubitatum; cum quod quisque postremum cavet, id ratum esse velle satis constet. Fuit quidem 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:

gratia: nam ad validitatem codicillorum ſpecialem hanc confirmationem non fuiſſe neceſſariam patet ex *l.* 3. §. *ultim. hoc tit.* niſi ad hoc, ut legata & libertates
4 datæ directo valerent. Illud quæritur, quatenus codicillis poſterioribus ex his, quæ teſtamento cauta ſunt, mutare quid aut tollere liceat. Hæreditatem codicillis adimi non poſſe, tralatitium eſt. Quam ob cauſam nec conditio hæredi inſtituto codicillis adjici poteſt, §. *ſeq.* At poteſt hæres teſtamento ſcriptus codicillis rogari, ut hæreditatem reſtituat, *l.* 2. *C. hoc tit.* Poſſunt & fideicommiſſa teſtamento relicta codicillis adimi: quinimo & legata, utique hactenus, 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 à ſe factos teſtamentum facit, mutet cauſam ſucceſſionis, tranſiens à cauſa inteſtati ad cauſam teſtati. Quo facto videtur codicillos iſtos revocare una cum voluntate habendi 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 ſuffecerit, 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 etſi.* 8. *de fideic. libert. l.* 8. §. 2. *de novat.* neque enim ſemper æque accurate auctores juris loquuntur. Eſtque hæc communis uſuque recepta ſententia, codicillos, niſi teſtamento poſtea facto revocati probentur, tacite confirmatos intelligi. Gloſſ. & Bart. *in l.* 5. *hoc tic.* Mantic. *lib.* 1. *de conject. ult. vol. tit.* 8. Mynſ. Schneid. Weſemb. *hic.* Totoque judicio fallitur Hotomannus, qui ſcribit, hoc jure nos uti, ut niſi retenta voluntas probetur, codicilli per teſtamentum revocati videantur.

TEXTUS.

Materia.

2. *Codicillis autem hæreditas neque dari, neque adimi poteſt; ne confundatur jus teſtamentorum & codicillorum: & ideò nec exhæredatio ſcribi. Directo autem hæreditas codicillis neque dari neque adimi poteſt: nam per fideicommiſſum hæreditas 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. hær.* 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 hær. inſt. l.* 10. *de cond. inſtit.* Nam illic non proponuntur ſpecies hæreditatis codicillis datæ aut confirmatæ, ſed datæ teſtamento, quod codicillis declaratur.

Neque adimi] Quæ teſtamento data aut lege 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. hæred.*

Nec conditionem adjicere] Neque detrahere: 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 regulæ, inſtituto hæredi codicillis neque conditionem rectè adjici, neque detrahi, neque directo ſubſtitui.*

UT cætera omnia codicillis vel ab inteſtato factis, 1
vel à teſtato, licet teſtamento non confirmatis, relinqui 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 ullum 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. dot. l.* 4. *C. de inut. ſtip.* Non obſtant ſpecies propoſitæ in *l. aſſe.* 77. *de hær.*

hær. 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. 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.* 10. *h. t.* 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] 2 Quod totiens traditum eſt, *hæreditatem codicillis nec dari nec adimi poſſe*, ſic accipitur, ut directo non poſſit dari, puta hærede 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 detractione quartæ Falcidiæ, 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 fideicommiſſo peti ſalva ratione legis Falcidiæ. Unde Juſtinianus ſecundum veteres leges ſic definit, hæreditatem codicillis neque dari neque confirmari poſſe, *l. pen.* §. 1. *C. de nec. ſerv. hær. inſt.*

Nec conditionem adjicere] Hæredi pure inſtituto conditio codicillis adjici non poteſt, *l. Divi.* 6. *in pr. hoc tit.* quia ſcilicet conditione adjecta teſtator in defectum conditionis de ademptione hæreditatis cogitaſſe 3 intelligitur, *l. quidam.* 27. §. *ult. de cond. inſt.* Quod ſi codicillis adjicere conditionem inſtitutioni non licet, multo minus licebit detrahere, 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. Scævola.* 76. *ad Trebell.* In univerſum autem ſi conſtet, aliquem, qui teſtamentum non habebat, codicillos, non teſtamentum facere voluiſſe, in ea ſcriptura directa inſtitutionis verba ex voluntate defuncti, quamvis clauſula codicillaris adjecta non ſit, in vim fideicommiſſi valere placet, perindeque haberi, ac ſi legitimus hæres rogatus eſſet ſcripto in codicillis hæreditatem reſtituere, *l.* 13. §. 1. *hoc tit.* & ibi Bart Bald. & alii, & in *l.* 7. *de vulg. & pupill.* eoque jure utimur.

TEXTUS.

Numerus & 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.*

NOtantur hic & aliæ differentiæ inter teſtamentum & codicillos. Plura teſtamenta unius hominis eſſe non poſſunt, quamvis pluribus codicibus ſeu exemplis unum idemque teſtamentum fieri poſſit, §. *pen. ſup. de teſtam. ord.* Nam cum unumquodque teſtamen- 1
tum univerſam ſucceſſionem contineat, ſi noviſſimam 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 detrahitur, niſi ſint contrarii, *l.* 3. *C. eod.*

Nullam ſolemnitatem ordinationis] Exiſtimo, 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 2
declarant, codicillos nunc non omninò eſſe ſine ſolennibus & ſubtilitate ordinationis, *fac. l. ult. C. de fideicomm.* §. *ult. ſup. de fideicomm. hær.* & jejuna illa quorundam diſtinctio eſt inter ſolennitatem ordinationis & probationis. Nam ſolennitas omnis etiam in teſtamento non alia de cauſa requiritur, quàm ut certo de voluntate defuncti conſtare poſſit. Enimverò in codicillis teſtamento confirmatis non puto 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 ſolenni-

tas

tas teſtamenti ſufficere debeat, *argum. l. aſſe.* 77. *de har. inſt. l.* 10. *de cond. inſtit.* atque etiam ſecundùm ipſam 3 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. quæſt.* 57. *num.* 4. Mynſ. 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 ſcripſi ad §. *teſtes.* 6. *ſup. 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.* VINN. Defendit Vinnii ſententiam ſatis operoſe V. C. Reinold. *in Var. cap. V.* Sed res clara videtur. In teſtamentis condendis teſtibus opus erat talibus, quibuscum olim fuerat teſtamenti factio in comitiis calatis, quia is actus jure vetuſtiſſimo lex erat populi ſuffragiis perlata, jure novo ſolennis mancipatio hereditatis. Omnia ergo hic ſollemnia. At codicilli erant epiſtolæ, ut ſupra oſtendimus. Quis epiſtolis teſtes adhibet? quis in iis ſolemnitatem requirit? Valebat hujuſmodi epiſtola, etiam non obſignata, dum de ejus fide conſtaret. *l.* 89. *pr. ff. de legat.* 2. quia enixæ voluntatis preces ad omnem ſucceſſionis ſpeciem porrectæ videbantur. *l.* 77. §. 23. *ff. eod.* Teſtes ergo adhibebantur ab iis, qui nuncupative fideicommittebant. Et ita intelligenda *l.* 22. *C. de fideicomm.* Poſtea etiam in ſcriptis codicillis inteſtatorum teſtium opus erat præſentia per *l.* 1. *C. Theod. de teſt. & codicill.* non ſolennitatis cauſſa, *ſed ut teſtantium ſucceſſiones ſine aliqua capione ſerventur.* Ergo non ſollemnitatis cauſſa adhibendi, ſed probationis cauſſa. Nec aliud voluit Theodoſius, dum in omnibus codicillis teſtes requiſivit. *l. ult. C. h. t.* Atqui & feminarum teſtimonium fidem facit in his, ubi ſollemnitatum deeſt ſcrupuloſa obſervatio. *l.* 20. §. 6. *ff. qui teſt. fac. poſſ. l.* 18. *ff. de teſt.* Quare à teſtamentis ad codicillos collectio non procedit. HEIN.

FINIS LIBRI SECUNDI.



ARNOLDI VINNII, J.C.

IN LIBRUM TERTIUM

INSTITUTIONUM IMPERIALIUM COMMENTARIUS

Academicus & Forenſis.

CUM NOTIS AD TEXTUM.

TITULUS PRIMUS.

DE HÆREDITATIBUS, QUÆ AB INTESTATO DEFERUNTUR.

Dig. Lib. 38. *tit.* 16. *C. Lib.* 6. *tit.* 55. *&* 58. *N.* 118.

Ratio ordinis, cum argumento tituli.

DEcurſis omnibus ſupremæ voluntatis partibus, redit Imperator ad inſtitutam de univerſitate bonorum acquirenda diſputationem. Ex quatuor hujus generis acquiſitionis modis, propoſitis §. *ult. 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 hactenus ſolum tractavit, cujus ſemper prior & potior cauſa eſt: *l.* 39. *de acq. hær. l.* 89. *de reg. jur.* quod reliquum eſt ad tractationem iſtam abſolvendam, de hæreditate legitima, ſeu ea, quæ lege ab inteſtato defertur, pertexere prius voluit, quam ad cæteros per univerſitatem acquirendi modos tranſitum faceret. Hæreditates, quæ ab inteſtato deferuntur, eædem 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 plurium.* 70. *l. illud.* 77. *de acq. hær. l.* 2. *& tot. tit. de ſuis & legit. hær.* 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 ſucceſſionis 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 ſucceſſionis 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.

No-

NOTÆ.

Inteſtatus decedit] Ex Ulp. *l.* 1. *de ſuis & legit.* Inteſtatorum hæreditates nomen legitimarum ſibi proprium fecerunt, propterea quod immediate à lege deferuntur, *l.* 130. *de verb. ſign.* Impuberes quoque, furioſi, & prodigi ſuos ſucceſſores ex lege habent, & ad hos etiam vox *inteſtatus*, licet minus proprie, refertur. *d. l.* 1.

COMMENTARIUS.

1. *An appellatio inteſtati etiam ad pupillum, furioſum, prodigum pertineat?*
2. *Appellatione rupti quid hic ſignificetur?*
3. *Quando ſucceſſioni ab inteſtato locus teſtamento irrito facto?*
4. *De teſtamento deſtituto.*

1 DEſcriptio eſt inteſtati, cui ſimilis Ulpiani in *l.* 1. *pr. de ſuis & legit.* Ait, *qui aut 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.* 3. *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 ſucceſſionum 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 pet. tut. l.* 9. *de reb. dub. l. vel ſingulis.* 37. *de vulg. & pup. l.* 6. *C. ad Tertyll. l.* 10. *C. de legit. 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. Conſule Forſter. *lib.* 3. *de hær. quæ ab inteſt. c.* 4.

Non jure fecit] Puto quod legitimum numerum teſtium non adhibuerit, aliasve ſolennitates, quæ ad ordinanda teſtamenta neceſſario deſiderantur, omiſerit; aut quod liberos, quos in poteſtate habebat, hæredes non inſtituerit, aut exhæredaverit, ſecundum ea, quæ tradita ſunt libro ſuperiore, *tit. de exhær. lib.*

2 *Ruptum*] Rumpi teſtamentum proprie dicitur, cum, teſtatore manente in eodem ſtatu jus teſtamenti vitiatur, §. 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 ſuccedit ab inteſtato, ſed hæreditas defertur ex poſteriori. Plane mutatio voluntatis, in qua teſtator ſubſiſtit, puta ſi tabulas teſtamenti inciderit, ſcripturam deleverit, cancellaverit, ſigna avulſerit, inteſtatum eum facit. *tit. de his quæ in teſt. del. l.* 1. §. *pen. ſi tab. teſt. null. ext. l. pen. C. de teſtam.* Reſciſſo quoque teſtamento per querelam inofficioſi paterfam. inteſtatus fit: ac retroverſus perinde omnia habenda, ac ſi hæreditas nunquam adita eſſet, *l.* 6. §. 1. *l.* 21. §. 2. *de inoff. teſt. l. ut liberis.* 17. *C. de collat.* idemque eſt, ſi petita bonorum poſſeſſio contra tabulas. *d. l. ut liberis.* 17. 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.* itemque 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, uti dictum eſt, ſtrictè accipimus, unus tantum 3
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 irrito 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. hær.*

Nemo hæres extiterit] Etiam id teſtamentum, ex quo nemo hæres extitit, nullas vires habet, §. 2. *ſup. quib. mod. teſtam. inf. l.* 9. *de teſtam. tut.* ac proinde non adita hæreditate paterfam. retroverſus inteſtatus deceſſiſſe intelligitur, *l.* 64. *de verb. ſign.* Hoc autem caſu in 4
ſpecie dicitur teſtamentum deſtitui aut deferi, §. 7. & 8. *inf. eod.* §. 2. *ſup. de leg. Falc. l. ult. in fin. de cond. inſt.* nonnunquam etiam irritum fieri, ut in *l.* 1. *de injuſt. rupt. l.* 20. *cont. tabb. l.* 50. *de man. teſt.* & tamen ab irrito, ſtrictius accepto vocabulo, diſtinguitur in *d. l.* 1. *de ſuis & leg. hær.* unde hic locus deſcriptus eſt. Itaque ſine cauſa iterum Bachovius Tribonianum reprehendit, quod deſtitutum teſtamentum hoc loco ſeparat ab irrito. In tranſitu obſervetur, etſi utroque modo fiat, ut inteſtatus deceſſiſſe quis intelligatur, & is, cujus teſtamentum poſt mortem deferitur, & cujus teſtamentum ipſo adhuc vivo infirmatur; tamen in tempore deferendæ hæreditatis

tis & effectu succedendi insignem inter hunc & illum modum esse differentiam: quam videbimus in §. *cum autem. 7. inf. eod. & §. proximus. 6. tit. seq.*

TEXTUS.

Primus ordo succedentium ab intestato.

1. *Intestatorum autem hæreditates ex lege duodecim tabularum primum ad suos hæredes pertinent.*

COMMENTARIUS.

NOn 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 caverint decemviri, *arg. §. 2. sup. de hær. 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, confirmatasque 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 legassit suæ rei, ita jus esto*, & plenius à Cicerone *lib. 2. de Invent.* & Cornificio *lib. 1. Rhetor. ad Herenn.* 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, alibi explicatum est, & fortassis nonnihil iterum de eo dicetur in sequentibus. VINN. Proprio capite & singulari lege de successione suorum egisse decemviros, non adeo expeditum est, idque merito negare videtur Gothofr. *ad ll. XII. Tabb. tab. v. p. 204. sequ.* Ceterum fundamentum totius successionis legitimæ a Decemviris stabilitæ est conservatio gentium. Hinc est, quod quicumque non erant ejusdem gentis, ab hereditate legitima excluderentur. Succedebant itaque sui, non emancipati, non in adoptionem dati, non illegitimi, quia hi omnes non erant pars familiæ paternæ. Post suos vocabantur agnati & his deficientibus gentiles, non cognati, qui alterius erant gentis. Uxor, quæ in manum convenerat defuncto succedebat, quia particeps erat gentis & sacrorum mariti, adeoque non vocabatur uxor, quæ in manum non convenerat, quippe alienæ gentis. Et hinc est, quod hereditates legitimas veteres vocant GENTILITIAS, quasi quæ soli defuncti genti debeantur. Loca veterum, quæ huc pertinent, jam collegit laudatus Gothofred. *ibid. p.* 204. Conf. omnino Ill. Bynkersh. *Obs. lib. II. cap. I.* HEIN.

TEXTUS.

Qui sunt sui hæredes.

2. *Sui autem hæredes existimantur (ut supra diximus) qui in potestate morientis fuerint; veluti filius filiave, 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, quæ super his positæ sunt, tenorem, hæredum suorum jura nanciscuntur. Nec non eos, quos nostræ amplexæ 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 dotem editi sunt, justos & in potestate patris esse; sed etiam anteriores, qui & iis, qui postea nati sunt, occasionem legitimi nominis præstiterunt. Quod obtinere censuimus & si non progeniti fuerint post dotale instrumentum confectum liberi, vel etiam nati ab hac luce fuerint subtracti. Ita demum tamen nepos neptisve, pronepos proneptisve suorum hæredum numero sunt, si præcedens persona defierit in potestate parentis esse, sive morte id acciderit, sive 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. Postumi 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.*

Nostræ amplexæ constitutiones] *l. 10. l. 11. C. de nat. lib. §. ult. sup. de nupt.* add. *Nov. 74. Nov. 86. c. 8.* Huc etiam pertinent legitimati per rescriptum Principis. *d. Nov. 89. c. 9.*

Postumi, &c. in potestate ejus] Addendum, si nemo eos gradu præcedat, *§. ten. sup. de tutel.*

COM-

COMMENTARIUS.

1. *Legitimati an ad Feudi ſucceſſionem admittantur?*
2. *Ceſſare hodie edictum de conjung. cum emanc. lib.*

HIc §. 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 exhær. lib.* §. 2. *de hær. qual.* ut novam explicationem non magnopere deſideret. Sui hæredes ita à nobis *d.* §. 2. *de hær. qual.* definiti ſunt, liberi defuncti, qui in poteſtate morientis fuerunt, & 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. rupt. l.* 7. *unde 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. familiæ.* 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: quam perpetuam naturalium liberorum ſignificationem eſſe, cum opponuntur adoptivis, docuimus in *d.* §. *ult. de nupt.* Adoptivi in cauſa ſucceſſionis ab inteſtato eadem conditione ſunt, qua 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 quæſiti, 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 legitimos effici & in poteſtate patris, *d.* §. *ult. de nupt.* Idem jus conceſſum legitimatis per reſcriptum Principis: qui modus confirmandæ paternæ originis poſtea acceſſit, *Nov.* 74. & 89. reviſe, quæ *ſup. ad d.* §. *ult.*

Quod obtinere cenſuimus, etſi non progeniti] Cum conſtitutio Juſtiniani in *l.* 10. *C. de nat. liber.* qua natos ex concubina, quæ procedente deinde affectione uxor ducta ſit, patri ſuo legitimos fieri voluit, ſtrictè à nonnullis accepta eſſet, quaſi eo tantum caſu legitimos 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 legitimos fieri, quo nulli liberi ex matrimonio poſtea contracto nati fuerunt, aut nati ex hac luce ſublati. Extat conſtitutio in *l.* 11. *C. de natur. 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. Sonsbec. *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. *tract. 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. Neoſtad. *c.* 5. *de feud. Holl. ſucceſſ. n.* 79. Diſtinguunt quoque inter legitimationem 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.* 1

Ita demum nepos neptiſve] Quamvis ſemper filius, qui eſt in poteſtate, ſimul ſuus hæres ſit: in perſona tamen nepotis & cæterorum deſcendentium ſæpè contingit, ut in poteſtate ſint adſcendentium, nec tamen numerentur inter ſuos hæredes; puta ſi nepotem filius, pronepotem filius aut nepos præcedant. Nam ad jus ſui hæredis non ſufficit eſſe in poteſtate, niſi ſimul proximum à defuncto gradum obtineas, hoc eſt, nemo te in tuo ordine antecedat. Ideoque ut nepos, verbi cauſa, jus ſui hæredis conſequatur, neceſſe eſt primum filium de familia ſublatum eſſe: tunc autem ſtatim in patris ſui locum ſuccedit, & quaſi agnaſcendo jus ſui hæredis in familia avi nanciſcitur, de quo fuſius ſub §. 2. *de exhær. lib. &* §. 2. *de hær. 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.* & pleniſſimo 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 excludit, *d. Nov.* 118. *c.* 1. ut nec amplius locus ſit edicto *de conjung. cum emanc. lib.* Multoque magis obſtabunt nepotibus ex iis natis, quos dignitas de poteſtate patria exemit: quippe quibus jura ſuorum hæredum integra conſervari voluit Juſtinianus, *Nov.* 8. *c.* 2. 2

Poſtumi quoque] Poſtumi, qui vivo parente 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 poſtumorum generibus tractatum *ſup.* §. 1. *& ſeq. de exhær. lib. &* §. *poſtumo.* 26. *de legat.*

TEXTUS.

Quomodo ſui hæredes fiunt.

3. *Sui autem hæredes fiunt 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.

NOTÆ.

3. *Etiam ignorantes*] Nimirum quia ipſo jure, *l.* 14. *de ſuis & leg.* fac. *l.* 1. §. 7. *ſi quis om. ca. teſt.* cujus rei effectum cernere eſt in *l.* 3. *C. de jur. del.* Jure civili etiam inviti: cæterum prætoris beneficio jus abſtinendi habent. §. 2. *ſup. de hær. qual.*

Continuatur dominium] *l.* 11. *de lib. & poſt.* vid. *ſup. d.* §. 2. *de hær. qual.* non tamen poſſeſſio, *l.* 23. *de acq. poſſ.* facit *l.* 19. *ex quib. ca. maj.*

COMMENTARIUS.

1. *An uti dominium, ita & poſſeſſio rerum hæreditariarum ſuis hæredibus continuetur?*

HOc quoque loco inculcantur pleraque, quæ relata & explicata ſunt §. 2. *de hær. qual.* Ait *ignorantes.* Sui hæredes ipſo jure, id eſt, ſine ullo ſuo facto aut voluntate, ſola juris poteſtate hæredes fiunt: & ideo non, ut extranei, hæreditatem adire dicuntur, ſed hæredes exiſtere. *l.* 14. *de ſuis & leg. hær.* Quo jure poſito conſequens eſt, ut hæredes exiſtant etiam ignorantes, atque hinc ſi quis ex ſuis hæredibus patri ſuperſtes deceſſerit, quamvis ignorans, patrem deceſſiſſe, nihilominus tamen hæreditatem patris, ut jam poteſtate juris quæſitam, ad quoſcumque hæredes tranſmittit, *l.* 3. *C. de jur. delib.* Quinetiam inviti & nolentes hæredes fiunt, 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 etſi.* 10. *de fideic. libert.* Sed repete notata ad *d.* §. 2. quo loco etiam monuimus, jure harum regionum hæredes omnes eſſe voluntarios.

Et licet furioſi] *l. furioſus.* 63. *de acq. hær. 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 acquiri 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. & poſth.* Ob eam enim cauſam ſui dicuntur, quod non alienarum, ſed ſuarum quodammodo rerum hæredes eſſe videantur: quippe ſuus hæres patri vivo quaſi cohæres & communium bonorum ſocius eſt, ut illo mortuo non novum acquirat dominium, ſed quod prius cœptum erat, nunc plenum habere incipiat, *d. l.* 11. *d.* §. 2. *de hær. qual.* cumque ipſo mortis momento ſtatim hæres exiſtat, *l.* 7. §. *qui ſunt.* 7. *ſi quis om. ca. teſt.* jacere hæreditas nunquam dici poteſt: pulcherrimè Hotom. 9. *obſ.* 10. Cæterum non ut rerum hæreditariarum 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 aditione 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 cœpta etiam ante hæreditatem aditam impleri poteſt. *l. cœptam.* 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 furt. l.* 19. §. 1. *quemad. ſerv. am.* add. Vigl. *ad d.* §. 2. *de hær. qual.* Gail. 2. *obſ.* 129. Mynſ. 3. *obſ.* 38. Ant. Fab. *C. ſuo. de inoff. teſt. defin.* 4. Chriſtin. *vol.* 4. *dec.* 26. In Burgundia & tota ferè Gallia obtinet illud, *Le mort ſaiſit le vif.* Tiraquell. *in iſto tract.* Chaſſan. *de ſucceſſ. rubr.* 7. §. 1. VINN. Elegans ratio, cur poſſeſſio ad heredes non tranſeat, redditur in *l.* 1. §. 15. *ff. ſi quis teſtam. liber eſſe juſſ.* quia videlicet ea tantum, quæ hereditatis ſunt, in heredem transfunduntur: poſſeſſio autem hereditatis eſſe negatur. HEIN.

Nec tutoris auctoritate] Hoc quoque conſectarium, ut & quod mox ſequitur, ex eadem juris ratione eſt. In extranei hæreditate contra obſervatur; quippe quam pupillus ſibi delatam adeundo acquirere non poteſt ſine tutoris auctoritate, *l.* 9. *l. pupillum.* 49. *de acq. hær.* etiamſi perſpicuè lucroſa ſit, neque ullum ab aditione periculum immineat, *l.* 9. §. 3. *de auct. tut.* §. 1. *ſup. eod. tit.* Pupillis infantibus quomodo extranei hæreditas acquiratur, cognoſces obiter ex *l. ſervo.* 65. §. 3. *ad ſen. Treb. l.* 18. *C. de jur. delib.* tractatio non eſt hujus loci.

Nec curatoris aſſenſu furioſo] Imo 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,

teſt, ſi velit, bonorum poſſeſſionem nomine furioſi agnoſcere, *l.* 1. *de bon. poſſ. fur.* imo ex conſtitutione Juſtiniani etiam debet, ubi manifeſta eſt furioſi utilitas, *l. ult.* §. 3. *C. de cur. fur.*

TEXTUS.

De filio poſt mortem patris ab hoſtibus reverſo.

4. *Interdum autem, licet in poteſtate parentis mortis tempore ſuus hæres non fuerit, tamen ſuus hæres parenti efficitur: veluti ſi ab hoſtibus quis reverſus fuerit poſt mortem patris ſui: jus enim poſtliminii hoc facit.*

COMMENTARIUS.

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, invitus 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 abuſio eſt nominum legis Corneliæ pro juris poſtliminii: niſi ſit ἁμάρτημα μνημονικόν.

TEXTUS.

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.

CAſus 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 judicatus fuerit: quomodo & Ulp. hoc extulit *l.* 1. §. 3. *de ſuis & leg. Interdum*, inquit, *etiam filius ſuus hæres excluditur, fiſco prælato; ut puta ſi perduellionis fuerit damnatus pater poſt mortem ſuam.* Baſil. 45. *tit.* 1. ἐπὶ τυραννίδι κατακριθῇ.

Poſt mortem] Speciale eſt in crimine perduellionis quod accuſatio & cognitio cœpta 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 damnata] Gravius & ſeverius eſt, memoriam alicujus damnari, quam perſecutionem criminis poſt mortem durare. Perſecutio durat etiam in judiciis publicis peculatus, repetundarum, de reſiduis. *l. ex judiciorum.* 20. *de accuſ. l. ult. ad leg. Jul. pecul.* At memoria rei damnatur in ſolo judicio perduellionis, lata in ipſum mortuum ſententia, per quam quaſi adhuc viveret, memoria ejus deleatur. *l. ult. C. ad leg. Jul. maj.*

Suum hæredem eſſe, ſed deſinere] Patre mortis ſuæ 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 acquiratur: ſed quia tempus ſententiæ & ſecutæ poſtea condemnationis retrotrahitur ac conjungitur cum tempore admiſſi criminis, fit, ut jus ſuitatis extinguatur, aut potius perinde habendum ſit, ac ſi mortis tempore ſuus hæres non fuiſſet, & jam à die contracti criminis deſiiſſet eſſe in poteſtate. *arg. l.* 15. *l. donationes.* 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 neptiſve exiſtunt, pariter ad hæreditatem avi vocantur, nec qui gradu proximior eſt, ulteriorem excludit. Æquum enim eſſe videtur, nepotes nepteſve in patris ſui locum ſuccedere. Pari ratione & ſi nepos neptiſve ſit ex filio & ex nepote pronepos proneptiſve, ſimul vocantur. Et quia placuit, nepotes nepteſve, item pronepotes pronepteſve 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 neptesve 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 hæc successio procedente tempore extensa?*
4. *Cur in ea proximior ulteriorem non excludat?*
5. *Illustratur aliis quibusdam exemplis.*
6. *Etiam ubi soli sunt nepotes ex diversis filiis, in stirpes familiam ercisci.*

LOcus est 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.*
1 *succeff.* Omnis ab intestato successio aut est in capita aut in stirpes. In capita, προσωπικῶς succedi dicitur, cum in tot partes hæreditas dividitur, quot sunt capita sive personæ succedentium: in stirpes, κατὰ σειράν, cum pro numero stirpium secatur; ut qui sunt ex una stirpe, partem unam ferant, qui ex altera, licet pauciores aut unus tantum, partem alteram. Capita sunt personæ unius aut plurium stirpium. Stirpes sunt generis origines; veluti filius est stirps nepotum; nepos stirps pronepotum. In capita toties succeditur, quoties personæ succedentium proprio jure & ex sua persona veniunt: in stirpes, cum veniunt jure repræsentationis, id est, ex persona ejus, in cu-
2 jus jus & locum successerunt. Et successionis quidem in stirpes jure veteri inter descendentes tantum eosque descendentium solos usus fuit, qui ex filiis progeniti aut nepotibus ex filio in avi aut proavi, de cujus successione agebatur, potestate & in familia proximi mortis tempore inventi essent, filiis puta aut nepotibus præmortuis emancipatisve, *l.* 1. §. 4. *de suis & legit. hær. l.* 2. *l.* 3. *C. eod. 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 hæredum; nec aliud fundamentum habet, quam quod filiifam. vivo etiamnum patre domini bonorum paternorum habiti sunt, *l.* 11. *de lib. & posth.* §. 2. *sup. de hær. qual.* & jam hæredes κατὰ ἀναλῆψιν. 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 exhær. 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 parens eorum, cujus personam repræsentant, laturus fuisset, & quam capiunt ex alia stirpe forte pauciores. *d. l.* 8. §. *quoniam.* 8. *de inoff. test. d. l.* 2. *C. de suis & legit. lib.* Cæterum postquam exemplo 3
suorum hæredum matris etiam & aviæ 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 repræsentationis seu in stirpes veniunt cum defuncti fratribus ex eadem nova Justiniani constitutione 118. *c.* 3.

Nec qui gradu proximior, ulteriorem excludit] Quem 4
tamen excluderet, nisi ulteriorem placeret in locum patris succedere, & jure repræsentationis quasi eodem gradu cum proximiore existentem ad successionem admitti. Hæc autem verba declarant, quomodo accipiendum sit quod præcedit, *pariter ad hæreditatem vocantur*, nempe non de æqualitate partium hæreditatis, 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 patruis suis ad successionem avi vocentur, *l.* 3. *C. de suis & leg. lib.* Quod autem in specie illic proposita etiam hæreditas in partes æquales dividi debet; ex accidenti est, ubi nepos ex uno filio & alter filius soli concurrunt.

Et ex nepote pronepos proneptisve] Et pari item ratione si sit ex nepote pronepos proneptisve, & ex altero pronepote abnepos vel abneptis, simul vocabuntur. Nam jus repræsentationis intra certum descendentium 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. Schrad. *de feud. part.* 7. *cap.* 5. *n.* 41.

In parentis sui locum succedere] Ratio successionis in 5
stirpes; quæ modo à nobis fuse explicata est. Ait *ex altero filio duo pluresve:* quare &, si unus tantum sit filius, & ex altero filio sex nepotes, ille unus integrum semissem hæreditatis, & 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.* 6. *de suis & legit.*

Item si ex duobus filiis nepotes] Exemplum simpli- 6
cis successionis in stirpes, cum soli sunt nepotes ex diversis filiis: & hoc casu maximè est conspicua vis repræsentationis, 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

tris 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 hæreditatem dividerent, *l.* 2. *C. de ſuis & leg. hæred.* Quare ſic in univerſum rectè definiemus, deſcendentes ex maſculis omnes, qui ſunt diverſarum ſtirpium, quantumvis ejusdem omnes gradus, in ſtirpes, non in capita ſuccedere.

TEXTUS.

Quo tempore ſuitas ſpectatur.

7. *Cum autem quæritur, an quis ſuus hæres exiſtere poſſit, eo tempore quærendum eſt, quo certum eſt aliquem ſine teſtamento deceſſiſſe: quod accidit & deſtituto teſtamento. Hac ratione ſi filius exhæredatus fuerit & extraneus hæres inſtitutus, & filio mortuo poſtea certum fuerit, hæredem inſtitutum ex teſtamento non fieri hæredem, aut quia noluit eſſe heres, aut quia non potuit, nepos avo ſuus hæres exiſtet: quia quo tempore certum eſt inteſtatum deceſſiſſe patremfamilias, ſolus invenitur nepos, & hoc certum eſt.*

NOTÆ.

7. *Deſtituto teſtamento*] Eo quod nemo hæres ex eo extiterit: quæ deſtitutio patremfam. ex eo tempore inteſtatum facit. *l.* 1. *de ſuis & leg.* Extra hunc caſum idem ſemper eſt tempus mortis & delatæ hæreditatis.

Nepos avo ſuus hæres] Nec obſtat, quod filius patri ſuperſtes fuit: quia filio non eſt delata hæreditas, utpote jam mortuo, quo tempore defertur ab inteſtato. *d. l.* 1. §. 8. *de ſuis & leg.* junct. *l.* 39. *de acq. hær.*

COMMENTARIUS.

1. & 3. *Quando quæſtioni propoſitæ locus?*
2. *Plura exempla huc pertinentia.*
4. *Removentur quæ hic objici poſſe videntur.*

ETſi 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, mortisne defuncti tantum, an etiam alias delatæ ab inteſtato hæreditatis? Enimvero hæc quæſtio locum habere non 1
poteſt, cum nullum teſtamentum defunctus fecit, aut non jure fecit: quo caſu palam eſt, tempus mortis à tempore delatæ hæreditatis 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 hæreditatis cum tempore mortis, quo jam nullum erat teſtamentum, concurrat. At locum habet in caſu teſtamenti deſtituti, hoc eſt, cum in irritum conſtituitur teſtamentum, quod jure factum erat, poſt mortem teſtatoris, eo quod hæres ſcriptus ex teſtamento hæreditatem non adierit. Cum enim lex hæreditatem nemini deferat ab inteſtato, quamdiu ea ex teſtamento adiri poteſt, *l. quamdiu.* 39. *de acq. hær.* hic jam tractationi propoſitæ locus fit, utrum cum quæritur, 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 hæreditas ab inteſtato deferri ſeu certum eſſe incipit, defunctum inteſtatum deceſſiſſe, neminemque ei ex teſtamento hæredem fore: quod poſterius placuit, *l.* 1. §. *ſciendum.* 8. *de ſuis & legit. l.* 6. *in pr. verſ. plane. de injuſt. rupt. l.* 7. *unde lib. & hoc text.* Hinc ergo interdum evenit, ut ſuus hæres exiſtat, qui eo tempore, quo is, de cujus hæreditate agitur, deceſſit, ſuus hæres non erat. Quæ res uno exemplo hic declaratur, videlicet ſi paterfam. teſtamento facto deceſſerit, exhæredato filio, ex quo ei nepos erat, & poſt exhæredati mortem contingat inſtitutum hæredem non eſſe: hoc enim caſu nepotem avo ſuum hæredem exiſtere: quo exemplo etiam utitur Ulpian. *d. l.* 1. §. *ſciendum.* 8. *de ſuis & legit.* & Papinian. *d. l.* 7. *unde lib.* Aliud & 2
ſimile habemus apud Theophilum, ſi filius exhæredatus, extraneo ſub conditione inſtituto, pendente conditione deceſſerit, & poſtea defecerit conditio. Ulpianus *d. l.* 1. §. *ſciendum.* 8. 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 & deſtituto teſtamento] Id eſt, cum ex teſtamento nemo hæres extiterit, vel quia hæres inſtitutus hæres eſſe noluit, vel quia non potuit, ut ſtatim ſequitur: quæ deſtitutio ex eo tempore patremfam. tam inteſtatum facit, quam ſi aut nullo facto teſtamento, aut eo, quod factum erat, ante mortem evacuato deceſſiſſet, *ſup. in pr. eod. d. l.* 1. *de ſuis & leg. hær. l.* 1. *de injuſt. rupt. teſt.*

Si filius exhæredatus, & extraneus hæres inſtitutus, & filio mortuo] Ait *exhæredatus*; nam ut valeat te- 3
ſtamentum, quo filius ipſe non inſtituitur, exhæredatum eum nominatim eſſe oportet, *l. propen. de lib. & poſt. ſup. de exhær. lib. in pr.* Ait *filio mortuo*, deliberante fortè hærede inſtituto. *d. l.* 1 §. *ſciendum.* 8. *de ſuis & leg. hær. d. l.* 7. *unde liberi.* Neceſſe 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 exhæredationem non tolli jus familiæ: & rectè, alioqui ipſe nepos prorſus patris locum occuparet, atque ipſo ſtatim jure everteret teſtamentum avi. Vid. noſtra ad §. *non ſolum.* 4. *ſup. de pup. ſub.*

Aut quia 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 existit] Nec obstabit nepoti, quod filius exhæredatus patri suo superstes fuit: quia filio non est delata hæreditas: quæ ratio redditur in *d. l.* 1. §. *sciendum.* 8. *de suis & legit.* 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 dalatam filio hæreditatem, *d. l.* 1. §. *sciendum.* 8. An jure civili hodierno in descendentibus locus sit edicto successorio, difficilis & intricata quæstio est, quæ fuse tractatur à Bart. Bald. Salic. Castr. *in l.* 3. *C. unde liberi.* 4

TEXTUS.

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 attigit. 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.*

COMMENTARIUS.

1. *Species, & cur in ea filius non obstet nepoti, aut nepos non rumpat?*
2. *Conceptum & natum post mortem avi huc non pertinere, & quare?*
3. *De adoptato à filio emancipato.*
4. *Amplius de concepto & nato post mortem avi.*

1 *POST mortem avi natus, tamen vivo conceptus*] Aliud exemplum ad præcedentem tractationem pertinens, & quandam continens ampliationem; nempe si quis filio exhæredato 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 & legit.* placet hunc nepotem, licet natum post avi mortem, non minus quam si ante natus fuisset, avo suo ab intestato hæredem fore: neque magis obstare 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 postumus 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 §. *prec.* nepotem avo suo hæredem existere posse, qui tempore mortis suus non erat, modo solus inveniatur tempore destituti testamenti, 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.* 8. *de suis & legit.* 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 attigit. 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. 2

Quem filius emancipatus adoptavit] Quem filius meus emancipatus adoptavit, nepos meus non est, *l.* 26. *de adopt.* ratio perspicua est, quia per emancipationem filius agnatus esse desiit; & ita jus constitutum est, ut adoptati his tantum, 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 qualiquali similitudine illustrare voluisse, quod dixerat de nepote concepto post mortem avi. 3

Cum non sint sui] Vocem *suus* delendam esse Contius & Hotomannus existimant, propterea quod ante 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 posset? 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 succedant 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 petere 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 eum vocat ad hæreditatem, qui moriente eo, de cujus 4

jus

jus 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 injust. rupt. 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 facto, & nemine eum tunc præcedente, 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 abusionem, vel potius ἀναφορικῶς accidere. *l. 8. de suis & leg. hær.* 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 Joan. 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. thes. 1.* D. Tulden. *in tit. C. de suis & legit. n. 4. & d. c. 4. ad hunc tit.* ubi tamen fatendum esse ait, propositio Justiniani, qui omnia in hac successione ad simplicitatem naturæ 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. tut.* VINN. Potest tamen nepos, etiam post avi mortem conceptus & editus bonorum possessionem contra tabulas liberti aviti petere, quia licet non sit avo agnatus: est tamen liberti aviti patronus, eoque jure ad hujus successionem vocatur. *l. 47. §. pen. ff. de bon. libert.* Vid. Balduin. & Giphan. *ad h. §.* HEIN.

TEXTUS.

De liberis emancipatis.

9. *Emancipati autem liberi jure civili nihil juris habent: neque enim sui hæredes sunt, qui in potestate morientis esse desierunt, neque ullo alio jure per legem duodecim tabularum vocantur. Sed prætor naturali æquitate 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, beneficio 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. l. 7. de cap. min.*

Prætor naturali æquitate motus] Quia nihilominus liberi manent, naturæ vinculum & jus sanguinis, *l. 4. unde lib.* & maximè, 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?*

LIberis 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 desierunt, nec agnati, propter mutationem familiæ: vetus legitima hæreditas, quæ lege 12. tabularum suis duntaxat hæredibus, & post hos agnatis defertur, ad eos non pertinet, *l. 11. de suis & legit. l. 1. §. capitis. 8. ad sen. Tertyll. l. 7. de cap. minut.* 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 defert 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 instituì, vel exhæredari, data præteritis bonorum possessione contra tabulas. *§. emancipatos. 3. sup. de exhær. lib.*

Neque ullo alio jure] Lex duodecim tabb. ad legitimam hæreditatem vocabat alios jure suitatis, 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 tabb.* legendum existimat *præter legem*, &c.

Bonorum possessionem unde liberi] *l. 4. & passim. si tab. test. null. ext. unde liberi. §. 1. inf. de bon. poss.* Cæterum si quæ propria habent, his, qui in potestate manserunt, conferre debent. *l. 20. §. 1. contr. tab. l. 9. l. 18. C. de collat.* Ulp. *lib. 2. instit. apud* Rufin. *tit. de legit. succes. Unde liberi* autem dicimus præcisè, pro, ex ea parte edicti, unde liberi vocantur, quod in cæteris quoque bonorum possessionibus usuvenit. Sic dicitur bonorum possessio unde legitimi, item unde co-

gnati, & unde vir & uxor, *d.* §. 1. *& seq. inf. de bon. poss.*

In partem admittitur] Dimidiam scilicet: εἰς τὸ ἥμισυ. Theoph. Nam emancipati apud prætorem sunt loco suorum hæredum, *tit. seq. in pr. d.* §. 1. *de bon. poss.* & expresse scribit Justinianus *l. ult.* §. 1. *C. de legit. hær.* 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. *Cur ad bonorum possessionem unde liberi non vocentur, qui à patre emancipati se adrogandos dederunt?*
2. *Cur 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 liberi, 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 quæritur: 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 1
hoc solum propositum fuit, ut succurreret emancipatis, qua tales sunt, idque ratione quadam commiserationis, quæ in iis cessat, qui se dederunt in adrogationem, aliumque sibi patrem quæsiverunt, 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, & adopta- 2
ti 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 destituerentur, atque excluderentur & à patris naturalis successione & 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 Tertyll.* 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 rit. nupt.*

Post mortem patris naturalis] In bonis patris adoptivi nihil juris habent, sive 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

nem ab inteſtato veniant, liberine, an agnati: quippe qui facere poſſet, ut ſuccederet agnatus proximus non emancipando, ut non ſuccederet, emancipando; atque ita jus hæreditatis ex alieno penderet arbitrio; quod regulæ juris non admittunt. *l. illa inſtitutio.* 32. *de hær. inſt.* Sed longius iſta αἰτιολογία petita eſt. Commodius hæc afferri poterat, ne jam delata aut quæſita 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 deſinunt ſui hæredes eſſe, poſſunt deſinere filii filiæve, nepotes nepteſve eſſe. Adoptivi vero emancipati extraneorum loco incipiunt eſſe: quia jus nomenque filii filiæve, quod per adoptionem conſecuti ſunt, alia civili ratione, id eſt, emancipatione, perdunt.*

COMMENTARIUS.

HIc locus continet antitheſin liberorum emancipatorum naturalium & adoptivorum, cujus explicatio petenda ex iis, quæ dicta ſunt ſub §§. *præc.* 9. & 10. Summa hæc eſt: liberos naturales emancipatos jus liberorum & ſucceſſionis ab inteſtato, quod amittunt jure civili, retinere jure prætorio: emancipatos vero ex adoptione nec à prætore liberorum numero haberi, ullove modo vocari ad ſucceſſionem quondam adoptivi patris. Ratio, quia illi, etſi ſui hæredes eſſe deſinunt, quod nomen civile eſt, non tamen deſinunt 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. tut.* & §. *pen. de cap. dem.*

TEXTUS.

De bonorum poſſeſſione contra Tabulas.

12. *Eadem hæc obſervantur & in ea bonorum poſſeſſione, quam contra tabulas teſtamenti parentis liberis præteritis, id eſt, neque hæredibus inſtitutis, neque, ut oportet, exhæredatis, 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 liberos emancipatos ab adoptivo patre, ſicut nec ab inteſtato, ita longe minus contra tabulas teſtamenti, ad bona ejus admittit: quia deſinunt in numero liberorum ejus eſſe.*

NOTÆ.

12. *Et in ea bon. poſſeſſione*] Non ſolum ſc. in cauſa ſucceſſionis 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 admittit ad bonorum poſſeſſionem contra tabulas, quam ab inteſtato.*

PRætor non tantum in cauſa ſucceſſionis 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 exhæredatis] Non enim quævis exhæredatio ſummovet liberos 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 exhær. lib.* Incautè D. Tuldenus *inf. tit. de bon. poſſ. c.* 5. pro *non rectè* aut *vitioſe*, dixit, *inique.* Nam qui dicunt *inique* ſe exhæredatos, certum eſt, iis nullum remedium ſupereſſe, præter querelam inofficioſi teſtamenti. Eodem autem modo, quo jure civili teſtamento facto liberi ſui hæredes inſtituendi ſunt, aut exhæredandi, filii ſcilicet nominatim, filiæ & nepotes ſaltem inter cæteros, voluit prætor inſtitui aut exhæredari etiam emancipatos, eoque neglecto decernit eis bonorum poſſeſſionem cora tabulas teſtamenti. §. *emancipatos.* 3. *ſup. de exhær. 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 exhæredati aliud remedium non ha-

habebant: eadem tamen & in poteſtate conſtitutis ſive ſuis hæredibus propoſita, ſi neque inſtituti neque exhæredati 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 hoc 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 detur 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.*] Ἀναπόδοτος 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, reſervet jus ſuccedendi ab inteſtato: tamen teſtamento facto præteritos aut exhæredatos 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, ſi neque ſui hæredes liberi, neque emancipati obſtent, neque agnatus quidem ullus interveniat. Ante enim prætor liberos vocat tam ſuos hæredes, quam emancipatos, deinde legitimos hæredes, tertio proximos cognatos.*

NOTÆ.

13. *Ea parte edicti, qua liberi*] Neque ex capite altero *unde legitimi.* Illud, quia alium patrem jure civili habent: hoc, quia deſierunt eſſe adgnati.

Qua cognati] Etenim naturale jus cognationis fortius eſt, quam ut per actum civilem adoptionis perimi poſſit, *l. 1. §. 4. unde cogn. §. ult. ſup. de leg. agn. tut.*

Neque adgnatus ullus] Nam prætor totum adgnatorum ordinem cognatis antepoſuit. *l. 1. quis ord. in bon. poſſ. inf. de ſucceſſ. cogn. in pr.* Hodie autem liberi, de quibus hîc agitur, non cognatis tantum, ſed agnatis etiam omnibus præferuntur, ſublato ſc. adgnationis & cognationis 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 quæſtionis uſum.*

DEclarat hic Imperator, quomodo accipiendum ſit, quod dictum eſt, liberos, qui emancipati à patre naturali ſe in adoptionem dederunt, & adhuc, cùm 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 etſi jus & nomen liberorum per adoptionem amittunt; & agnati quoque eſſe deſinunt; cognationis 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 verò 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 & cognationis 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] Minimè 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 diſſeruimus *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 jure civili, quo agnati ſoli vocantur, cognatis inſuper habitis.

Ante

Ante enim prætor liberos, &c.] Hi ſunt tres illi gradus ſucceſſionum ab inteſtato, aut potius ordines ſuccedendi, quos prætorem feciſſe legimus. Primus ordo eſt liberorum ſive ſui hæredes ſint, ſive emancipati. Secundus legitimorum: nam ſtatim poſt liberos ad bonorum poſſeſſionem admittit agnatos. Tertius cognatorum: quos jure civili in totum excluſos vocat, deficientibus adgnatis. *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, quæ à patribus ſuis naturalibus in adoptionem aliis dantur. Invenimus etenim nonnullos caſus, in quibus filii & naturalium ſucceſſionem propter adoptionem amittebant, & adoptione facile per emancipationem ſoluta, ad neutrius patris ſucceſſionem vocabantur. Hoc, ſolito more, corrigentes, conſtitutionem ſcripſimus, per quam definimus, 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 prætorio, ex hæreditate ejus aliquid perſequi poteſt, neque contra tabulas bonorum poſſeſſione agnita, neque inofficioſi querela inſtituta; cum nec neceſſitas patri adoptivo imponatur, vel hæredem eum inſtituere, vel exhæredem 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 tali adoptioni ſervamus: quemadmodum ſi paterfamilias ſeſe dederit adrogandum; quæ ſpecialiter & ſingulatim ex præfatæ conſtitutionis tenore poſſunt colligi.*

NOTÆ.

14. *Noſtra conſtitutione*] *l. pen. C. de adopt.* cujus. frequens in his libris mentio, §. 2. *ſup. de adopt.* §. 8. *quib. mod. jus pat. pot.* §. 5. *ſup. de exh. lib.* §. 1. *ſup. quib. mod. teſt. 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 familiæ 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 nullum dicendi, aut evertendi per bonorum poſſeſſionem contra tabulas, aut querelam inofficioſi.

Ex tribus maribus] Ita quoque legitur in *d. l. pen.* §. 3. *C. de adopt.* & apud Theoph. Qui lectionem immutant, corrumpunt, non corrigunt locum, add. Cujac. in *l. ult. C. de decur.*

COMMENTARIUS.

1. *Quæ mutatio quam ob cauſam circa ſucceſſionem adoptivorum facta à Juſtiniano?*
2. *Notatur Bachovii oſcitatio.*
3. *Collectiones Triboniani minime neceſſariæ.*
4. *Sabiniano Senatuſconſulto quid cautum?*
5. *Diſputationem de ſucceſſione adoptivorum hodie inutilem eſſe.*

HOc §. refertur & inculcatur jus novum, quod à Juſtiniano circa liberos adoptivos introductum eſt, *l. pen. C. de adopt.* & de quo actum *ſup. de adopt.* §. 2. Summa huc redit. Jus vetus ita fuit, ut non tantum qui adrogabantur, in poteſtatem & familiam patris adoptivi tranſirent: verum etiam qui filiifam. 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 nonnihil, propter incommodum, 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 tranſiret in poteſtatem & familiam hujus patris adoptivi, ſed jus parentis naturalis ſalvum maneret, retineretque filius in illius familia nomen & jus ſui hæredis: & porro, quod huic conſequens erat, ut impune à patre adoptivo teſtamento facto præteriri aut exhæredari poſſet. Hoc uno tamen ei conceſſo, ut ab inteſtato huic patri ſuccedat. Si vero datus ſit perſonæ non extraneæ, ſed avo materno puta, aut nepos poſt emancipationem patris conceptus & editus avo etiam paterno, jus vetus integrum reliquit ſine ulla innovatione.

Quia invenimus nonnullos caſus] Uſus videtur pluralitivo pro ſingulari. Nam unus duntaxat caſus reperitur, quo in adoptionem extraneo dati & patris naturalis & adoptivi hæreditate excidere poterant, videli-

delicet si post mortem patris naturalis ex adoptione essent emancipati: cujus etiam solius mentio in *d. l. pen.*

Ut possit ab intestato] Et quidem jure sui hæredis: hoc enim jus diserte hactenus 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 hæreditatem 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 legiti-
2 ma 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 adoptatum tantum cum liberis ab uno latere conjunctis; quia cum utrinque conjuncti excludant consanguineos & uterinos, multo magis adoptatum 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. Utut sit, aut alienum est, quod Bachovius monet, aut fallitur.

Neque jure civili neque jure prætorio] Olim liberi adoptivi omnes, quia transibant in familiam patris adoptivi, quamdiu in eadem conditione manebant, non minus quam justis nuptiis quæsiti, hæredes instituti aut exhæredari debebant: præteriti & jure civili testamentum nullum dicere poterant, & jure prætorio contra tabulas bonorum possessionem petere; exhæredatis patebat querela inofficiosi testamenti, §. 4. *sup. de exhar. lib. l.* 1. *in pr. cont. tab.* §. 2. *sup. de inoff. test.* quod Justiniani lege mutatum in adoptatis ab extraneo, velut consequens ei, quod voluit, eos non transire in adoptivi patris potestatem. Ergo ex d. constitutione impune hi præteriri vel exhæredari possunt, nulloque remedio, sive civili sive 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 patriæ potestatis intelligi debet, sed de jure succedendi ab intestato; quod solum apud patrem adoptivum habebat.

Cum nec necessitas imponatur patri adoptivo] Non sa-
3 tis bona collectio; Non est necesse hunc hæredem instituere vel exhæredem facere: ergo nullo remedio contra testamentum uti potest. Nam nec mater nec avus maternus liberos, nec liberi parentes necesse habent hæredes instituere aut exhæredare, qui tamen præteriti aut exhæredati testamentum per querelam inofficiosi impugnant. Sic nec illa consecutio necessaria est: Non est mihi naturali vinculo copulatus; ergo non est necesse eum hæredem instituere, &c. quasi solo vinculo civili nemo adstringatur ad aliquem hæredem instituendum, &c. quæ tamen vis adhuc hodie est adrogationis, ut in *fin. hujus* §.

Ex Sabiniano Senatusconsulto ex tribus maribus] Quo 4
Senatusconsulto quantum ex hoc loco conjicere est, cautum fuit, ut qui unum è tribus alterius liberis maribus adoptasset, quartam partem ei bonorum suorum relinquere cogeretur, 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 πολυπαιδίας. 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 manibus*, ut Alciat. 4. *parerg.* 3. *tribus mancipationibus*, ut Rævard. *c.* 6. *de auct. prud.* add. Cujac. *in d. l. ult. C. de decur.* Gothofr. *ad d. l. pen.* §. 3. *C. de adopt.*

Pristina jura tali adoptioni servamus] Propterea quod 5
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 exolevit: 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 fit inutilis: videsis quæ *sup. tit. de adopt.*

TEXTUS.

De descendentibus 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 connumerans, post agnatorum lineam eos vocabat, tam in avi vel proavi materni, quam in aviæ vel proaviæ, sive paternæ sive maternæ 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, quàm qui ex fœminis descendunt, ideo eundem gradum & ordinem successionis eis donaverunt. Sed ut amplius aliquid sit eis, qui non solum naturæ, sed etiam veteris juris suffragiis muniun-*

niuntur; portionem nepotum vel neptum, vel deinceps, (de quibus ſupra diximus) paulo minuendam eſſe exiſtimaverunt; ut minus tertia parte acciperent, quam mater eorum, vel avia, fuerat acceptura, vel pater eorum vel avus paternus ſive maternus, quando fœmina mortua ſit, cujus de hæreditate agitur: iiſque licet ſoli ſint, adeuntibus, agnatos minimè 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 aviæ eos cum jam deſignata partis tertiæ 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: & ſanximus talibus nepotibus ex filia, vel pronepotibus ex nepte: vel deinceps ſuperſtitibus, adgnatos 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 inter filios & nepotes ex filio antiquitas ſtatuit, non in capita, ſed in ſtirpes dividi hæreditatem, 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, aviæ vel avi portionem ſine ulla deminutione conſequatur: ut ſi fortè unus vel duo ex una parte, ex altera tres aut quatuor extent; unus aut duo dimidiam, alteri tres aut quatuor alteram dimidiam hæreditatis 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 adgnatorum.

Quam mater eorum] Ex. ca. Titius deceſſit relicto filio, & ex filia præmortua nepote: hic filius, quia juvatur prærogativa legis 12. tabb. aut ſi emancipatus eſt, ſuffragatione juris prætorii, beſſem hæreditatis ex d. conſtitutione feret, nepos trientem reliquum, id eſt, tertia parte minus, quam mater latura fuiſſet.

Vel avia] Hic ponendum thema, quo quæritur, de hæreditate proavi materni inter filium & pronepotem natum ex nepte prognata ex filio aut filia.

Vel pater eorum] Adde *vel mater.* v.c. Titia deceſſit relicto filio aut filia, & nepote nepteve ex filio filiave demortuis. Hîc quia filio aut filiæ ſuffragatur SC. Orficianum *inf. tit.* 4. *pr. & §.* 1. nepos neptiſve ex d. conſtitutione non aliter admittuntur, quam cum deminutione tertiæ partis.

Quartam partem ſubſtantiæ] Hanc quartam adgnati ſibi vindicabant, nepotibus ex filia ſolis exiſtentibus, non quando concurrebant cum munitis ſuffragio juris veteris: memorati Principes quandam Falcidiam vocant.

Sed in ſtirpes] Ut in locum patentum veniant, ſuccedantque ad inſtar nepotum & pronepotum ex virili ſexu.

Sine ulla deminutione] Quartæ ſcil. adgnatorum, quando non concurrunt liberi primi gradus aut nepotes ex ſexu virili: nam tertiæ deductionem 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 ſucceſſionem inteſtati vocentur?*
2. *Juris veteris derogatio qua ratione, & an ſufficienti nitatur?*
3. *Planius & plenius, quam vulgo, explicatur quatenus per* l. 4. C. Theodoſ. de legit. hæred. *veteri juri derogatum.*
4. *Quid inſuper detractum, quid adjectum conſtitutione Juſtiniani* l. ult. C. de ſuis & leg. lib.
5. *Cantiunculæ & Mynſingeri error.*

HÆC pars eſt hujus tituli poſtrema, in qua primum repetuntur ex vetuſto jure differentiæ circa ſucceſſionem deſcendentium ex maſculis & fœminis: deinde oſtenditur, quantum his differentiis detractum & de antiquo jure derogatum ſit conſtitutione recentiorum principum, & poſtremo Juſtiniani. Locus & 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 hæreditatem ab inteſtato vocaſſe tam natos ex filiabus, quam ex filiis, totumque illud diſcrimen, quod hic refertur, adſcribunt mediæ juriſprudentiæ, inter quos Mynſ. Cantiunc. & Giphanius. Etenim palam eſt, lege duodecim tabb. ex deſcendentibus eos ſolos ad hæreditatem vocari, qui ſunt ſui hæredes, atque his deficientibus,

ex tranſverſa linea ſolos agnatos: eos vero qui tantum cognati eſſent, jus ſucceſſionis ab inteſtato nullum ex ea lege habuiſſe. Nimirum Decemviri, ut dignitati & propagationi familiarum conſulerent, ad eos ſolum ſucceſſionem pertinere voluerunt, qui eſſent ejuſdem gentis & familiæ. Quare cum nepotes ex filia non ſint ſui hæredes avo materno, ſed patri, in cujus ſunt poteſtate; & fœmina non ſuam aut patris, ſed alienam, in quam nubit, familiam propaget; *l.* 195. §. *ult. de verb. ſign.* non poterant hi nepotes ad ſucceſſionem 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: hoſce autem nepotes, & cæteros ex ſexu muliebri demum poſt lineam agnatorum, in tertio ſcilicet ordine, qui cognatorum eſt.

Quam avia vel proavia ſive paterna ſive materna] In aviæ aut proaviæ paternæ ſucceſſione nihil plus juris nepotes aut pronepotes ex lege 12. tabb. habent, quam habent in ſucceſſione avi proavive, aviæ, proaviæve maternorum: non enim magis aviæ aut proaviæ paternæ ſui hæredes aut agnati ſunt, quam avo aut proavo materno, &c. cum nec filius matri ſit, ob eamque cauſam nec ipſe matri ex lege ſuccedat; nec à prætore in primo ordine vocetur. Filii tamen aut filiæ mentionem non facit: quia his matris legitima hæreditas pridem delata fuerat Senatusconſulto Orficiano, non aviæ nepotibus, *inf. tit.* 4. & ideo rectè ait, nepotes pronepotesve ataviæ & proaviæ ſucceſſionem 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. hær.* quam parte aliqua mutilatum in Codicem
2 ſuum retulit Juſtinianus *l.* 9. *C. de ſuis & leg. lib.* Juſtitia derogationis duplici ratione commendatur. 1. quia inæqualitas illa juris inter deſcendentes ex maſculis & fœminis injurioſa in ipſam naturam; quomodo alibi naturæ accuſatores appellat, qui differentiam inducunt inter maſculos & fœminas, *l.* 4. *C. de lib. prat.* 2. quia nomen nepotum & pronepotum omnibus commune, & tam iis, qui ex fœminis, quam qui ex maribus progeniti ſunt, conveniens. Quarum tamen rationum, ſi liberè dicendum 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 proſpicere, ut ne familiæ ſplendor ac dignitas minuatur aut pereat; ſed conſentaneum etiam juri gentium legibuſque plurimarum bene ordinatarum civitatum, dare operam, ut ſartæ tectæ familiæ conſerventur; non poteſt à ratione naturali alienum videri, ſi maſculi potius atque ex maſculis deſcendentes, propagatores & columnæ familiarum, quam fœminæ, in quibus familiæ intereunt, ad hæreditatem vocentur: quod & ipſum diligenter cautum reperitur legibus Moſaicis. *Num.* 27. 8. Vid. Philon. *de vit. Moſ.* 3. Hinc jam ſponte intelligitur, quam ſiculneum 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.

Eundem ordinem & gradum ſucceſſionis] Donaverunt 3
Imperatores eundem gradum ſucceſſionis nepotibus & pronepotibus, de quibus hic ſermo eſt, quem habent illi, qui ſuccedunt ex lege duodecim tabularum, & qui vocantur à prætore: hoc eſt; voluerunt ex fœminis prognatos non minus jus liberorum & ſucceſſionis 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 percipiantur, ut concurrant etiam cum liberis primi gradus, patruis ſcilicet & avunculis ſuis, in ſucceſſione aviæ, 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 muniuntur] 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 tertia parte] Quamvis prædicti Principes nepotes nepteſque ex ſexu fœmineo deſcendentes cum his, à quibus jure veteri in totum excludebantur, ad ſucceſſionem 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 reverentiæ juris veteris fuit.

Quam mater eorum vel avia] Caſus pertinens ad ſucceſſionem adſcendentium marium, cum defunctus deſcendentibus unis pater, avuſque aut proavus paternus, aliis avus proavuſque maternus eſt: de fœminarum adſcendentium ſucceſſione mox ſubjicitur. Cum igitur de ſucceſſione avi materni quæritur inter filium ſuperſtitem & ex filia demortua nepotes, hic filius, quia juvatur prærogativa legis duodecim tabb. aut ſi emancipatus eſt, ſuffragio juris prætorii, beſſem hæreditatis ex d. conſtitutione feret, nepotes trientem reliquum, id eſt, hi tertia parte minus ferunt, quam mater ſuperſtes latura 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 acceſſione detracti ſextantis beſſem efficit. Similiter quando quæritur de hæreditate proavi materni inter filium & pronepotem natum ex nepte prognata ex filio aut filia, filius favore juris veteris altero tanto amplius habebit, quam hi pronepotes, qui

pro

pro ſemiſſe, in quem avia eorum vocata fuiſſet, trientem tantum accipiunt, id eſt, tertia parte minus. Nihil autem in ſucceſſione 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 ſequiore, remotiores, an propiores. Nam etſi ex filio tantum nepos ſit aut pronepos ex nepote ex filio nato, ſive ſuus ſive emancipatus, & ex adverſo nepos ex filia: illi nihilominus propter ſuffragationem juris veteris beſſem totius hæreditatis auferent, hic non amplius triente.

Pater eorum, vel avus paternus ſive maternus, quando fœmina mortua] Hic apparet, plus ſenſiſſe Juſtinianum, quam hactenus ſcripſit. Nihil enim huc uſque traditum eſt, quo id quod hic proponitur, referri poſſe videtur. Nam initio locutus eſt tantum de deſcendentibus ex maſculis, quos ſolos dixit à veteribus ut liberos ad hæreditatem vocatos fuiſſe, inſuper habitis iis, qui ex fœmineo ſexu deſcenderent. Deinde ait, hos cum illis admiſſos fuiſſe à Divis Principibus, cum deminutione tamen tertiæ 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 detractione, excluſis in totum defunctæ agnatis. At vocantur liberi duntaxat primi gradus, filii ſc. & filiæ: nepotes & deinceps ad ſucceſſionem aviæ non vocantur, *tit. 4. inf. in pr. & §. 1.* ſed hi demum cum iſtis admiſſi ſunt eadem illa conſtitutione, cujus jam ſæpe facta mentio: admiſſi vero cum deminutione item tertiæ partis, propterea quod filii & filiæ juris quoque veteris ſuffragio muniti erant, id eſt, Senatuſconſulto Orficiano.

Pater eorum] Supple, vel mater. Caſus enim eſt, in quo agitur de hæreditate fœminæ defunctæ dividenda inter liberos primi & ſecundi gradus. Pone igitur, hinc eſſe filium filiamve, illinc nepotem neptemve ex filio filiave demortuis. Senatuſconſultum Orficianum hæreditatem ex aſſe attribuit ſoli filio aut filiæ, nepoti neptive nihil. Ex nova vero conſtitutione etiam nepos & neptis ad aviæ ſucceſſionem vocantur, & ſimul cum filio filiave; ita tamen, ut pati debeant tertiam ſibi detrahi de parte, quam integram pater eorum vel mater ſuperſtites habituri fuiſſent in materna hæreditate ex Senatuſconſulto.

Vel avus paternus ſive maternus] Caſus quo quæritur de ſucceſſione fœminæ defunctæ inter liberos primi gradus & pronepotes pronepteſve, qui tertio gradu ſunt: ſupplendum igitur, *vel avia paterna ſive materna:* nam hæ quoque ſuperſtites 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 proaviæ repelluntur Senatuſconſulto. A Principibus autem una cum filio aut filia admittuntur: cæterum cum deminutione illa, quam diximus, partis avitæ: quod datum honori Senatus; ut ſc. tertia minus conſequantur, quam habituri fuiſſent avi aviæve, 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 aviæ, hos ad proaviæ hæreditatem ex principali diſpoſitione admittendos eſſe: quia cum nepotes in ſucceſſione aviæ non magis jus liberorum ante conſtitutionem habuerint, quam pronepotes in ſucceſſione proaviæ, ſive legem antiquam conſideres, ſive edictum prætoris, ſive denique Senatuſconſultum Orficianum, non poſſunt illi majorem ſibi portionem vindicare, partemve aliquam detrahere pronepotibus ob juris ullius antiquioris ſuffragium, quo nomine tantum detractio illa à Principibus permiſſa eſt.

Licet ſoli ſint, adeuntibus, 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. Liquet enim ex conſtitutione, ut ea integra extat in Codice Theod. *l. 4. de legit. har.* 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 avia aut proavia ſoli reperiuntur liberi ſecundi aut inferioris gradus: ſed agnatos cum his nepotibus & deinceps admitti in quadrantem hæreditatis. Hoc enim eſt, quod in d. conſtitutione legimus, agnatos in caſibus propoſitis in quandam Falcidiam, nepotes in dodrantem ſuccedere. Cæterum hæc pars d. conſtitutioni detracta eſt à Triboniano inſerente eam Codici Juſtinianeo, *l. 9. C. de ſuis & legit.* propter *l. ult. C. eod.* qua quarta illa adempta agnati in totum repelluntur, ut poſtea iterum dicetur.

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 filiis aut filiabus ſuccedant: ita ex diſpoſitione principali, mortua filia, nepotes & pronepotes ex ea vocari ad ſucceſſionem avi vel proavi materni, & vocari in locum matris ſuæ aut aviæ 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 aviæ aut proaviæ ſive paternæ ſive maternæ, & ſimul etiam cum liberis primi gradus: ſed & in hoc & in ſuperiore concurſu detractionem tertiæ partis, quam diximus, pati.

4 *Cum adhuc dubitatio maneret inter adgnatos, &c.*] Sequitur juris antiqui altera derogatio, & augmentum juris, quod deſcendentibus ex ſexu muliebri acceſſit conſtitutione Juſtiniani *l. ult. C. de ſuis & legit. lib.* Ait, *cum adhuc dubitatio &c.* non quod jus dubium fuit; quippe cautum expreſſè *l. 4. C. Theod. de legit. hær.* Sed hoc vult dicere, cum adhuc agnati ex ejuſdem conſtitutionis auctoritate (ſic legendum, non *cujuſdam*) quæ eſt *d. l. 4.* nepotibus ex fœminis ſolis exiſtentibus (nam cum concurrebant 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 & legit. lib.* atque ob eam cauſam noluiſſe conſtitutionem prædictam ſuo Codici inſeri, id eſt, noluiſſe inſeri integram: nam utique detracta illa clauſula, qua agnati in quadrantem vocabantur, inſerta eſt. Confer *d. l. 4. C. Theod. de legit. hær.* cum *l. 9. C. Juſtin. de ſuis & legit. lib.* Quartam igitur agnatorum tantum ſuſtulit, deductionem tertiæ reliquit.

Ne hi, qui ex tranſverſa linea veniunt, potiores] Rectius dixiſſet, ne qui ex tranſverſa linea veniunt, una cum iis, qui recta ex nobis deſcendunt, ad ſucceſſionem admittantur, vel in partem aliquam duntaxat. Quanquam 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 nepoteve 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 aliis deſcendentibus ex virili ſexu concurrant, cum deminutione tertiæ 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 excludent, quamvis hactenus nihil amplius dictum: ſed etiam cum fœmina mortua proponitur, avia vel proavia ſive paternæ ſive maternæ, & in hac item ſucceſſione nepotes aut pronepotes eodem modo hæreditatem divident, ſalvo liberis primi gradus, ſi cum his concurrant, jure deducendæ tertiæ partis.

Sine ulla deminutione] Hæc ita ſcripta ſunt, ut non 5
ſine cauſa exiſtimare quis poſſit, etiam liberis primi gradus & nepotibus ex ſexu virili denegari tertiæ deductionem, quod etiam Cantiuncula & 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 quadrantem vocantur agnati cum poſteris ex ſexu fœmineo, non concurrentibus 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 & legit. 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.*

TITULUS SECUNDUS.

DE LEGITIMA ADGNATORUM SUCCESSIONE.

Dig. Lib. 38. Tit. 16. C. Lib. 6. Tit. 58.

Continuatio, & argumentum tituli.

HUcuſque de primo ordine ſuccedentium ab inteſtato, in quo ſunt deſcendentes ſive liberi, ex lege duodecim tabularum ſoli ſui hæredes, §. 1. *tit. præc.* ex jure prætorio etiam emancipati, §. 9. *eod.* ex conſtitutionibus nepotes quoque & pronepotes ex ſexu fœmineo, de quibus in §. *ult. eod.* Sequitur ordo ſecundus, qui agnatorum fuit: inſiſtit enim Imperator veſtigiis legis duodecim, qua nemo ex adſcendentibus 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 caſtr. pecul.* ſin emancipatus, pater huic & ille patri, ratione familiæ extraneus erat. Sed nec prætor patrem qua patrem, vocabat ante ordinem cognatorum, *l. 10. de ſuis & legit.* Ajo, 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.

TEXTUS.

Secundus ordo hæredum legitimorum.

Si nemo ſuus hæres, vel eorum, quos inter ſuos

ſuos hæredes prætor vel conſtitutiones vocant, exiſtat, qui ſucceſſionem quoquo modo amplectatur, tunc ex lege duodecim tabularum ad agnatum proximum pertinet hæreditas.

NOTÆ.

Quos prætor vel conſtitutiones] Scil. liberos emancipatos, & nepotes ex ſexu fœmineo, quorum illos prætor, hos conſtitutiones vocant. §. 9. *& ult. tit. præc.*

COMMENTARIUS.

Exiſtat] 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 legit. fac. l. 2. in pr. de ſuis & legit.* Ulp. *tit.* 26. §. 2.

Tunc ex lege duodecim tab. ad agnatum proximum] Dictum hoc paullo 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 eo gradum in familia obtinebant; atque his non extantibus, ſtatim 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 quæritur: in ſecundo agnatum eſſe non ſufficit: ſed proximitatis ſive graduum ratio habetur ex verbis ipſis legis duodecim. §. 5. *inf. hoc tit. l. 2.* §. 4. *de ſuis & legit.* In duodecim: *adgnatus proximus, familiam habeto.*

TEXTUS.

De agnatis naturalibus.

1. *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 patrueles, id eſt, qui ex duobus fratribus procreati ſunt, qui etiam conſobrini vocantur. Qua ratione etiam ad plures gradus adgnationis pervenire poterimus. Ii etiam qui poſt mortem patris naſcuntur, jura conſanguinitatis nanciſcuntur. Non tamen omnibus ſimul adgnatis dat lex hæreditatem: ſed iis, qui tunc proximiore gradu ſunt, cum certum eſſe cœperit, aliquem inteſtatum deceſſiſſe.*

NOTÆ.

1. *Libro primo*] *Sup. tit. de legit. agn. tut. in pr.*

Per virilis ſexus perſon. conjuncti] Supple, *nec capite 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 ὁμοπατρίους *l. 2. pr. de ſuis & leg.*

COMMENTARIUS.

1. *Modeſtini locus in* l. 5. unde legit. *expoſitus.*
2. *Quot modis nomen agnatorum uſurpetur?*
3. *Qui noſtris conſanguinei: & unde ſic appellentur?*
4. *Prærogativa conſanguinitatis ſublata.*

Cognati per virilis ſexus perſonas] Eodem modo deſcribit adgnatos *lib. 1. tit. de leg. agn. tut. & 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 fœminei ſexus perſonas conjunguntur, *d. l. ult.* §. 2. vel capitis deminutione jura adgnationis amiſerunt: quippe ad quos ſpeciali & proprio deſignandos diſcernendoſque ab agnatis neceſſe fuit, nomen generale atque utriſque commune coarctare & quaſi proprium facere ejus ſpeciei, quæ aliud nomen proprium non invenit: quod in aliis quoque nominibus ſæpè uſuvenit, ut notavimus *ſup. de adopt.* §. 1. eaque ſignificatio frequentiſſima & in hoc argumento fere perpetua eſt. Alio autem ſenſu dixit 1
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: ſiquidem, ut Porphyrius *cap.* 4. ſcribit, Ἀδελφοὶ ἐστιν ἡ ἀδελφότης τὸ εἶδος καὶ γένος, & ibid. Γένει δυνάμει μὲν πάσας ἔχει τὰς ὑφ' αὑτὸ ἀδελφάς, ἐνεργείᾳ δὲ διαιρεῖται. Ad- 2
gnatorum 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 præſenti tit. Sed & ex his quidam nacti ſunt nomen ſpeciale, vocatique 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. VINN. Addenda & illa ſignificatio, qua *agnati* diſtinguuntur à *gentilibus*, quos poſt agnatos tertio loco admittebant XII. tabulæ. Ulp. *apud Pariat. LL. Moſ. & Rom. tit.* 16. §. 4. Succedebat erga primo domus,

dein familia, poſtremo gens. *Agnati* ergo ſunt, quotquot ex eadem familia: *gentiles*, qui ex eadem gente ſunt, vel, ut Cicero *in Top. cap.* 6. definit, *qui ab ingenuis oriundi ſunt, quorum majorum nemo ſervitutem ſervivit, qui capite non ſunt deminuti.* Sic e. g. gentis Domitiæ duæ erant familiæ, Calvinorum & Ahenobarborum. Omnes Calvini, itemque omnes Ahenobarbi inter ſe erant agnati, omnes Domitii, ex utraque familia gentiles, modo eſſent ingenui, nec capitis deminutionem paſſi. Unde *gentiles* erant ejuſdem *nominis*, ut eſt apud Feſtum in voce *Gentilis: agnati* ejuſdem cognominis. Sed gentilitatis jura jam Ulpiani temporibus, non amplius in uſu erant. *Pariat. LL. Moſ. & Rom. ibid.* HEIN.

3 *Qui & conſanguinei vocantur*] Fratres ὁμοπάτριοι, id eſt, ex eodem patre nati, conſanguinei noſtris dicuntur. Cajus *lib.* 2. *tit.* 8. §. 3. *l.* 3. *C. de legit. tut. l.* 1. *l.* 6. *C. de legit. hared.* Hinc Virgilius 6. *Æneid.* ſoporem appellat *lethi conſanguineum*, quem Homerus ξ *Iliad.* Κασίγνητον θανάτοιο. Græci ὁμαίμους vocant, teſte Theophilo. Dicuntur & σύναιμοι. Sophocles *in Ajac.* τὸ τῶ μανέντ@ ξύναιμον ἀποκαλοῦντες, *fratrem furioſi 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. hared.* 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,
4 eodem patre nati communem matrem habeant, an diverſas, *l.* 1. *C. de legit. har.* 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, *x. de conſang. & affin.*

Fratres patrueles, qui etiam conſobrini] Agnatorum numero [illegible] & duorum fratrum filii, qui fratres patrueles appellantur, & καταχρηστικῶς conſobrini: propriè enim, ut quidam putant, conſobrini ſunt duarum ſororum liberi, ita dicti quaſi conſororini, vid. *inf. tit.* 6. §. 4. ubi hoc fuſius explicabitur. Sed & deinceps cæteri virili ſexu ab eodem orti in infinitum invicem 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 proximiore 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 cœpit, ex eo teſtamento hæredem exiſtere non poſſe. Sed hæc iterum & fuſius §. 5. *& ſeq.*

TEXTUS.

De adoptivis.

2. Per adoptionem quoque adgnationis jus conſiſtit. Veluti inter filios naturales & eos quos pater eorum adoptavit. Nec dubium eſt, quin ii impropriè conſanguinei appellentur. Item ſi quis ex cæteris adgnatis tuis, veluti frater aut patruus, aut denique is, qui longiore gradu eſt, adoptaverit aliquem, adgnatus inter tuos eſſe non dubitatur.

COMMENTARIUS.

ADgnatorum 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. *prac. tit.* ita quoque quod ad jus adgnationis attinet, nihil refert, utrum nativitate conjuncti ſint, an adoptione. Nam & qui adoptatur, iiſdem fit 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.* Ruſin. *tit.* 16. *Conſanguineos & adoptio facit & adrogatio.*

Impropriè 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, etſi 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 etſi adoptati propriè conſanguinei non ſunt, jus tamen conſanguinitatis, & propter hoc legitimæ

mæ ſucceſſionis, 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 & ſi. 19. l. 7. ad Tertyll.* 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 *tuos:* 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 ipſæ conſanguinitatis jure tantum capiant hæreditatem, ſi ſorores ſint; ulterius non capiant. Maſculi autem ad earum hæreditates, (etiamſi longiſſimo gradu ſint,) admittantur. Qua de cauſa fratris tui, aut patrui tui filiæ, vel amitæ tuæ 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 univerſum 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 adgnatus ullus, neque proximior cognatus interveniat. Et hæc quidem lex duodecim tabularum nullo modo introduxit: ſed ſimplicitatem legibus amicam amplexa, ſimili modo omnes adgnatos, ſive maſculos ſive fœminas, cujuſcumque gradus, ad ſimilitudinem ſuorum invicem ad ſucceſſionem vocabat. Media autem juriſprudentia, quæ erat quidem lege duodecim tabularum junior, Imperiali autem diſpoſitione anterior, ſubtilitate quadam excogitata præfatam differentiam inducebat, & penitus eas à ſucceſſione adgnatorum repellebat, omni alia ſucceſſione incognita, donec prætores paulatim aſperitatem juris civilis corrigentes, ſive quod deerat, implentes, humano propoſito alium ordinem ſuis edictis addiderunt; & cognationis linea proximitatis nomine introducta, per bonorum poſſeſſionem eas adjuvabant, & pollicebantur his bonorum poſſeſſionem, quæ unde cognati appellatur. Nos vero legem duodecim tabularum ſequentes, & ejus veſtigia hac in parte conſervantes, laudamus quidem prætores ſuæ humanitatis non tamen eos in plenum huic cauſæ mederi invenimus. Quare etenim uno eodemque gradu naturali concurrente, & agnationis titulis tam in maſculis, quam in fœminis æqua lance conſtitutis, maſculis quidem dabatur ad ſucceſſionem venire omnium adgnatorum: ex agnatis autem mulieribus nulli penitus, niſi ſoli ſorori, ad adgnatorum ſucceſſionem patebat aditus. Ideo nos in plenum omnia reducentes, & ad jus duodecim tabularum eandem diſpoſitionem exæquantes, noſtra conſtitutione ſancimus, omnes legitimas perſonas, id eſt, per virilem ſexum deſcendentes (ſive maſculini generis ſive fœminini ſint) ſimili modo ad jura ſucceſſionis legitimæ ab inteſtato vocari, ſecundum ſui gradus prærogativam: nec ideo excludendas, quia conſanguinitatis jura, ſicut germanæ, non habent.*

NOTÆ.

3. *Simplicitatem legibus amicam*] *ſup. §. 7. de fideic. hær.* dicit, ſibi in legibus, magis ſimplicitatem, quam difficultatem placere.

Sive quod deerat implentes] Theoph. διορθοῦντες, ἢ ἂν τὸ ἐλλεῖπον ἀναπληροῦντες, *aut potius quod deerat implentes.* Quod prætori familiare. *l. 7. de juſt. & jure.*

COMMENTARIUS.

1. *Quando conſanguinitas ab agnatione diſtingui & quam ob cauſam cœpta?*
2. *Fœminæ agnatæ non conſanguineæ quo ordine vocentur à prætore?*
3. *Quid per mediam juriſprudentiam intelligat Juſtinianus? Ubi quædam non vulgaria.*
4. *Veteris Juriſprudentiæ contra accuſationem Juſtiniani defenſio.*

LOcus verboſus. Narratur mutatio juris facta circa legitimam ſucceſſionem fœminarum agnatarum, & revocatur jus vetuſtius. Lege duodecim tabb.

tabb. fœminæ agnatæ juxta ac maſculi, cujuſcunque gradus eſſent, ad legitimam agnatorum hæreditatem vocabantur: quod jus, cum mediæ ætatis conſultorum interpretatione coanguſtatum eſſet, reſtrictumque ad conſanguineas, id eſt, ſorores ὁμοπατρίους, exclufis remotioribus, quæ tantum à prætore poſtea admiſſæ 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 infrà §. *ult. de ſucceſſ. cognat.*

Ut ipſæ conſanguinitatis jure] Hoc eſt, fraternitatis. 1 Nam ex quo hoc jus introductum eſt, conſanguinitas cœpta eſt diſtingui ab agnatione, & conſanguinei ab agnatis ulterioribus: & quia poſt conſanguineas muliebris ſexus perſonæ, licet agnatæ eſſent, non admittebantur, agnatos definierunt eſſe virilis ſexus perſonas, *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 lex 12. tabb. omnes per virilem ſexum cognatos uno agnatorum nomine appellaſſet, & proximis ex his ſine ulla ſexus aut conſanguinitatis diſcretione 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 proſunt, 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 familiæ, 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 familiæ.

Proximitatis nomine] Quia cognati non alio jure, quam proximitatis veniunt, & hoc ex edicto prætoris, verbum proximitatis factum eſt propium 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, etſi 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.

Si neque agnatus ullus, neque proximior cognatus] 2 Fœminas adgnatas ſecundo gradu remotiores, quæ jure civili in totum à ſucceſſione ab inteſtato repellebantur, poſtquam iis jus agnationis in ea cauſa ademptum erat diſputatione fori, prætor, ne in univerſum excluſæ manerent, in linea, quam tertiam ipſe fecit, admiſit, 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 adgnatus 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 & Hotomanus, 3 quos Pacius & Tuningius ſequuntur, exiſtimant, Imperatorem ita loqui, cum intelligat νομοθεσίαν ſeu leges quæ latæ ſunt poſt duodecim tabulas, & videlicet legem Voconiam. Sed à vero longe abeſt hæc eorum opinio. Nam lex Voconia jam priſcis temporibus in deſuetudinem abierat, ut apertè 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. hær.* §. *ad fœminas.* 6. Ac diu etiam poſt obtinuit, adeoque duravit uſque ad tempora Juſtiniani, qui demum poſt conſulatum Lampadii & Oreſtis id ſuſtulit, *l. pen. C. de legit. hær.* Præterea, ut alibi oſtendimus 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 admiſit, procul dubio magis removit 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 Hotomanum, nimirum locus Pauli 4. *ſent.* 8. ubi ſic ſcribit: *Fœminæ ad hæreditates legitimas ultra conſanguineas ſucceſſiones non admittuntur, idque jure civili vel Voconia rogatione videtur effectum. Cæterum lex duodecim tabularum nulla diſcretione 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, τὰς μετὰ τὸ δυοδεκάδελτον σοφὰς, 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 excluſione 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 tribunitiæ 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 Voconius legem rogaret, quod factum eſſe inter ſecundum & tertium bellum Punicum,

nicum, teſtatur Auguſtinus 3. *de civ. Dei c.* 21. prudentum auctoritate atque interpretatione legitimas fœminarum ſucceſſiones coërcitas fuiſſe intra gradum conſanguinearum. Poſtea autem lege Voconia fœminas omnes penitus remotas fuiſſe & ab omni ſucceſſione. Cæterum cum ea lex, ut nimis rigida, paulatim iterum in deſuetudinem abiiſſet, revocatum denuo fuiſſe jus priſtinum, non quod duodecim tabulæ, ſed quod prudentum introduxerat interpretatio. Quæ interpretatio mediæ nomine juriſprudentiæ hic ſignificatur. VINN. Veriſſimum eſt, hoc jus eſſe ex jure civili, id eſt, ex interpretatione prudentum. Sed nec minus verum, illud inventum eſſe ex rationibus Voconianis, quibus & everſa ac abolita lege Voconia locus eſſe potuit. Conf. omnino, quæ erudite ad Paull. *recept. ſent. lib.* IV. *tit.* 8. differuit V. C. Anton. Schultingius. Inde autem non ſequitur ut jus civile hic ſit idem ac *juriſprudentia media*. Nimirum uti omnem juriſprudentiam, quæ Prætoris edictum anteceſſit, vocarunt *veterem*: ita *media* eſt, quæ per edictum perpetuum invecta; *nova*, quæ per conſtitutiones novorum principum. Ita rem ego concipio: nec multo aliter V. C. Jac. Perizon. *de l. Vocon. p.* 198. HEIN.

Imperiali diſpoſitione anterior] D. Weſembecius 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 parciſſimè legibus ſtante adhuc repub. latis, aut veterum conſuetudini, derogarunt. Quin etiam major dignitas juri civili, hoc eſt, diſputationi fori, acceſſit, ex quo Auguſtus conſtituit, ut conſulti ex Principis auctoritate de jure reſponſitarent, 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] Ἐλεηπτικῶς, more Græcorum: intelligitur enim *ergo* vel *cauſa*. Theophilus in paraphraſi reddidit, ἐπαινεῖ μὲν τὴν φιλανθρωπίας τὰς πραίτωρας. Laudat quidem prætores propter humanitatem. Græcis hæc locutio familiaris eſt. Luc. 16. 8. ἐπῄνεσεν ὁ κύριος τὸν οἰκονόμον τὴν ἀδικίας. Eadem reticentia eſt apud noſtros, cum ajunt, *noxæ dedere, ſatis legatorum deſiderare. 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*, id eſt, nomine, vice acceſſionis. Celſ. *lib.* 1. *laudatur Hippocrates artis & facundiæ.*

4 *Quare etenim, &c.*] Tota vetus juriſprudentia reſponderet, æquiſſimum eſſe, ut plus maribus tribuatur, quam fœminis, 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 ipſis viris. Ideoque merito Marcum Catonem, illum familiæ Porciæ principem & cognomento Sapientem, ſe illius legis jactare ſuaſorem, &c. Sed noſter legiſlator more ſuo pro muliebri ſexu, cui impenſe ſemper favet, declamitat. *l. pen. C. de legit. har. l.* 4. *C. de lib. prat.*

Noſtra conſtitutione] Extat in *d. l. pen. C. de legit. har.* ubi ſimiliter, ut hoc loco, legem duodecim tabularum prolixe commendat, ut quæ bene humano generi proſpexerit. Cæterum, ubi viſum eſt, eam iterum incuſat, veluti in *pr. ſeq. tit.* ubi eam hoc nomine reprehendit, quod nimis anguſtis terminis jura ſucceſſionis concluſerit. Tandem longiſſime ab ea receſſit, ſublata omni agnatorum prærogativa. *Nov.* 118.

Secundum ſui gradus prærogativam] Ita ut ex conſtitutione Juſtiniani fœminæ 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 in ſuo ordine exæquavit Juſtinianus: ita *d. Nov.* 118. jura agnationis & cognationis.

TEXTUS.

De filiis ſororum.

4. *Hoc etiam addendum noſtræ 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 patrui ſui vocentur: ſed etiam germanæ conſanguineæ vel ſororis uterinæ filius & filia ſoli, & non deinceps perſonæ, una cum his ad jura avunculi ſui perveniant: & mortuo eo, qui patruus quidem eſt ſui fratris filiis, 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, cæteri gradus remanent penitus ſemoti, videlicet hæreditate non in ſtirpes, ſed in capita, dividenda.*

NOTÆ.

4. *Vel uterinæ filius*] Ipſi fratres & ſorores uterini jam ante editam *d. l. pen.* tranſlati fuere in ordinem legitimorum, *l. ult. C. ad SC. Tertyll.* quod repetitum poſtea *l. ult. §. 2. C. de leg. hared.*

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. *tit. 26. §. 3.* Nec id abolitum *d. Nov. 118. c. 3. §. 1.* Utique in Oriente obſervatum conſtat. 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.*

IN calce ſuperioris tit. deſcendentes ex fœminis transtulit in ordinem ſuorum: proxime præcedenti §. fœminis 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 noſtræ conſtitutioni] Duo ſunt conſtitutionis ſupradictæ, & ſcilicet *l. pen. C. de leg. hær.* capita, quorum in priore fœminis agnatis, quotocunque gradu ſint, jus legitimæ ſucceſſionis datur, in altero ſororum filiis & 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.

Germanæ conſanguineæ, vel ſororis uterinæ filius] 1 Ἀδελφῆς ὁμοπατρίᾳ ἦγεν ὁμομητρίᾳ 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 Andr. act. 1. ſcen. 5. v. 57. Si te in germani fratris dilexi loco.* Idem *in Adelph. act. 2. ſcen. 4. v. 5. O mi Æſchine, ô mi germane.* Magis id probat locus Ciceronis *pro Milon. c. 27. Clodius cum ſorore germana nefarium ſtuprum fecit.* Ubi *germana* expreſſum videtur ad augendam gravitatem delicti: cum grandius nefas admittat, qui ſorori ex utroque parente conjunctæ ſtuprum infert, quam qui conſanguineæ tantum, aut uterinæ. Nomen à germine deductum Feſtus ſcribit; *Germen*, inquit, *eſt, quod ex arborum ſurculis naſcitur: unde & germani, quaſi eadem ſtirpe geniti.* Græcis dicuntur ἀυτάδελφοι ἀυτοκατίγνητοι. Podarces ἀυτοκασίγνητος Ptoteſilai. *Iliad. 13.*

2 *Vel ſororis uterinæ*] Fratres & ſorores uterini qui dicantur ſatis notum eſt, nimirum qui geniti diverſo patre prodierunt ex eodem utero, ſive qui eandem habuerunt matrem duntaxat, ὁμομήτριοι ſeu ὁμογάστριοι. 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. hær.* fratres & ſorores uterinos tranſlatos fuiſſe in ordinem legitimorum, *l. ult. C. ad ſen. Tertyll.* quod repetitum poſtea *l. ult. §. 2. C. de leg. hær.*

Soli, & non deinceps] Solos nunc filios & filias ſororis, qui in tertio cognationis gradu ſunt, cum agnatis ejuſdem gradus ad legitimam ſucceſſionem vocat, non ulteriores cognatos. *Nov. 118.* omnes pari jure, ut jam dictum eſt.

Avunculus autem ſororis ſuæ ſoboli] Finge igitur, eſſe defuncto, de cujus hæreditate agitur, filium fratris, eſſe & filium ſororis, præterea patruum & 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 ſuperſtites non ſunt] Hoc quoque mutatum jure noviſſimo, unaque cum fratribus & ſororibus defuncti admiſſi germanorum fratrum & ſororum filii & filiæ 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: hæreditas mea in tres partes dividetur, quarum ſinguli ſingulas ferent, *l. 2. §. 2. de ſuis & legit.* 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 alioqui ſimul cum ſuis patruis & avunculis admitti deberent, 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.*

TEXTUS.

De proximis vel remotis.

5. Si plures ſint gradus adgnatorum, aper-

te

te 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 vocet: 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 agnatarum, pertineat ad eos hæreditas.

COMMENTARIUS.

Ex duodecim tabb. 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 & legit.*

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. hær.* 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 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, etiamſi 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 cæteros 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. *unde cogn. l. proximus.* 92. *l. proximi.* 155. *l. in vulgari.* 162. *de verb. ſign.*

TEXTUS.

Quo tempore proximitas ſpectatur.

6. *Proximus autem, ſiquidem nullo teſtamento facto quiſquam deceſſerit, per hoc tempus requiritur, quo mortuus eſt is, cujus de hæreditate quæritur. Quod ſi, facto teſtamento, quiſquam deceſſerit, per hoc tempus requiritur, quo certum eſſe cœperit, nullum ex teſtamento hæredem extiturum. Tunc enim proprie quiſque inteſtatus deceſſiſſe intelligitur. Quod quidem aliquando longo tempore declaratur. In quo ſpatio temporis ſæpe accidit, ut proximiore mortuo, proximus eſſe incipiat, qui moriente teſtatore non erat proximus.*

COMMENTARIUS.

1. *Tempus delatæ ab inteſtato hæreditatis non ſemper unum eſſe & idem.*

CUM quæritur quo tempore ſpectandum, ſive an quis ſuus ſit, ſive an proximus agnatus cognatusve, dicendum quidem eſt, ſemper ſpectari tempus delatæ ab inteſtato hæreditatis. Cæterum hoc tempus non ſemper unum eſt & idem. Intereſt enim, utrum is, de cujus bonis quæritur, nullo teſtamento facto deceſſerit, (quod tunc quoque intelligitur, cum aut non jure fecit, aut, quod fecit, ipſo adhuc vivo everſum eſt,) an facto 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 hæreditatis cum tempore mortis concurrit; poſteriore eum, qui tunc eſt, cum teſtamentum deſeritur: quia mortuo patrefam. teſtamento facto, non ante hæreditas ejus ab inteſtato deferri incipit, quam certum eſt, neminem ex eo teſtamento hæredem extiturum. *l.* 2. §. 5. & 6. *de ſuis & legit. l.* 1. §. 6. & 7. *unde cogn.* Uberius 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.* eum etiam, cujus ex teſtamento hæreditas 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 & patrui filium; deliberante hærede ſcripto, patruus deceſſit: mox hæres inſtitutus repudiavit hæreditatem, patrui filius admittetur, *l.* 2. § 5. *de ſuis & legit.* quo loco quod Ulp. ait, interdum ulteriorem agnatum admitti, ulteriorem accipi conſtat, non qui

ulterior fit, quo tempore admittitur, ſive tempore deſtituti teſtamenti: ſed anaphorice, qui erat ulterior, cum patruelis moreretur.

TEXTUS.

De ſucceſſorio Edicto.

7. *Placebat autem, in eo genere percipiendarum hæreditatum ſucceſſionem non eſſe: id eſt, ut quamvis proximus, qui ſecundum ea, quæ diximus, vocatur ad hæreditatem, aut ſpreverit hæreditatem, 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 adgnatorum hæreditatibus non eſſe eis denegandam: cum ſatis abſurdum erat, quod cognatis à prætore apertum eſt, hoc adgnatis eſſe recluſum; maxime cum in onere quidem tutelarum & primo gradu deficiente ſequens ſuccedit; & quod in onere obtinebat, non erat in lucro permiſſum.*

COMMENTARIUS.

1. *Olim in legitimis hæreditatibus ſucceſſionem non fuiſſe, & quamobrem?*
2. *Quomodo accipiendum, quod dicitur, ſucceſſionem non eſſe in ſuis hæredibus: & num id poſtea mutatum?*
3. *Cur Imperatori viſum, ſucceſſionem in agnatorum hæreditate admitti?*

1 JUre antiquo in legitimis hæreditatibus non erat locus ſucceſſioni, hoc eſt, proximo repudiante vel deficiente ad inſequentem agnatorum gradum ex lege hæreditas non tranſmittebatur. 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 deferebatur, ut in horum perſona conſiſteret jus percipiendæ hæreditatis. Quod ſi illi hæreditatem omiſiſſent, aut non adiiſſent morte præventi, ſequentibus gradibus non deferebatur, ſed vacabat hæreditas, eoque redibat ad fiſcum, ut cætera bona vacantia. Quod jus Imperator hic abrogat data legitimis hæredibus ſucceſſione exemplo cognatorum.

In eo genere] In ſecundo ſcilicet ordine hæredum, in quo vocantur agnati. Quanquam nec in ſuis hæredibus 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 Jaſone tenuerunt Ultramontani & DD. Bononienſes, quorum ſententia mihi videtur ex ratione juris communis verior.

Nihilo magis legitimo jure ſequentes] Quid ſi plures ſint 2 eodem gradu agnati, & quidam ex his omiſerint hæreditatem, vel morte vel alia ratione impediti fuerint, quominus adirent? Reliquis, qui adierint, illorum portio accreſcit; & licet deceſſerint, 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. edict.* Obſervabat autem prætor in eo ordine gradus prærogativam; v. c. 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 *occluſo*; ut & iterum poſtea, *hoc adgnatis eſſe recluſum*, contra auctorum loquendi conſuetudinem, quibus recludere eſt, quod clauſum erat, aperire, referare. Virg. 8. *Æneid. v.* 244. *Infernas reſeret ſedes & regna recludat.* Horat. *lib.* 3. *carm. od.* 2. *Virtus recludens immeritis mori Cœlum*, &c. Juſtinus tamen *lib.* 1. *cap.* 9. de pellicibus regiis loquens, dicit ſingulas ſeparatim *recludi*, pro *occludi.* In *l. pen. C. de legit. hæred. recluditur* dixit Juſtinian. pro *excluditur*, cum ait, *Germana 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, admitterentur 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 prætore apertum] Duas rationes af- 3 fert Imperator, cur in agnatorum hæreditatibus locum eſſe velit ſucceſſioni. Prima eſt, quæ hic redditur, quia prætor eam admiſit in ordine cognatorum, *l.* 1. §. *qui ſemel.* 6. & §. *quibus.* 10. *de ſucceſſ. edict.* & ut verum fatear, mera quædam juris ſubtilitas eſt, quod proxi-

proximiore agnato deficiente ulterior admitti non poſſit. VINN. Ex quo patet, falli Aleandrum & Oiſelium, qui ad Caj. *Inſt. lib.* 11. *tit.* 8. §. 23. ſcribunt, agnatos remotiores jure civili excluſos vocatos eſſe edicto prætoris *unde cognati.* Propiorem enim cognatum eo caſu excluſiſſe remotiorem agnatum certiſſimum eſt. Vid. V. C. Ant. Schulting. *Jurisprud. vet. p.* 139. HEIN.

Maxime cum in onere tutelarum] Ratio altera, & argumentatio ab onere ad emolumentum. Si in onere tutelæ, quam ad cognatos ideo pertinere ipſa lex 12. tabb. voluit, quia eoſdem vocavit ad hæreditatem, ſucceſſioni locus eſt, & proximiore 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.*

TEXTUS.

De legitima parentum ſucceſſione.

8. *Ad legitimam ſucceſſionem nihilominus vocatur etiam parens, qui contracta fiducia filium vel filiam, nepotem vel neptem, ac deinceps, emancipat. Quod ex noſtra conſtitutione omnino inducitur, ut emancipationes liberorum ſemper videantur quaſi contracta fiducia fieri: quum apud veteres non aliter hoc obtinebat, niſi ſpecialiter contracta fiducia parens manumiſiſſet.*

NOTÆ.

8. *Ex noſtra conſtit.*] *l. ult. C. de emanc. lib.* ubi imaginarias antiquæ emancipationis ſolennitates ſuſtulit, ſalvo tamen jure patris manumiſſoris, ut ſcil. 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.

COMMENTARIUS.

1. *Filiumfam. 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?*

TRactatur hic de legitima ſucceſſione parentis, non quatenus ut parens conſideratur, ſed quatenus ut manumiſſor patronus. Quo ordine pater filio olim
1 ſucceſſerit, non ſatis liquet. Illud conſtat, in filiofam. 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 filiofam. in his bonis hæredem ſibi teſtamento inſtituere: jus tamen vetus hactenus patri conſervatum fuit, ut ſi filius inteſtatus deceſſiſſet, bona iſta pater jure peculii occuparet. *l.* 2. *l.* 9. *de caſtr. pec.* Hoc igitur caſu manebat adhuc eadem conditio bonorum caſtrenſium, 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.* 2
4. *C. de bon. quæ 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 caſtrenſibus. Nam ſi bona adventitia, quorum uſumfructum tamen habebat, pater jure peculii occupare non poterat, omnino credibile eſt nec potuiſſe caſtrenſia. Quod & ipſum ſatis aperte teſtatur Juſtinianus in *princ. tit. quib. non eſt perm. fac. teſt. lib.* 2. cum ait, ſi filiifam. 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 diſſeruimus. Novella 118. parentes ſine diſcretione ſexus aut poteſtatis vocantur ad legitimam hæreditatem in ordine ſecundo, cum quibus tamen ſimul admittuntur fratres ex utroque latere defuncto conjuncti. Ad 3
filium vero emancipatum quod attinet, planum quidem eſt, patri manumiſſori legitimam inteſtati hæreditatem delatam fuiſſe: at quo jure quove 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. quis 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 à 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 prælatus fuit, etiam poſt illud Senatuſconſultum. *l.* 10. *de ſuis & legit. l.* 2. §. *objicitur.* 15. *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 jus ei expreſſè reſervatum fuerit Senatuſconſulto, dictamque *l. 2. C. ad ſen. Tertyll.* à Triboniano interpolatam accommodatamque ad jura recentiora, & nominatim ad *l. 4. C. de bon. quæ lib. & l. 11. C. comm. de ſucceſſ.*

Qui contracta fiducia, &c.] Id eſt, qui liberos ex pacto fiduciæ ſibi remancipatos 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 remancipandis, quos ipſe deinde manumittebat, eoque facto ipſe pater in eos eorumque bona jura patroni conſequebatur. *tit. ſi à par. quis man.* Cæteroquin omnis emancipatio fiebat contracta fiducia, hoc eſt, ea lege & fide ſaltem interpoſita, ut liberos ſibi traditos, 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 eum 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 ſublatum eſt? Jure Novellarum parens manumiſſor jure patroni, quoad commodum hæreditatis, non amplius utitur, *arg. Nov. 118. c. 2.* VINN. Videntur compoſitores hoc loco ad aliam reſpexiſſe conſtitutionem, quæ cum Codice Juſtinianeo intercidit, qua Imperator ſanxerat, ut pactum fiduciæ ſemper interpoſitum eſſe fingeretur, etiamſi expreſſe interpoſitum non eſſet. Sed hac conſtitutione poſt *l. ult. C. de emanc. lib.* non amplius opus fuit. Unde & omiſſa fuit in C. Repetitæ prælectionis. Ceterum omnino eatenus excuſari nequeunt compoſitores Inſtitutionum, quod immemores novæ iſtius conſtitutionis vetuſtioris & abolitæ fecerunt mentionem. HEIN.

TITULUS TERTIUS.

DE SENATUSCONSULTO TERTYLLIANO.

Dig. lib. 38. tit. 17. C. lib. 6. tit. 56.

Argumentum hujus & 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. Tabb. & jure Prætorio.

Lex duodecim tabularum ita ſtricto jure utebatur, & præponebat maſculorum progeniem; & eos, qui per fœminini ſexus neceſſitudinem ſibi junguntur, adeo expellebat, ut ne quidem inter matrem & filium filiamve ultro citroque hæreditatis capiendæ jus daret: niſi quod prætores ex proximitate cognatorum eas perſonas ad ſucceſſionem bonorum, poſſeſſione unde cognati accommodata, vocabant.

COMMENTARIUS.

NE *quidem inter matrem & filium*] Ait, lege duodecim tabularum ne inter matrem quidem & filium filiamve jus ultro citroque capiendæ hæreditatis conceſſum fuiſſe. Quod verum eſt. Nam lex iſta duos duntaxat ordines hæredum ab inteſtato fecerat, ſuorum ſcil. hæredum, & agnatorum. Mater autem & liberi nec ſui hæredes invicem ſunt, nec agnati. Cognati quidem invicem ſunt, ſed cognati nulli à lege vocantur. VINN. Hæc quidem in ſe vera ſunt. Potuit tamen contingere, ut & mater ex lege XII. tabularum filii heres eſſet (1.) ſi eſſet ejuſdem familiæ vel gentis, e. g. ſi Scipio alterius Scipionis filiam duxiſſet, ex eaque procreaſſet liberos. His enim mater tanquam agnata ſuccedere poterat, ſi eſſet proxima. Deinde (2.) ſi mater in manum conveniſſet. Sic enim eodem erat loco, quo filiafamilias, adeoque & filiis tanquam agnata ſuccedebat. Aſt poſteaquam media juriſprudentia agnatas præter ſorores excluſerat, & uxores rarius in manum convenire cœperant: rariſſima quoque fuit matrum ſucceſſio, antequam SCto Tertulliano illis proſpiceretur. HEIN.

Niſi quod prætores ex proximitate] Pro *niſi* utendum erat conjunctione diſcretiva, *cæterum*, 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.

TEX-

TEXTUS.

De Conſtitutione Divi Claudii.

1. *Sed hæ juris anguſtiæ poſtea emendatæ ſunt. Et primus quidem divus Claudius matri ad ſolatium liberorum amiſſorum legitimam eorum detulit hæreditatem.*

COMMENTARIUS.

HÆ juris anguſtiæ emendatæ] Hoc eſt, ipſi legi 12. tabb. poſtea derogatum eſt, & quod prætor facere non poterat, jus legitimæ hæreditatis etiam matri & liberis datum Senatuſconſultis: ac dehinc cum antea demum poſt omnes agnatos a prætore vocarentur ad bonorum poſſeſſionem, vocari cœpti ſunt ordine ſecundo ex capite *Unde legitimi*, *l.* 2. §. *ult. unde legit.*

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 fœminis dediſſe jus quatuor liberorum: quod etſi quid ſignificet, obſcurum eſt, opinor tamen, eum intelligere jus liberis ſuccedendi, cujus hic fit mentio: quod quidem Claudius primus matribus dedit; cæterum non omnibus, verum iis duntaxat, quæ quater peperiſſent. Sane accipi non poteſt pro jure liberorum, quod olim à Principibus pro beneficio datum fuit orbis, ad evitandas pœnas legis Papiæ: quarum una erat, quod ſolidum capere non poterant: quod indicatur à Juvenale *ſatyr.* 9.

Jura parentis habes, propter me ſcriberis hæres,
Legatum omne capis, nec non & dulce caducum.

Adulterum inducit Poëta, qui maritum hoc ſibi beneficium debere ait, quod pœnas orbitatis lege Papia conſtitutas jam non patiatur, ſed ſolidi capiendi jus habeat: quippe cum maritus ipſe liberos ex uxore ſuſcipere non poſſet, vicem ejus ſuppleſſe, & inde liberos natos. VINN. Omnino privilegium à Claudio conceſſum apud Suet. *cap.* 19. pertinet ad L. Juliam & Papiam: eoque id conſequebantur feminæ, ut tutela liberarentur, ſolidum & caducum caperent, pœnas orbitatis evitarent. Diximus ea de re fuſius in *Comment. ad l. Jul. & Pap.* Proculdubio hoc privilegium à Claudio non tam omnibus feminis, quam quibuſdam ſpeciali beneficio conceſſum eſt. Vid. Cujac. *Not. Poſter. ad h.* §. HEIN.

Ad ſolatium liberorum amiſſorum] Ut hoc qualiquali ſolatio luctum amiſſorum liberorum levaret: quomodo Pompon. *l.* 6. *de jur. dot.* patri ſuccurſum eſſe ſcribit, ut filia amiſſa dos ab eo profecta ei redderetur, ne & filiæ amiſſæ & pecuniæ damnum ſentiret. Hotomannus & Tuningius putant, per amiſſos ſignificari eos, qui in acie ceciderunt.

TEXTUS.

Ad Senatuſconſultum Tertullianum. De jure liberorum.

2. *Poſtea autem Senatuſconſulto Tertyllia-no, quod divi Adriani temporibus factum eſt, pleniſſimè de triſti ſucceſſione matri, non etiam aviæ 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 mœror 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. quæ lib.*

COMMENTARIUS.

Divi Adriani temporibus] Zonaras *lib.* 2. teſtatur, hoc Senatuſconſultum factum eſſe divo Pio auctore: quod & faſti confirmant, in quibus poſt Barbatum & Regulum conſules ponuntur Tertyllus & Sacerdos; quo tempore jam annos viginti Antoninus Pius rei Romanæ præfuerat. Ergo divum Adrianum hic accipiemus non patrem, ſed filium, Antoninum ſcil. 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. VINN. Hæc omnia quam incerta ſint, quamque parum fidei mereatur Zonaras, diximus *in Antiqu. Rom. h. t.* §. 3. idemque ante nos monuit V. C. Ant. Schult. *in Juriſpr. vet. antejuſt. p.* 668. HEIN.

Pleniſſimè de triſti ſucceſſione] Pleniſſimè, id eſt, diligentiſſimè; accuratè enim de hac ſucceſſione Senatuſconſulto 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 ſoſpites & ſuperſtites.

Non etiam aviæ] Senatuſconſultum Tertyllianum matri tantum filiorum filiarumve hæreditatem detulit, non aviæ aut ulterioris gradus adſcendentibus nepotum neptumve aut deinceps deſcendentium. Unde petenda ratio *l.* 9. *C. de legit. hær.* quæ in ſucceſſione inteſtatæ ſororum præfert aviæ; nimirum conſanguineam: nam ex edicto unde cognati aviam cum uterina, ut gradu parem, ſimul admiſſam fuiſſe non eſt dubitandum. Credibile autem eſt, ob juris veteris reverentiam tunc ultra primum gradum proceſſum non eſſe: ulterius tandem progreſſus eſt Juſtinianus. *Nov.* 118.

Inge-

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, Paul. 4. *ſent.* 9. *in pr. & fin.* Ulp. *tit.* 26. §. *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. præc. tit.* Hodie vero id ſecus 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.* quamvis hoc caſu nihil admodum emolumenti ad eam perveniret, ſed avo magis, cui commodum omne hæreditatis acquirebatur, quam matri, conſuleretur. At hodie uſumfructum tantum in propoſito avus conſequetur, mater proprietatem habebit, per *l. cum oportet.* 6. *C. de bon. quæ lib.*

TEXTUS.

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 & filiæ ſuæ mortuæ 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 filiæ 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 æquis partibus fratribus & ſororibus.*

NOTÆ.

3. *Frater conſanguineus, &c.*] Tria dicit, 1. fratres defuncti conſanguineos matrem excluſiſſe, 2. ſorores conſanguineas, ſi ſolæ, cum matre admiſſas. 3. ſi & ſorores & fratres conſanguinei, ſorores cum fratribus admiſſas excluſa matre.

Liberis onerata] Cujac. ad Ulp. *tit. ult.* §. *ult.* oſtendit legendum eſſe *honorata*. Theoph. ἔχουσα δίκαιον παίδων. & *inf.* §. 5. κεχοσμῆσθαι. Cic. 1. *Tuſc. c.* 35. *Metellus ille honoratur quatuor filiis.*

COMMENTARIUS.

1. *Qui ex liberis filii defuncti matri præferantur?*
2. *Qui ex liberis filiæ defunctæ?*
3. *Qui adſcendentium?*
4. *Qui lateralium?*

CONtinet hic §. declarationem Senatuſconſulti Tertylliani: doceturque primo 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 fœminæ ſucceſſione, ut mox apparebit.

Qui ſui, quive ſuorum loco] Hic neceſſe eſt caſus po- 1
natur, 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.* 6. *hoc tit.* Quid autem juris hodie, ſi adoptati ab extraneo? Non habent hi quidem jus ſuorum hæredum: ſed tamen quia Juſtinianus expreſſe 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 unde proximi cognati matrem & filiam. *l.* 2. §. *ſed ſi.* 9. *hoc tit.* Suorum loco ſunt primum liberi emancipati, quos ſæpè diximus prætorem 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 hær. quæ ab inteſt.* ut matri defuncti præferri debeant, cum in ſuis, aut qui ſuorum numero ſunt, gradus non quæratur, hoc eſt, nihil referat primi gradus ſint, an ulteriorum, ut ipſe Imp. hic docet.

Filiæ ſuæ mortuæ] Caſus, ubi de filiæ inteſtato mor- 2
tuæ ſucceſſione quæritur. Ait *ſuæ*, id eſt quæ ſui juris ſuæque poteſtatis fuerit: quomodo M. Tullius *lib.* 3. *de repub. Eſt*, inquit, *genus injuſtæ ſervitutis, cum ii ſunt alterius, qui ſui poſſunt eſſe.* Perſius, *Sat.* 5. *v.* 88. *Vindicta poſtquam meus à prætore receſſi*, & alioqui nec huic Senatuſconſulto, nec ſucceſſioni ab inteſtato omnino locus eſſe poteſt, ut notatum §. *prec.* 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.*

Theod. de legit. hær. Ut autem filius & filia matri præferrentur, nec inter eos & matrem divideretur hæreditas, conſtitutionibus opus fuiſſe. Ideo Hotomanus & Bachovius ſcribunt, quia pari jure niti videantur, mater ſuffragio Senatuſconſulti Tertylliani, filius & filia Orficiani, & tamen in Orficiano excluduntur conſanguinei, qui in Tertylliano aut præferuntur aut cum matre concurrunt: unde ſi inteſtatæ mulieri conſanguinei extant, & mater & filia, ad ſolam filiam ex Senatuſconſulto Orficiano 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 & legit. lib.*

3 *Pater vero utriuſque, non etiam avus & proavus*] Jam cum matre conferre incipit adſcendentes alios, patrem, avum, proavum. Ait, patrem matri anteponi, patrem ſcil. naturalem: nam adoptivus matri non nocet, *l. 2. §. objicitur. 15. l. 3. hoc tit.* Ait, *utriuſque*, id eſt, & filii & filiæ 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. 15. l. 10. de ſuis & legit. Non etiam avus & proavus*, neque avus neque proavus, ait Ulpianus in Tertylliano, matri nocent, quamvis riduciam contraxerint. *d. §. objicitur. 15.*

Cum inter eos ſolos] Scilicet, ajunt Hotomanus, Weſemb. 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 potiorem eſſe: aſt ubi ſimul pater ſupereſt, cui avus anteponatur, non item: verbi cauſa, nepos ab avo manumiſſus deceſſit patre & avo & matre ſuperſtitibus, 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 tit.* 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. 15. eod.* Unde notant Jo. Fab. Porc. & alii, regulam, *ſi vinco vincentem te, multo magis vinco te*, non procedere, ubi non ſunt pares termini: ego dicerem, ubi non meo jure te vinco, ſed propter tertium. Non abſimilis caſus eſt, qui proponitur ab Ulp. *d. l. 2. §. ſi ſit conſanguinea. 18. eod.*

4 *Frater conſanguineus excludebat 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 uterinos Senatuſconſulto fuiſſe excluſos: cæterum Juſtinianus hos etiam cum matre admiſit §. 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, liberos matri eſſe oneri; tamen reſpectu Senatuſconſulti Tertylliani, de quo hic agitur, non oneri, ſed emolumento matri ſunt. Conjecturam Cujacii Theophilus quoque juvat, qui vertit, ἔχουσα δίκαιον παίδων. & §. 5. eandem appellat δικαίῳ παίδων κεκοσμήσιν. Cicero *lib. 1. Tuſc. c. 35. Metellus ille honoratur quatuor filiis.*

TEXTUS.

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 peperit, 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 enixæ fuerint vel quater, ſed eum tantum vel eam, qui quæve morte intercepti ſunt, ut ſic vocentur in liberorum ſuorum legitimam ſucceſſionem.*

COMMENTARIUS.

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 debebat 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 audaciæ: fortè & flagitiis aliis fœminarum obviam ire, quæ, qui tum temporis mores erant, frequenter abortionibus operam dabant: cujus rei teſtis nobis ſit Juvenalis *ſatyr. 6. v. 593.*

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 omiſſa omni diſputa-

tione 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 pœna affecit, quamvis nil peccantes; cum nemo divinare poſſit, uxorem, quam ducit, infœcundam fore. Æquo tamen animo hujuſmodi ferenda ſunt, & cedendum publicæ utilitati.

TEXTUS.

Quibus mater præponitur, & quibuſcum admittitur.

5. *Sed cum antea conſtitutiones jura legitimæ ſucceſſionis perſcrutantes, partim matrem adjuvabant, partim eam prægravabant, 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 præpoſuimus, ita omnes fratres & ſorores (ſive legitimi ſint, ſive non) ad capiendas hæreditates ſimul vocemus: ita tamen ut, ſiquidem ſolæ ſorores adgnatæ vel cognatæ, & mater defuncti vel defunctæ ſuperſint, dimidiam quidem mater, alteram vero dimidiam partem omnes ſorores habeant. Si vero matre 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 hæreditas.*

NOTÆ.

5. *Cum antea conſtitutiones*] Vid. *l.* 1. *l.* 2. *& pen. C. Th. de legit. hæred.* Cujac. hic.

Anteponi, & ſine ulla deminutione] Superiores conſtitutiones jus matris minuebant admiſſis adgnatis in partem tertiam, quas conſtitutiones abrogat *l. ult. C. h. t.*

COMMENTARIUS.

PArtim adjuvabant, *partim prægravabant*] Ejuſcemodi extat conſtitutio Conſtantini *l.* 1. *C. Theod. de legit. hær.* 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 prægravat, 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 faciebant] Hoc eſt, ut illic detrahebant matri liberis honoratæ trientem, quem adſpergebant agnatis: ita hic contrarium faciebant, trientemque detrahebant agnatis, quem adſpergebant 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 obſtitiſſent conſtitutiones, quibus jus matris liberis honeſtatæ minuebatur, agnatis, quos diximus, admiſſis in partem tertiam: quas conſtitutiones Juſtinianus hic abrogat, matrem omnibus agnatis ſine ulla deminutione anteponens.

Excepta fratris & ſororis perſona, ſive conſanguinei, &c.] In Tertylliano fratres conſanguinei matrem excludebant, mater uterinos, ſoror conſanguinea cum matre pariter admittebatur. Juſtinianus etiam cum fratribus conſanguineis matrem admiſit, & cum matre etiam uterinos. *l. ult. C. hoc tit.*

Quemadmodum eam toti alii legitimo ordini] Cum in eum modum jura matrum beneficio Juſtiniani aucta ſint, ut legitimis omnibus, præter fratres, in totum excluſis, etiamſi ter non peperierint, ſolæ ſuccedant; ut cum conſanguineis defuncti fratribus, à quibus antea excludebantur, quantumvis jus liberorum haberent, nunc admittantur, etiamſi non habeant: putavit Imperator, matres haud iniquo animo pati debere, ſi uno in caſu viciſſim jus ipſarum minueret, & fratrum ſororumque hactenus augeret, ut cum ipſa admitteret & uterinos.

Ita tamen ut, ſiquidem ſolæ ſorores] Quæ ſequuntur, pertinent ad modum ſuccedendi, ſive rationem diſtribuendæ hæreditatis inter matrem defuncti ejuſque fratres & ſorores. Conſtituit autem, ut ſi cum matre concurrant ſorores ſolæ, ſive conſanguineæ ſive uterinæ, duo ſemiſſes fiant, quorum unum mater, alterum ſorores capiant: ſin fratres, ſive ſoli, ſive etiam cum ſororibus, in capita hæreditas dividatur, totque partes fiant, quot ſunt perſonæ ſuccedentium. *d. l. ult. C. hoc tit.* Hæc iterum mutata ſunt *Nov.* 118. qua fratres & ſorores omnes, ex uno tantum latere defuncto conjuncti, tam à matre, quam à fratribus utrinque conjunctis, excluduntur, mater cum his ex æquis partibus ſuccedit.

TEXTUS.

De tutore liberis petendo.

6. *Sed quemadmodum nos matribus proſpeximus, ita eas oportet ſuæ ſoboli conſulere: ſcitu-*

ſcituris eis, quod ſi tutores liberis non petierint, vel in locum remoti vel excuſati, intra annum petere neglexerint, ab eorum impuberum morientium ſucceſſione merito repellentur.

NOTÆ.

6. *Impuberum morientium*] Diſertè *impuberum*, ut & in *d. l.* 10. *C. de leg. hær.* nam ſi puberes moriantur, mater ab eorum hæreditate non excluditur. *l.* 3. *C. hoc tit.* Nec qui filio puberi curatorem non petiit, excluditur, *d. l.* 2. §. 29. αὐτὸς γὰρ ἑαυτῷ αἴτιος. Modeſtin. *l.* 2. §. 5. *qui pet. tut. l.* 6. *C. eod.*

COMMENTARIUS.

Ita eas oportet ſuæ ſoboli conſulere] Matri onus tutelæ impoſitum non eſt: quia virile munus eſt, tutelam gerere: at petendi tutores negotium injunctum, quod maternæ pietati maximè convenit. Quod ſi petere neglexerit, ut indigna à legitima hæreditate filii repellitur, *l.* 2. §. 1. & 2. *qui pet. tut. l.* 2. §. *ſi mater.* 23. & *multis ſeq. hoc tit.* ubi hic locus fuſe explicatur.

Non petierint, vel in locum remoti] Si mater, inquit Ulpian. non petierit tutores idoneos filiis ſuis, vel prioribus excuſatis rejectiſve non confeſtim aliorum nomina ediderit, jus non habet vindicandorum ſibi bonorum inteſtatorum filiorum, *d. l.* 2. § *ſi mater.* 23. *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.* 23. & §. *confeſtim.* 43. ubi Græci, *huic rei ſedentis*, τοῦτο τῷ διοικοῦντι τὰ πατρικὰ πράγματα. Quod vero hic dicitur, & in *l.* 10. *C. de leg hær.* 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.* 43.

Impuberum 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 legit. hær.* 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 filiave, poteſt tamen ad bona ejus mater ex Tertylliano Senatuſconſulto admitti.*

COMMENTARIUS.

QUemadmodum mater à prætore admittitur ad liberorum etiam vulgo quæſitorum bonorum poſſeſſionem, & viciſſim liberi etiam vulgo quæſiti ad bonorum poſſeſſionem matris ex capite unde proximi cognati, *l.* 2. *unde cognat.* ita & mater ex Senatuſconſulto Tertylliano admittitur ad legitimam hæreditatem filii filiæve, tam eorum, qui vulgo quæſiti ſunt, quam qui procreati ex juſtis nuptiis, *l.* 2. §. 1. *hoc tit.* Et contra etiam vulgo quæſiti ex Orficiano admittuntur ad legitimam hæreditatem matris. *l.* 1. §. 2. *eod.* §. *pen. tit. ſeq.* Nimirum mater ſemper certa eſt, & in his Senatuſconſultis matris & filiorum perſonæ naturaliter deſignantur, *l.* 7. *de cap. minut.* cumque vulgo quæſiti patrem non habere intelligantur, à quo ſunt agnationis & familiæ jura, nemo eſt, qui matri jure conſanguinitatis aut agnationis hic objici poſſit. *l.* 4. *unde cogn.* Atque hoc jure etiamnum utimur. Add. quæ ſub §. 3. *ſeq. tit.*

TITULUS QUARTUS.

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 & Rufo Conſulibus effectum eſt, divi Marci temporibus: & data eſt tam filio, quam filiæ, legitima hæreditas, etiamſi alieno juri ſubjecti ſint, & præferuntur conſanguineis, & adgnatis defunctæ matris.

COMMENTARIUS.

LEge 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 vocaretur ad legitimam ſucceſſionem filii & filiæ; 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 Tertylliano, ut ex Faſtis colligitur. Cur matri tanto tempore ante conſultum fuerit, quam liberis, cauſam ignorare me fateor. VINN. Maxime tamen probabilis eſt ratio, quam reddit V. C. Ant. Schultingius *p.* 669. quod mater, ſi vellet pietatis officio per teſtamentum poſſet ſatisfacere, id quod per ætatem liberis ſæpe haut licuerit. Quum ergo ſæpius contingeret, ut liberorum hereditate liberi, quam hi materna exciderent: nec mirum videbitur, prius proſpectum fuiſſe matri, quam liberis. HEIN.

Orſicio & Rufo Coſſ. D. Marci temporibus] In Imperio Marci Antonini Philoſophi & 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; 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 ſubjecti] *d. l. pen.* uti ex contrario quoque mater: licet in poteſtate patris ſit, admittitur ad bona liberorum. Et ergo uti mater filiafam. ita & hi liberi juſſu patris adibunt. §. *poſtea.* 2. *tit. præc.* 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 & filiæfam. inteſtati hæredes habent in adventitiis, quorum ipſis conceſſa proprietas.

Et præferuntur conſanguineis] Filius & filia ex Orficiano pleniore jure vocantur ad hæreditatem matris, quam ipſa ad illorum ex Tertylliano: illi enim vocantur cum prærogativa ante omnes, non modo agnatos, quos etiam in Tertylliano mater excludit, verum etiam ante defunctæ matris fratres conſanguineos, cum in Tertylliano 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 & nepte.

1. *Sed cum ex hoc Senatuſconſulto nepotes & neptes ad aviæ ſucceſſionem legitimo jure non vocarentur, poſtea hoc conſtitutionibus Principalibus emendatum eſt, ut ad ſimilitudinem filiorum filiarumque & nepotes & neptes vocentur.*

COMMENTARIUS.

UTrumque Senatuſconſultum & Tertyllianum & Orficianum reverentia quadam juris veteris in primo gradu cognationis ſubſtitit, atque ut Tertyllianum ſoli matri filiorum & filiarum detulit hæreditatem, aviam ad hæreditatem nepotum neptumve non admiſit; ſic Orficianum ſimiliter filios duntaxat & filias vocavit ad ſucceſſionem matris, non etiam nepotes & neptes ad ſucceſſionem aviæ. Nam quod Modeſtinus *l.* 8. *unde cogn.* reſpondet, nepotes, atque adeo etiam vulgo quæſitos, ad aviæ bona ab inteſtato admitti, ad edictum prætoris pertinet, quo deficientibus legitimis ad bonorum poſſeſſionem vocantur proximi cognati.

Conſtitutionibus Principalibus] Principes Valentinianus, Theodoſius, & Arcadius etiam nepotes & neptes vocarunt ad legitimam ſucceſſionem aviæ, *l.* 4. *C. Theod. de legit. har.* ut tamen tertia parte minus acciperent, quam pater eorum vel mater habituri fuiſſent. De quo diximus ad §. *ult. ſup. de har. quæ 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 ſucceſſiones, quæ ex Tertylliano & Orficiano Senatuſconſultis deferuntur, capitis deminutione non perimi, propter illam regulam, qua novæ hæreditates legitimæ capitis deminutione non pereunt: ſed illæ ſolæ, quæ ex lege duodecim tabularum deferuntur.*

COMMENTARIUS.

REgula juris eſt, novas hæreditates legitimas capitis deminutione non perimi, *l.* 7. *de cap. min. l.* 11. *de ſuis & legit. l.* 1. §. *capitis.* 8. *hoc tit.* Novas hæreditates appellat, quæ novo jure poſt legem 12. tabb. deferuntur vel ex conſtitutionibus, vel ex Senatuſconſultis, *dd. ll. & l.* 3. *in fin. de hared. pet.* Capitis autem deminutionem minimam intelligi, manifeſtum eſt, ſcilicet quæ contingit ſalva civitate: nam libertate aut civitate amiſſa de ſucceſſione quæri non poteſt, *d. l.* 1. §. *capitis.* 8. 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 filiæve: quæ nomina ut naturalia ſunt, ita poſt capitis deminutionem adhuc manent.

Illæ ſolæ, quæ 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 pereunt. §. *ult. ſup. de leg. agn. tut.*

TEX-

TEXTUS.

De vulgo quæsitis.

3. *Noviſſime ſciendum eſt, etiam illos liberos, qui vulgo quæſiti ſunt, ad matris hæreditatem ex Senatuſconſulto admitti.*

NOTÆ.

3. *Qui vulgo quæſiti*] Et hi matri quoque ſuccedunt ſimul cum liberis legitimis, niſi mater ſit illuſtris, & legitimam ſobolem habeat: nati autem ex concubinatu, (ſc. licito, μὴ ἐξ ἀθεμιτογαμίας,) 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 coïtu.*
2. *Quid moribus hic receptum.*

SIcut mater ex Tertylliano ſuccedit liberis etiam vulgo quæſitis, ita viciſſim & vulgo quæſiti matri ſuccedunt ex Orficiano, *l.* 1. §. 2. *hoc tit.* propter rationem, quam paulo ante indicavi, & ſub §. *ult. præc. 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 infamiæ dedecoretur. *l. pen. C. eod.* Sed & præteriti de inofficioſo matris teſtamento dicere poſſunt. *l. ſi ſuſpecta.* 29. §. 1. *de inoff. teſt.* 1 Inter patrem vero & ſpurios jus idem mutuæ ſucceſſionis 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 quæratur, ſive de ſucceſſione patris, & utroſque meliore, quam natos ex complexu damnato inceſtove. Naturales ſeu nati ex concubinatu admittuntur una cum legitimis ad matris etiam illuſtris & per matrem adſcendentium ſucceſſionem. *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 προγονεῖς. Ex inceſto aut damnato legibus coïtu 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.* 5. *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 ſubminiſtrari: nam & pater, licet inceſtuoſus & impius, alendus eſt, quia pater eſt. *Nov.* 12. *cap.* 2. vid. Palæot. *de noth. & ſpur. cap.* 41. *cum ſeqq.* Gail. 2. *obſ.* 115. Chriſtin. *vol.* 1. *deciſ.* 198. *& vol.* 4. *deciſ.* 2 64. Mores hac in parte nonnihil à jure Romano diſceſſerunt. D. Gudelinus *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. *conſ.* 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 ſucceſſionis 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 legitime procreatus fuiſſet. Eorum, qui nati ſunt ἐξ ἀθεμιτογαμίας, ex damnato & punibili legibus coïtu, (quos vocamus **overwonnen baſtarts**/) hæreditatem fiſcus ſine diſtinctione totam ſibi vindicat; quaſi eorum, qui deſtituti ſint omni cognatione, & tam materna, quam paterna, propter admiſſum à parentibus nefas, vid. Grot. *lib.* 2. *manuduct. cap.* 28. *in fin. & cap.* 31. ubi & jura quædam ſingularia commemorat, conceſſa quibuſdam civitatibus. VINN. Aſt in Friſia, immo & in Germania tantum non ubique jus commune obtinet: ceu & res judicatæ recentiſſimæ confirmant. HEIN.

TEXTUS.

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 deceſſerint, ad hæredes tamen eorum pertinet.*

COMMENTARIUS.

HIc locus continet doctrinam omnibus legitimis ſucceſſionibus communem; nempe ſi plures ſint ejuſdem ordinis & gradus, qui ſimul ad ſucceſſionem 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. VINN. Ratio hujus juris propior dari poteſt, *quia omnis ſucceſſio*, ut ait Paull. *rec. Sent. lib.* IV. *tit.* 8. §. 23. *proximiori defertur.* Quemadmodum itaque ob hanc rationem repudiante propiore remotior non admittebatur: Paull. *ibid.* §. 7. *Inſt. de legit agn. ſucceſſ.* ita deficiente uno coherede portio ejus alteri ejuſdem gradus merito accreſcebat, ne vocandus eſſet cum propiore remotior, id quod abſurdum omnino videri poſſet. Aliam rationem reddit Duaren. *de jure accreſcendi lib.* 1. *cap.* 1. & 14, quod qui in eodem gradu ſunt, conjuncti eſſe videantur. Sed conjunctionis materia ad teſtamentariam ſucceſſionem pertinet, ubi quæſtio eſt de præſumta teſtatoris voluntate, non ad legitimam. HEIN.

Licet ante deceſſerint] His verbis non hoc ſignificat Imperator, portionem hæreditatis, quæ uni ex legitimis hæredibus delata ſit, mortuo eo antequam hæreditatem adeat, ad hæredes ejus pertinere, iiſque 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 adiit, accreſcere poſſit: ſed ſi deceſſerit, antequam ipſi accreſceret; quod diſerte expreſſit Marcian. *d. l* 9. *de ſuis & leg.* hoc eſt, ſi deceſſerit 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 aditione 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.

TITULUS QUINTUS.

DE SUCCESSIONE COGNATORUM.

TEXTUS.

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.

NOTÆ.

Prætor vocat] Ad bonorum ſcil. poſſeſſionem: nam cognati hæredes jure civili non fiunt. Vide *inf. in comm.*

COMMENTARIUS.

LEx antiqua duodecim tabularum duos tantum 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 hær. ab inteſt.* Inter eoſdem quoque, & ſimul cum iis vocant nepotes & pronepotes ex ſexu fœmineo. §. *ult. d. tit.* 1. In agnatorum ordinem Senatuſconſulta tranſtulerunt matrem & liberos, Juſtinianus fratres & ſorores uterinos, eorumque & ſororum conſanguinearum filios & filias. §. 4. *ſup. de leg. agn. ſucceſſ. l. pen.* §. 1. *C. de leg. hær.* 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 admiſit omnes, quos ſola ſanguinis ratio vocat ad hæreditatem, licet jure civili deficiant. *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.

TEXTUS.

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*

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 conſtitutis vocat quidem ad legitimam fratris hæreditatem, ſive ſororis, non æquis 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 anteponit eos, & procul dubio cognatis.

COMMENTARIUS.

PORro jam declarare inſtituit Imperator, quinam 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 hær. inſt.* 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. ſupr. de leg. agn. tut. l.* 8. *de reg. 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 fine dubio fuit priori Codici, quoniam hic legenda nobis commendatur: ſed in Codice repetitæ prælectionis poſita non eſt, propter *l. ult. C. de leg. hæred.* ut opinor, qua plenius fratribus & ſororibus emancipatis conſulitur, & eorum quoque filiis ac filiabus jus legitimæ ſucceſſionis datur. Anaſtaſius enim ſolos fratres & ſorores emancipatos vocaverat, & cum partis aliqua deminutione, nimirum ut fratres integri juris altero tanto amplius conſequerentur, ſi fides Theophilo. Juſtinianus vero emancipatos cum reliquis fratribus ſuccedere voluit 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 promulgatam eſſe apparet ex eo, quod Imp. in ipſa lege mentionem Inſtitutionum facit. Veſtigium legis Anaſtaſianæ extat in *l.* 4. *C. de leg. tut.*

Aliis vero adgnatis, &c. anteponit eos, & procul dubio 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 fiverunt: 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 fæminini ſexus perſonas ex tranſverſo cognatione junguntur, tertio gradu proximitatis nomine prætor ad ſucceſſionem vocat.*

COMMENTARIUS.

HÆc 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, unquam 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 Senatuſconſultis & conſtitutionibus, de quibus actum eſt ſuperius.

Proximitatis nomine] Id eſt, cognatos; *l.* 3. *d. l.* 4. *unde cogn. l.* 8. *de ſuis & 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.

LIberi in adoptionem dati jus cognationis in familia naturali retinent, *l.* 1. §. 4. *unde cognati.* Pertinent autem hi ad primam claſſem, eorum ſcil. qui jus agnationis per capitis deminutionem amiſerunt, ut notavimus in fine §. 1. *hoc tit.* Quod ſi ab adoptivo patre emancipati fuerunt 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 ſcil. jam ex prima parte edicti veniant, qua prætor liberos vocat, §. *at hi.* 10. junct. §. *admonendi.* 13. *ſup. de hær. quæ ab inteſt. def.*

TEX-

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.* Theoph. ἀπὸ μητρὸς.

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 cognatorum habere; ex patris tantum latere junctos non item.*
3. *Natos ex damnato legibus coïtu omnis successionis esse expertes.*

IN tertia classe eorum, qui nomine proximitatis vocantur, sunt vulgo quæsiti; qui & ipsi inter se, & cum aliis per matrem à latere conjunctis jus cognationis habent. Ajo, à latere: quoniam inter matrem ipsam & liberos, licet vulgo quæsiti sint, etiam legitimæ hæreditatis capiendæ ultro citroque jus est ex Senatusconsultis & 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: cæteri omnes matrem sequuntur. *d. l.* 19. *l. lex.* 24. *de stat. hom.* Forster. *tract. de her. quæ ab int. circa fin. lib.* 1. 1

Ne inter se quidem possunt videri consanguinei] Argumentum à remotione generis ad remotionem speciei. Si vulgo quæsiti 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 soli fratres & 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 sororem vulgo quæsitam uxores ducere possint. *l.* 14. §. 2. *l. & nihil.* 54. *de rit. nupt.* Cæterum in causa successionis ratione patris jus cognationis nec inter se, nec cum patre, aut conjunctis per patrem habent; quantumvis nati sint ex concubina, quanquam hoc Justinianus patri succedere voluit in duas uncias, si nulli liberi legitimi nec uxor superstit, *aut. 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 viciissim 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 coïtu nati omnis successionis sive paternæ sive maternæ, tam ex testamento, quam ab intestato penitus sunt incapaces; nec ullum vel cognationis jus cum patre matreve, (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 successioni 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.* Palæot. *de noth. & spur. cap.* 43. Forster. *tit. de succeff. 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 citati.* De jure patrio dixi sub §. *penult. præc. tit.* 2 3

TEXTUS.

Ex quoto gradu vel agnati vel cognati succedunt.

5. *Hoc loco & illud necessario admonendi sumus, adgnationis quidem jure admitti aliquem ad hæreditatem, etsi decimo gra-*

gradu ſit, ſive de lege duodecim tabularum quæramus, ſive de edicto, quo prætor legitimis hæredibus daturum ſe bonorum poſſeſſionem pollicetur. Proximitatis vero nomine iis ſolis prætor 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, exploſa 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 inſinuatur differentia, quæ hac in parte ſit inter agnatos & cognatos.

1 *Agnationis jure etſi decimo gradu*] Nominis & familiæ propagandæ ſtudium fecit, ut ſucceſſio, quæ agnationis jure nititur, latius diffunderetur, quam quæ naturali duntaxat cognatione. Nec à prætore in infinitum producenda fuit ſucceſſio jure civili incognita. Ait, *etſi decimo.* Hoc dicitur πρὸς ἀλήθειαν ſexti, quo terminatur ſucceſſio cognatorum: nam agnatorum ſucceſſionem verius eſt nullo fine terminatam fuiſſe, ut mox audiemus.

Edicto quo prætor legitimis] Nam quibus jus civile legitimam defert hæreditatem, iiſdem, 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
2 loquuntur, *l.* 1. §. 3. *l. pen. unde cogn.* Quid prætotorem 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, Hotomanus & Weſembecius aliam afferunt, quia ſcilicet naturalis cognatio propter vitæ humanæ brevitatem ultra ſextum gradum non producatur. Sed hæc ratio, quod pace tantorum virorum dictum ſit, perſpicue inepta & falſa eſt. Tractatur enim hic non de ſucceſſione adſcendentium 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 dict. loco eandem illam rationem expreſſiſſe, & Modeſtinum quoque in *l.* 4. *in pr. de grad. & affin.* Verum illi, ut credibile eſt, in hac αἰτιολογίᾳ reſpexerunt 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 viceſimo gradu inter ſe diſtantes reperias. De eo 3
nemo dubitat, ſi Hotomanum 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.* Joan. Fab. Ang. Weſemb. *hic.* Forſter. *dict. tract.* 3. *cap.* 9. Unum ſupereſt non ſatis expeditum, utrum quemad- 4
modum 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 Joan. Fab. Ang. Porc. Mynſ. Schneid. Weſemb. & apud nos ſervari tradit Grot. *lib.* 2. *introduct. cap.* 30. Sed in contrarium movet, quod ſupra Juſtinianus tradidit, jure agnationis hæreditatem ultro citroque capi, etiamſi 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 fœminas 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, ut 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 is 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. Grot. 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, ſobrino & ſobrina natum & 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.

Quemadmodum fundamentum ſucceſſionis antiquæ fuit conſervatio gentium: ita Juſtinianus naturæ ſequutus ſimplicitatem, eos ad ſucceſſionem vocavit *Nov.* 118. quos defunctus quam maxime dilexiſſe cenſetur, id quod & aliis gentibus placuiſſe novimus. Grot. *de J. B. & P. lib.* II. *cap.* 7. §. 3. Quum itaque jam pridem obſervaſſent philoſophi, ὅτι μᾶλλον συνοχείωτερ τὸ ἀφ' ἑ τῷ γενηθέντι, ἢ τὸ γενόμενον τῷ ποιήσαντι, τὸ δ' ἐξ αὐτοῦ οἰκεῖον τῷ ἀφ' ἑ, *magis adfici cauſſam gignentem erga genitum, quam genitum erga gignentem? idque quod ex aliquo ortum eſt, id ei quaſi proprium eſſe:* præter cauſſam autem gignentem & genitum magnum ineſſe momentum τούτῳ αἵματι, καὶ τούτῃ ῥίζῃ, *eidem ſanguini & eidem radici:* Ariſt. *Ethic. ad Nicom. lib.* VIII. *cap.* 12. conſequi videbatur, ut ſucceſſio primum DESCENDERET; ſi, quo deſcenderet, non eſſet, ADSCENDERET, ſi nec adſcendere poſſet, ad LATUS divergeret. *Nov.* 118. *præf.* HEIN.

De ſucceſſione liberorum.

1. *Jure novell. liberos omnes, non habita ratione familiæ, ſexus, gradus, cæteris omnibus in ſucceſſione parentum præferri: & quæ inde conſectaria.*
2. *Duæ cauſæ, in quibus alia perſona cum liberis admittitur.*
3. *Quis ſuccedendi in hoc ordine modus.*
4. *De liberis legitimatis, illegitimis, & adoptivis, remiſſive.*

1 SUccedentium ab inteſtato tres ordines Juſtinianus noviſſime fecit *Nov.* 118. Primus eſt deſcendentium ſive liberorum defuncti. Hos voluit cæteris omnibus præferri, ſoloſque admitti ad hæreditatem parentum inteſtato mortuorum, & ita admitti omnes, ut neque ſexus, neque familiæ, neque gradus ulla prærogativa eſſet: ſed ſive maſculi ſint, ſive fœminæ, ſive ex maſculis, ſive ex fœminis 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 hæreditatem, eamve ad quoſcunque hæredes tranſmittendam, neceſſaria iis ſit aditio, uti & iis, qui ex fœminis deſcendunt, ut bene doctiſſimus Vigl. in §. *ſed hæc.* 5. *ſup. de exhær. 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 obſtare 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 thiis ſuis concurrant; ut jam olim juris fuit in nepotibus ſuis hæredibus, §. *cum filius.* 6. *ſup. de hær. quæ 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 conjungendis 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: utut id negent Cujac. *ad hanc Nov.* & Hotom. *ad calcem. tit. de hær. quæ ab int.* Duo tantum ſunt caſus, quibus parens ſuperſtes cum 2
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 uſusfructus eorum. *Nov.* 53. *c. ult. Nov.* 117. *cap.* 5. *auth. præterea. unde vir & ux.* de quo pluſcula D. Tuld. comm. *de hær. quæ ab int. c.* 14. Cæterum neutrum horum jure patrio obtinet. Modus ſuccedendi in hoc ordine talis eſt. Ne- 3
potes ſive ſoli ſint, diverſarum tamen ſtirpium, ſive cum thiis ſuis concurrant, ſuccedunt in ſtirpes; quoniam jure repræſentationis ſemper veniunt, ut ſcilicet in parentis demortui locum ſuccedant, non habita ratione, cujus ſexus parens fuerit, aut an liberos in poteſtate habuerit, nec ne, *d. cap.* 1. quod repræſentandi jus etiam in pronepotibus, & deinceps cæteris locum habet, concurrentibus cum iis, qui ſunt gradu proximiores. Per §. *ult. ſup. de hær. quæ ab inteſt.* Liberi vero omnes, qui ejuſdem ſunt ſtir- 4
pis & gradus, in capita ſuccedunt, id eſt, viritim, ut æqualiter hæreditas inter eos dividatur, *d. c.* 1. *facit* §. 6. *& d.* §. *ult. de hær. quæ ab. inteſt.* Sciendum autem eſt, Juſtinianum toto *d. cap.* 1. *Nov.* 118. loqui de ſolis liberis natis ex juſto matrimonio; quibus tamen etiam exæquati ſunt in hac cauſa liberi legitimati, §. 2. *ſup. d. tit.* ubi diximus. *Nov.* 74. & 89. De illegitimorum ſucceſſione alibi tractavimus, §. *pen. ſup. de Senatuſconſ. Orfic.* In ſucceſſione adoptivorum ſequendum, quod conſtitutum eſt *l. pen. C. de adopt.* de quo non uno loco diſſerimus ſub *tit. de hæred. quæ ab inteſt.* Sæpe etiam alibi monuimus, apud nos adop-

adoptionem in uſu non eſſe, certe non tribuere jus liberorum, aut cognationis omnino, ut ſub *rubr. de adopt.* & ſub *tit. de exhær. lib.*

De ſucceſſione parentum.

1. *In hoc ordine quis ſuccedendi modus; & an referat unde bona obvenerint?*
2. *Qui pariter cum adſcendentibus admittantur, & in quam partem?*

SEcundus ordo adſcendentium eſt, ſive parentum. Hi liberis defuncti non extantibus ad legitimam liberorum ſuorum hæreditatem vocantur hoc modo.
1 Si nec fratres defunctus 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 repræſentatio, *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 obvenerit, à paterna linea, an à materna, per *d. c.* 2. *verſ. ſi autem.* Gudelin. *lib.* 2. *de jure noviſſ. c.* 14. Fab. *C. ſuo, lib.*
2 6. *tit.* 33. *defin.* 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 ſuperſtites: quæ ſucceſſio in capita eſt, & hoc ſingulare habet, quod nec uſusfructus portionis fratribus delatæ parentibus, quorum in poteſtate ſunt, acquiratur, *d. c.* 2. *verſ. ſi vero.* Poſtea cum parentibus & fratribus germanis admiſſi 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. hær.* Nepotes ex fratre non idem juris habent; neque fratres conſanguinei tantum cum patre, aut uterini cum matre admittuntur, per *d. cap.* 2. *authent. 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.*

TErtius ordo collaterales habet, qui omnes ex *d. Nov.* 118. *c.* 3. veniunt remoto diſcrimine ſe-
1 xus, agnationis cognationiſve. Hos inter primum locum obtinent fratres ſororeſque germani ſeu ex utroque latere conjuncti; cum quibus tamen admittuntur & fratrem eorum defunctorum filii jure repræſentationis, 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, iiſdem 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 patruos 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 eſt, num fratrum 2
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. ab int. c.* 3. Fachin. 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. hær.* nec oſtendi poteſt, Juſtinianum quicquam, quod quidem ad hanc cauſam attinet, innovaſſe. Nam quod Accurſius, eumque ſecuti ajunt, conſtitutione Juſtiniani filios fratrum, jure repræſentationis vocari, atque ex eo ſic argumentantur; Qui jure repræſentationis ſuccedunt, illi non aliter ſuccedere poſſunt, quam in ſtirpes, cum non amplius poſſint accipere, quam is, cujus locum repræſentant, accepturus fuiſſet, §. *cum filius.* 6. *ſup. de hær. quæ ab int.* At filii fratrum ſuccedunt jure repræſentationis, *d. c.* 3. *Nov.* 118. Ergo. Ad hoc reſpondeo, falſam eſſe iſtius argumentationis aſſumptionem, ſi in ſenſu diviſo, de quo quæritur, accipiatur, hoc eſt, quando fratrum filii ſoli ſuccedunt. Nam Juſtinianus in *d. c.* 3. eo tantum caſu jus repræſentationis filiis fratrum concedit, quando concurrunt cum patruis 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 repræſentationis introducendum fuit, ut in patris locum ſuccederent, atque ex perſona ejus vocarentur: quod neceſſarium non eſt, cum ſoli reperiuntur, & propria ex perſona ſuccedere poſſunt. Non obſtat exemplum nepotum, quos conſtat in ſtirpes ſemper ſuccedere, ſive ſuccedant cum patruis, 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 hæ duæ ſpecies certo jure diſtinctæ ſunt. In linea recta deſcendentium nunquam proximitas ſpectatur, *d. §. cum filius. 6. & §. ult. de hær. quæ ab int.* in linea collaterali perpetuo & ſola, *ſup. de leg. agn. ſucc. in pr. & in pr. de ſucc. cogn. l.* 3. *C. de legit. hær.* unde unum tantum caſum, eum quem diximus, excepit Juſtinianus. Atqui ajunt, fratris filii excludunt defuncti patruum, qui eodem gradu eſt, *d. c.* 3. hoc vero certum eſſe argumentum, eos non jure proximitatis, ſed repræſentationis, ſuccedere. Reſpon-

deo, 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 repræſentationis; non magis quam ſi dicam, filius & filia defuncti patrem & matrem excludunt, qui eodem gradu ſunt, ergo ſuccedunt jure repræſentationis. Sed & frater ex utroque latere conjunctus præfertur fratri ex altero latere conjuncto duntaxat, qui tamen eodem gradu eſt, non tamen jure repræſentationis. 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 proximiore ſunt, ſi illorum jus ſit potius, ut ex conſtitutione Juſtiniani eſt jus filiorum fratrum; tanquam deſcendentium, quam patruorum aut avunculorum, qui inſtar ſunt adſcendentium: & 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 Parlamentis. Papon. *lib.* 21. *tit.* 1. *arreſt.* 11. & 12. Maynard. *lib.* 6. *deciſ.* 92. *num.* 3. Coſtal. *in l.* 1. §. *ultim. ſi pars hær. pet.* & pleriſque aliis ſupremæ juriſdictionis curiis. Teſſaur. *deciſ.* 162. Ant. Fab. *C. ſuo, tit. de legit. hær. defin.* 1. Chriſtin. *vol.* 1. *deciſ.* 194. Atque ita quidem ego olim pro Azone. Cæterum poſtea dum ſingula *d. cap.* 3. *Nov.* 118. enucleatius examino, vereri cœpi, ne non ſatis ex mente & ſententia Juſtiniani. Sane verbis *d. cap.* 3. Azonis opinio minus convenire mihi viſa, niſi cum Fachin. *d. 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 opulentius *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. *auth. poſt fratres. C. de leg. hær.* Atque hos ex æquo ſuccedere in omnia fratris defuncti bona, ſive ea paterna ſint, ſive materna, ſive quæſita aliunde, magna cauſa eſt cur exiſtimem; licet DD. comm. contra ſentiant, & conſanguineis paterna, uterinis materna aſſignent, aliunde quæſita 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 repræſentant: qua eadem ratione plerique defendunt, parentes liberis ſuis, remota quæſtione unde bona obvenerint, 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 indiſtincte 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 concurrens in altero fratrum defuncti à matre cognatio; aut efficere, ut is ob eam cauſam præferri debeat conjuncto tantum per patrem, ſi, unde bona obvenerint, non jus ſuccedentium, conſideremus: quemadmodum in feudis conſtat conſanguineos à germanis non excludi. Alvarot. *in tit. de ſucceſſ. frat.* § *in his vero. lib.* 2. *Feud. tit.* 11. Curt. *tract. de feud. part.* 3. *n.* 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. hær. & Nov.* 84. *c.* 1. §. 2. Sed veriſſimum eſt, minimeque obſcurum, quod etiam D. Göthofr. ad *d. l.* 13. notat, textus iſtos per hanc Novellam noſtram abrogatos eſſe: quippe in quibus pater fratribus omnibus poſtponitur; nec tamen alio caſu, quam cum pater adhuc vivit, & uſumfructum 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.* 84. *c.* 3. *in fin.* Unde duo colligimus, quæ diligenter notanda ſunt. Unum eſt, quod qualitas duplicis conjunctionis ſive plenioris ſanguinis non conſideratur ultra fratres eorumque filios: alterum, quod jus repræſentationis in hoc ordine fratrum filii terminant. De ſucceſſione lateralium illegitimorum plene diximus ſub. §. *pen. de ſucceſſ. cognat.* De lateralibus adoptivis ad §. 2. *de legit. agn. ſucceſſ.*

Forma ſuccedendi ab inteſtato apud Hollandos & Weſtfriſios.

1. *Quibus in oppidis & agris Scabinico olim jure, & in quibus Æsdomico circa ſucceſſionem ab inteſtato uſi?*
2. *Succeſſio Scabinica qualis, & quo fundamento nitatur?*
3. *Juris Æsdomici ratio, & qualis ex eo jure ſucceſſio?*
4. *Jus uniforme introductum conſtitutione polit an.* 1580. *ſed ab eo receſſum an.* 1599. *ut jam iterum duplex apud nos ſit ſuccedendi ratio.*
5. *Communia utriuſque juris in ſucceſſione deſcendentium & adſcendentium.*

6. *Una*

6. *Uno ex parentibus defuncti, liberos non relinquentis, mortuo, quid juris apud meridionales, ubi viget conſtitutio politica?*
7. *Quæ circa ſucceſſionem collateralium juxta d. conſtitutionem in univerſum tenenda?*
8. *Notatur inſignis differentia inter jus Rom. & hoc noſtrum, circa jus repræſentationis in linea transverſa.*
9. *Quid ſi nec fratres nec fratrum filii aut nepotes extent? & quid ſi aliquid d. conſtitutione omiſſum, ex quo jure de eo ſtatuendum?*
10. *Forma ſuccedendi apud Septentrionales & Weſtfriſios ex placito de ſucceſſ. ab inteſt. edito anno 1599. ſi defunctus nec liberos reliquerit, & alterum tantum parentum ſuperſtitem habeat.*
11. *Deciſio controverſiæ cujuſdam ortæ 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 patrui, avunculi, & his deficientibus cæteri?*
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 cujus juris normam id exigendum?*
18. *Quando & quibus in bonis prædicta conſtitutiones non obtinent?*

1 IN 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 *Aſingicum* dicimus. Illo utebantur urbes & agri Hollandiæ meridionalis, quæ ſcilicet Rheno & Moſa 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 Rhynlandia, licet magna hujus territorii pars cis Rhenum ſita ſit ad Africum. Cæterum Hagacomitatenſes & Roterodamenſes, quamvis ad plagam Yſſalæ ſeptentriona-
2 lem 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 extarent, 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, etiamſi 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 ſchema nobis exhibet conſtitutio politica edita anno 1580. excepto, quod infinitam collateralium repræſentationem ad fratrum nepotes & patruorum atque avunculorum filios reſtringit. Jus Æsdomicum contrario fundamento nititur, 3
hoc nimirum, **'t Naeſte bloedt / beurd het goedt:** id eſt, proximus ſanguine, proximus ſucceſſione: ita tamen ut hoc jure nihilominus deſcendentium cauſa potior eſſet, quam adſcendentium; atque adſcendentium, quam lateralium. Cum ergo in unoquoque ordine ſolam hic proximitatem & gradum ſpectari placeret, hinc eveniebat, ut ne in liberorum quidem ordine repræſentationi locus eſſet, ſed filii excluderent nepotes, hi pronepotes, &c. ut nulla germanitatis, conſanguinitatis aut uterinitatis haberetur ratio: ut patrui & avunculi, amitæ & materteræ cum fratrum & ſororum filiis in capita ſuccederent, denique collaterales omnes, uti quiſque gradu eſſet proximus. Plura qui hic noſſe deſiderat, adeat D. Neoſtad. *de pact. antenupt. obſ.* 2. D. Grot. *lib.* 2. *manuduct. ad Jurispr. Batav. c.* 28. Joh. Arn. Corvin. *in erot. ſubj. tit. lib.* 3. *inſt.* Ex duobus his tam diſſimilibus ac difformibus ſuccedendi modis tandem jus ſimplex atque uniforme conflatum eſt, quod ſine diſtinctione in locis omnibus hujus provinciæ ſervaretur. Id effectum AA. Ordinum con- 4
ſtitutione 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 quærentibus jus ſpeciale, ex Æsdomico & Scabinico mixtum ac temperatum: quod factum anno 1599. conſtitutione ſive placito de ſucceſſ. ab inteſtato: in cujus 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 5
eſt liberorum, in qua ſucceſſione gradus non quæritur, ſed cum liberis primi gradus ſuccedunt & liberi gradus ſecundi aut inferiorum jure repræſentationis ſeu in ſtirpes, ut tantam portionem accipiant, quantam parens eorum laturus fuiſſet, *art.* 20. *conſt. polit. art.* 1. *placit. de ſucceſſ. ab inteſt.* in quo nihil diſſonum à jure Romano; uti neque in eo, quod liberi, qui aliquid à parentibus acceperunt extra cauſam ſimplicis donationis, veluti ad ſubſidium matrimonii, ad mercaturam, aliamve negotiationem exercendam promovendamve, id fratribus conſortibus in diviſione hæreditatis conferre debent, *art.* 29. *d. conſtit. 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. constit. & art.* 2. *d. placit.* Altero vero parente mortuo jus variat. In omni autem successione, si fortè brevitatis causa masculorum tantum mentionem faciemus, memento, me eorum appellatione etiam fœ-
6 minas 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, neu quis alius descendentium, rupto morte unius è conjugibus thoro, ad liberorum suorum successionem venire possit, *art.* 22. & 26. *d. const. polit.* Uti si in cognatione paterna vel materna aut utraque reperirentur, avus & avia ambo adhuc superstites, hi defuncti thiis ex eodem latere, eorumque liberis præferantur, *art.* 25. *d. constit.*

De successione collateralium juxta *d. constit. 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 adscendentes, à successione removentur, ita nec ullos laterales per eundem parentem superstitem defuncto conjunctos ad successionem ejus vel in totum vel ex parte venire posse. 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 obvenerit. 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, cæterique collaterales 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. Postremo
8 & illud sciendum, quanquam hoc nunc per totam Hollandiam observatur, jus repræsentationis (quod est vetus jus Scabinicum) porrigi tantum in linea transversali ad fratrum & sororum nepotes, & patruorum atque avunculorum filios inclusivè. Ubi notanda insignis inter jus Romanum & hoc nostrum differentia. Nam jure Romano in linea collaterali soli jus repræsentationis 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 repræsentationis succedunt. Inter cæteros autem laterales jus Æsdomicum servari, quo jure qui gradu proximior est, ulteriorem excludit, paresque gradu in capita succedunt, *art.* 28. *d. const. pol.* Quod autem apud Roterodamenses duobus gradibus ulterius, quam dictum est, jus repræsentationis extenditur, ex speciali concessione est. Igitur vel utroque parente vel altero deficiente, fratribus & sororibus, & jure repræsentationis filiis eorum ac nepotibus, defertur hæreditas; ut tamen in familia erciscunda, quod ad fratres & deinceps ex uno latere conjunctos attinet, servetur illud discrimen, cujus modo mentio facta, *art.* 22. & *seqq. d. constit. pol.* Si nec fratres nec fratrum filii aut 9
nepotes extent, tum hæreditas, uti dictum est, in duas partes secatur, quarum unam laterales paterni accipiunt, alteram materni, *art.* 27. *d. constit.* 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 patrui & avunculi, & jure repræsentationis 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, aviæ, & qui supra hos sunt adscendentibus: item patruis, avunculis, eorumque liberis. Cæterum in capita, non in stirpes hæreditatem partiuntur, ut jam dictum est. Si quid inciderit, quod non satis expressè per *d. const. 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 & Westfri- 10
sios, qui ante simplici jure Æsdomico utebantur, hæc porro forma succedendi ex placito de succes. ab intest. anni 1599. servatur. Mortuo uno ex primi gradus parentibus ejus, de cujus successione quæritur, & qui nec liberos reliquit, parens superstes una cum fratribus defuncti, & fratrum filiis ac nepotibus, per repræsentationem ad intestati successionem admittuntur, *art.* 3. *d. plac. de succes. ab int.* Cumque jure Romano parentes cum fratribus defuncti vocèntur 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 superstitem tota successio pertinet, etiamsi prædictorum fratrum liberi superstint, aut etiam fratres defuncto conjuncti per parentem superstitem duntaxat. Quod deficientibus fratribus germanis 11
nihilominus cum parente superstite admitti dicimus fratres ex uno parente conjunctos, dum ex præmortuo, id quidem verbis finalibus *d. art.* 3. *placit. de succ.*

ab

ab int. patum convenire videtur: ſed tamen lite ſuper ea re exorta inter patrem ſuperſtitem & fratrem defuncti ex præmortua matre, Curia provincialis ſecundum fratrem pronuntiavit; & appellatione quoque deinde interpoſita, ſententia Curiæ à ſupremo Senatu approbata eſt. D. Coren. *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 ſuperſtites 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.*

Collateralium autem ſucceſſio ſic ſecundum *d. plac.* procedit. Si neque liberi nec primi gradus parentes extent, fratres fratrumque filii & nepotes (qui hic etiam cum altero parente ſuperſtite ſuccedunt eo, quo ſupra diximus, modo) ad univerſa defuncti bona veniunt, videlicet fratrum filii & nepotes jure repræſentationis, *art.* 4. *d. conſtit. 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, eorumve filii aut nepotes, cum germanis eorumve filiis aut nepotibus concurrant, tum duo ſemiſſes fiunt, quorum alter inter fratres vel conſanguineos vel uterinos, eorumve filios vel nepotes, & fratres germanos eorumve 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 deficiant; extent 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,
13 *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 quæritur, utrum progeniti 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 pa- 14
trui & avunculi in capita, eorumque liberi primi gradus ex repræſentatione, ſucceduntque in omnia defuncti bona, ſine inquiſitione, utrum patrui aut avunculi per utrumque parentem patri defuncti juncti ſint, an per alterum duntaxat, *art.* 9. *d. plac.* Si nec patrui nec avunculi extabunt, 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 patrui magni & avunculi magni cum conſobrinis 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.* Cæ- 15
terum 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 commemora- 16
tis, ubi viget *d. plac. de ſucc. ab int.* attenditur, unde aut à qua parte bona profecta ſint, neque utrum ſint hæreditaria, an ex quæſtu aut aliunde obvenerint, *art. d. plac.* 13. Poſtremo ſi quid incidens videri poſ- 17
ſit, *d. conſtit. 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. conſtit. de ſucc. ab. int.* Illud etiam ſciendum eſt, prædi- 18
ctas conſtitutiones DD. Ordinum non alias locum habere, quam ſi teſtamentis, pactis antenuptialibus, aliiſve modis, expreſſis *art.* 19. & 29. *conſt. polit.* aliter cautum non probetur. Succeſſionibus quoque feudalibus nihil iſtis conſtitutionibus derogatum eſt; projnde in feudis antiqua & propria natura ſuccedendi etiam nunc ſequenda erit, de qua tractatum ſcripſit D. Neoſtadius piæ memoriæ, ſupremæ apud nos Curiæ quondam Senator. add. D. Hug Grot. *introduct. ad Jurispr. Batav. lib.* 2. *cap.* 41.

TITULUS SEXTUS.

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, quæ etiam à latere dicitur. Superior cognatio eſt parentum: inferior liberorum: ex tranſverſo fratrum ſororumve, & eorum, qui quæve ex his generantur: & convenienter patrui, amitæ, avunculi, materteræ. Et ſuperior quidem & inferior cognatio à primo gradu incipit: at ea, quæ ex tranſverſo numeratur, à ſecundo.

COMMENTARIUS.

1. *Cauſa, ob quas cognationum gradus noſſe oporteat: & cur ſeriem generationum, gradus Juriſconſulti vocitent?*
2. *Qua ſerie gradus numerentur tum in cognationis linea recta, tum in laterali.*

1 NOn unam ob cauſam Juriſconſultus cognationum gradus noſſe debet: nam & legitimæ hæreditates & tutelæ ad proximum quemque agnatum redire conſuerunt, & 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 inviti 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 diverſa 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, eorundemque numerandorum rationem hoc titulo oſtendit. Gradus Juriſconſulti μεθοδικῶς vocant ipſam generationum ſeriem, quod alii ab aliis, quaſi gradibus quibuſdam oriantur. 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, tranſeamus, *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 adſcendentes; 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 coëunt, quæ ſcilicet eorum eſt, qui pari gradu diſtant à communi parente: vel inæqualis, cum alter eſt remotior, ut patruus & fratris filius. Recta 2 linea & ſurſum & deorſum initium capit à primo gradu: tranſverſa autem incipit à gradu ſecundo. *l.* 1. §. 1. *l. γράμματα.* 9. *de grad. & affin. & hoc text. in fin.* Ut ecce, pater recta generat filium; filius recta generatur à patre: & ita deinceps adſcendendo aut deſcendendo progrediendum, totidemque gradus numerandi, quot ſunt generationes. Lateralis autem cognatio ex alio originem trahit, quam de cujus hæreditate agitur puta fratris ex patre aut matre, patrui & 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 fit 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 quæritur, ad communem cognationis auctorem, ἐπὶ τὸ τῆς συγγενείας αἴτιον πρόσωπον, ut Theoph. *de legit. agn. ſucc. in princ.* ſurſum progrediare, & inde rurſus deorſum ad alterum; de quo & ipſo quæritur. Quamobrem ſi quæratur, frater quoto gradu à fratre diſtet, primum ab uno fratre adſcendendum eſt ad caput utriuſque, patrem ſcilicet; deinde deſcendendum ad alterum fratrem, & comperiemus 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 quæras quoto gradu patruus tuus tibi conjunctus ſit, adſcende primum ad avum veſtræ cognationis communem limitem: deinde iterum deſcende ad ejus filium, qui eſt patruus tuus, & reperies eum tibi conjungi tertio gradu cognationis. In remotioribus longiori circuitu opus eſt: eadem tamen proportio ſervatur: numera enim generationes, & gradus

nume-

numeraveris. Atque hæc eſt perſpicua, germana, ipſique naturæ prorſus conſentanea graduum numeratio.

TEXTUS.

De 1. 2. & 3. gradu.

1. *Primo gradu eſt ſupra pater, mater: infra filius, filia.* 2. *Secundo gradu ſupra avus, avia: infra nepos, neptis: ex transverſo frater, ſoror.* 3. *Tertio gradu ſupra proavus, proavia: infra pronepos, proneptis: ex transverſo fratris ſororiſque filius, filia: & convenienter patruus, amita, avunculus, matertera. Patruus eſt patris frater, qui Græcis πατραδελφος appellatur. Avunculus eſt frater matris, qui Græcè μητραδελφος dicitur, & uterque promiſcuè θειος appellatur. Amita eſt patris ſoror: quæ Græcè πατραδελφη appellatur, Matertera vero matris ſoror, quæ Græce μητραδελφη dicitur: & utraque promiſcuè θεια 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 πατραδελφος & μητραδελφος apud Cujac. Hotoman. Cont. Weſemb. legitur πατρωος & μητρωος, quomodo & Theophilus habet. Illa autem πατραδελφη & μητραδελφη non agnoſcunt: nec ſatis Græca ſunt: quoniam Græci non ſolent ſic compoſita efferre terminatione fæminina: & diſerte Pollux in ὀνομαστικῷ ſcribit, τὼ πατρὸς ἀδελφὴν πατραδελφον, τὼ δὲ μητρὸς μητραδελφον appellari, θειος & θεια communia nomina eſſe conſtat, quibus promiſcuè fratres & ſorores tam patris quam matris appellantur. In calce §. 3. inter θεια & *appellatur*, in nonnullis editionibus interpoſitum eſt, *quæ etiam* τιτθις, quod interſerit etiam Theophilus, quamvis fortaſſis de ſuo, ut paraphraſtes. Plane Polluci τιτθις eſt ἡ μητραδελφος. Heſychio & Suidæ θεια, tam patris quam matris ſoror, ſed apud hos legitur τηθις. Fratris ſororiſque filii & filiæ ſpeciale cognationis nomen apud Romanos non habent, *l. ult. §. tertio. 14. de grad. & affin.* Apud Græcos habent, & eleganter fratris filius ἀδελφιδους, filia fratris ἀδελφιδη vocatur. Eraſmus & Valla ἀδελφιδους patrueles vertunt: quo nomine rectè notantur à D. Giphanio. Æacus Plutonis ἀδελφιδους apud Lucianum, Jovis & Æginæ filius. Fratruelis. Gloſſ. gr. lat. ἀδελφιδους, fratruelis, fratris filius, vel fraternus. VINN. Dicuntur & NEPOTES, quamvis ea notio ſequiorem Latinitatem ſapiat. Vid. Caſaub. ad Spart. *Hadr. cap.* 2. Voſſ. *de vit. Serm. cap.* 27. Attamen Ovid. 3. *Pont. eleg.* 3. ad Cupidinem:

Cæſar ab Æenea qui tibi fratre nepos.

quod notavit Barthius *ad* Guill. Brit. *p.* 431. Sæculo 4. Licinium *Conſtantini ex ſorore nepotem* vocant Hieron. *Chron. n.* 2330. & Oroſ. *lib.* VII. *cap.* 28. Quæ loca ſuppeditat V. C. Chriſt. Cellar. *in Cur. poſter. p.* 235. HEIN.

TEXTUS.

Quartus gradus.

4. *Quarto gradu ſupra abavus, abavia: infra abnepos, abneptis: ex transverſo fratris ſororiſque nepos neptiſve: & convenienter patruus magnus, amita magna, id eſt, avi frater & ſoror: item avunculus magnus & matertera magna, id eſt, aviæ frater & ſoror: conſobrinus, conſobrina, id eſt, qui quæve ex ſororibus aut fratribus procreantur. Sed quidam rectè conſobrinos eos propriè dici putant, qui ex duabus ſororibus progenerantur, quaſi conſororinos: eos vero, qui ex duobus fratribus progenerantur, propriè fratres patrueles vocari. Si autem ex duobus fratribus filiæ naſcuntur, ſorores patrueles appellari. At eos, qui ex fratre & ſorore progenerantur, amitinos propriè dici putant. Amitæ tuæ filii conſobrinum te appellant, tu illos amitinos.*

NOTÆ.

4. *Quidam rectè conſobrinos, &c.*] Qui quæve ex duobus fratribus nati nataeve ſunt, fratres & ſorores patrueles propriè appellantur; qui quæve ex duabus ſororibus, conſobrini conſobrinæque, quaſi conſororini; qui quæve ex fratre & ſorore amitini & amitinæ, *l.* 1. §. 6. *l. ult.* §. 15. *h. tit.* ubi tamen JCti teſtantur hos omnes à pleriſque communi appellatione conſobrinos vocari.

COMMENTARIUS.

HÆc quoque ſunt perſpicua quoad rem ipſam, illud tantum notandum, quod tum qui ex duobus fratribus, tum qui ex duabus ſororibus, item qui ex fratre & ſorore nati ſunt, propriis quidem nominibus diſtinguuntur, ſed quorum pleriſque vulgo promiſcue utimur. Nam & qui quæve ex duobus fratribus nati nataeve ſunt, fratres & ſorores patrueles proprie appellari; qui quæve ex duabus ſororibus, conſobrinos conſobrinaſque, quaſi conſororinos; qui quæve ex fratre & ſorore, amitinos & amitinas dici tradunt Cajus *l.* 1. §. *quarto.* 6. & Paul. *l. ult.* §. *quarto.* 15. *de grad. & affin.* ubi tamen hos omnes à pleriſque uno communi nomine conſobrinos vocari teſtantur: quemadmodum apud Belgas quoque hi omnes dicuntur **Suſterlingen**/ quod reſpondet τῷ *conſobrini.* Et quamvis amitini nunquam inter ſe duo ſint, quoniam qui alteri amitinus eſt, is ab eo conſobrinus nominatur, ut in *fin. hujus* §. etiam Juſtinianus indicat: tamen ex ſorore & fratre natos mutuo amitinos quoque dici ſignificant. Ex quo hoc etiam apparet, conſobrinorum nomen non poſſe reſtringi ad ſolos duarum ſororum liberos: nam avunculi filium non alio nomine proprie appellare poſſum, quam conſobrini.

In lege Pompeja de parricidiis appellatione patruelium videntur significari fratres & sorores consanguinei, matruelium uterini, *l.* 1. *de parricid.* nec enim potes illo loco patruelem & matruelem consobrinos interpretari cum Bachovio; tum quia non debent consobrini præponi patruo & avunculo; tum etiam, quia eodem loco post patruum & avunculum collocantur consobrinus & consobrina, ut bene observavit D. Cujac. 6. *obs.* 17. ubi refert, etiam Græcos patruelem interpretatos ὁμοπάτριον, fratrem sororemque consanguineos, matruelem ὁμομήτριον, fratrem sororemque uterinos. Itaque & qui ex duobus fratribus orti sunt, fratres patrueles recte 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, atneptis: ex transverso fratris sororisque pronepos, proneptis: & convenienter propatruus, proamita; id est, proavi frater & soror: & proavunculus & promatertera, id est, proaviæ frater & soror: item fratris patruelis, vel sororis patruelis, consobrini & consobrinæ, amitini & amitinæ filius, filia: propior sobrino, propior sobrina. Hi sunt patrui magni, amitæ magnæ, avunculi magni, materteræ magnæ filius, filia.*

NOTÆ.

5. *Propius sobrino*] Dicitur & propior sobrino, *d. l.* 1. §. *ult. l. ult.* §. 16. *vers. persona, eod.* & propior sobrinus, *l.* 2. *C. und. leg.* Græci σαφέστερον ἐγγύτερον appellant in *l.* 2. *C. comm. de succes.*

COMMENTARIUS.

PRopior *sobrino*] Propior sobrino, sobrina, & propius sobrino, sobrina; item propior sobrinus, sobrina, & propius sobrinus, sobrina, recte omnimodo dicetur, *l.* 1. §. *ult. l. ult.* §. *quinto.* 16. *vers. persona. de grad. & affin. l.* 2. *C. unde leg.* Paul. 4. *sent.* 11. Festus in verbo *propius.* Usitatius tamen est *propior sobrino*, pro quo Tacitus 12. *annal.* 64. dixit *sobrino prior. Lepida*, inquit, *minore Antonia genita, avunculo Augusto, Agrippinæ sobrina prior*, &c. *parem sibi claritudinem credebat.* Neque enim necesse est, ut cum Cujacio & Giphanio pro *prior* legamus *propior*; nam utrique voculæ eadem vis, ut bene Lipsius. Est autem propior sobrino, sobrina, patris ejus, de cujus cognatione quæritur, consobrinus, 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 sobrino ego etiam vocer propior sobrinus, *l.* 2. *C. unde legit.* Fest. *d. loc.* ubi ait, propius sobrino mihi esse consobrini mei filium & patris mei consobrinum.

TEXTUS.

Sextus gradus.

6. *Sexto gradu supra tritavus, tritavia: infra trinepos, trineptis: ex transverso fratris sororisque abnepos, abneptis: & convenienter abpatruus, abamita, id est, abavi frater & soror: abavunculus, abmatertera, id est, abaviæ frater & soror: item propatrui, proamitæ, proavunculi, promateterteræ filius, filia: item propius sobrino, sobrinave filius, filia: item consobrini, consobrinæ nepos, neptis: item sobrini, sobrinæ, id est, qui quæve ex fratribus vel sororibus patruelibus, vel consobrinis, vel amitinis progenerantur.*

COMMENTARIUS.

ITem *propius sobrino sobrinave, filius filia*] Hæc verba omnino inducenda sunt, ut superflua. Etenim filii & filiæ propioris mei sobrini & sobrinæ, aut sunt mihi nepotes ac neptes consobrini & consobrinæ, aut ipsi mihi sobrini & sobrinæ: quorum utrorumque mox fit mentio. Hoc autem dempto cætera recte habent: neque aut plura demere cum Cujacio, aut ordinem mutare cum Hotomanno aut Wesembecio necesse est. Omnino enim male Gothofredus verba ista retinuit, illa autem, *item consobrini*, &c. expunxit.

Item consobrini, consobrinæ nepos, neptis] Hotomannus ex Cajo *l.* 3. *de grad. & affin.* sic restituit, *Item fratris patruelis, sororis patruelis, consobrini, consobrinæ, amitini, amitinæ nepos, neptis.* Nulla tamen necessitate: quoniam, ut supra notatum est, generali consobrinorum appellatione patrueles quoque & amitini continentur.

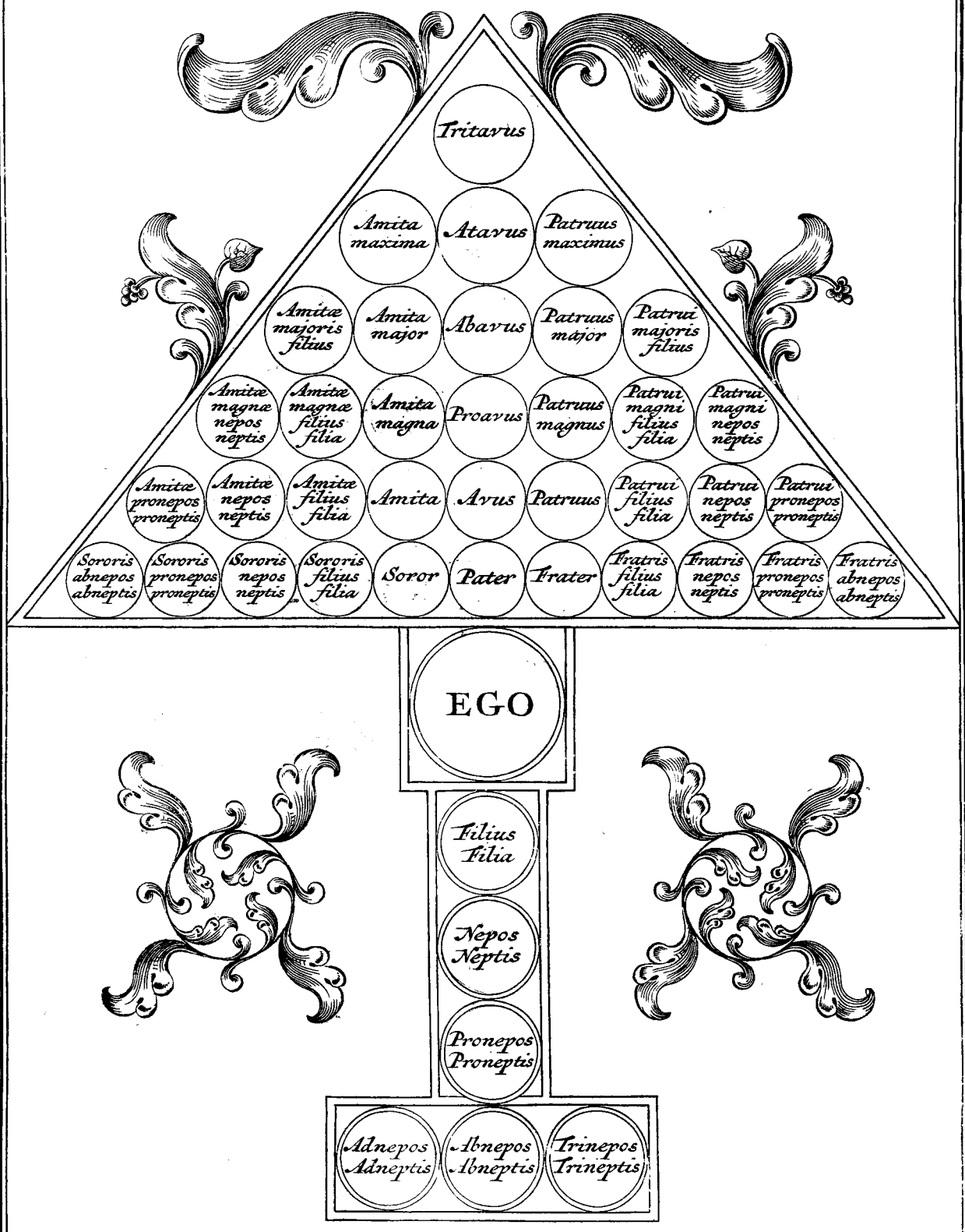
Qui quæve ex fratribus patruelibus] Sobrinorum nomina, ut patruelium & consobrinorum, inter se referuntur, ut qui mihi sobrinus est, ego ei viciſſim sim sobrinus. Ne quis igitur ex hoc loco existimet, fratris patruelis, &c. filium sobrinum dici. Sententia enim Imperatoris hæc est, utrinque sobrinos dici eos, qui ex duobus patruelibus, ex amitino & consobrino, ex duobus item consobrinis nati sunt: quos nos achterſuſters kinderen / vocamus. Hoc gradu propria cognationis nomina desinunt, *l. ult.* §. *ult. de grad. & affin.*

TEXTUS.

De reliquis gradibus.

7. *Hactenus ostendisse sufficiat, quemadmodum gradus cognationis numerentur. Namque ex his palam est intelligere, quemadmodum ulteriores quoque gradus numerare debeamus: quippe semper generata persona gradum adji-*

TYPUS HIC REFERENDUS EST AD
paginam 563. § IX. Tituli VI. de gradibus Cognationis.



adjicit: ut longe facilius ſit reſpondere, quoto quiſque gradu 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. Jus autem Canon. alia denumeratione utitur in linea tranſverſa; quæ tamen in cauſis matrimonialibus duntaxat ſervatur, *v. t. ad ſedem. c. parentela. c.* 35. *q.* 5.

COMMENTARIUS.

Generata perſona gradum adjicit] Quantum numerus generationum, tantundem excreſcit numerus graduum. Quippe unaquæque generatio gradum facit. Et ideo in quavis quæſtione propoſita videndum, quot inter utramque perſonam generationes extiterint, atque ex earum numero conſtituendus erit numerus graduum.

TEXTUS.

De gradibus agnationis.

8. *Adgnationis quoque gradus eodem modo numerantur.*

COMMENTARIUS.

RECte Hotomannus 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 infigatur: ideo neceſſarium duximus, poſt narrationem graduum, eos etiam præſenti libro inſcribi, quatenus poſſint & auribus & oculorum inſpectione adoleſcentes perfectiſſimam graduum doctrinam adipiſci.*

COMMENTARIUS.

REi cujuſque cognitio certius ex oculorum ſenſu, quam aurium percipitur. Cujus rei rationem Ariſtoteles διὰ αἰσθήσεως 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*; *v.* 180.

Segnius irritant animos demiſſa per aurem,
Quam quæ 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. ὀφθαλμοὶ τῶν ὤτων ἀκριβέστεροι μάρτυρες.

Præſenti libro inſcribi] Hæc graduum cognationis deſcriptio periit temporum injuria. Sed nullo negotio ſimilis delineari & in tabula repræſentari 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 SEPTIMUS.

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 cujuſcunque ſexus; & ad libertatem his perventibus, ii qui ex ſervili ventre nati ſunt, libertatem meruerint, vel dum mulieres liberæ 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 mutuam 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.* VINN. Eodem modo loquuti sunt veteres quidam Aurel. Victor: *Nerva Trajanum in liberi locum adoptavit.* Add. Quinctil. *Declam.* 11. *l.* 33. *C. de inoff. test.* Ex instituto ea de voce disputant Voss. *de analog. lib.* 1. *cap.* 42. Munker. *ad Hygin. fab.* 9. & V. C. Dukerus *de Lat. vet. JCt. p.* 385. HEIN.

Sive ex aliis nuptiis] Vide comm. etiam Cujac. & Hotom. *qualicumque copulatione.* Sed tamen nati ex nefario & damnato coitu succedere nequeunt.

COMMENTARIUS.

NOtant fere recentiores omnes, in plerisque manuscriptis & in Græca paraphrasi hunc locum nullam novam inscriptionem habere; sed cohærere titulo præcedenti: 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 excrescat 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 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 servitutem serviunt, nec successorem habere possunt, nec ipsi alteri succedere, *l.* 4. *C. commun de succes.* 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.* 10. *sup. de nupt. l. adoptivus.* 14. §. 2. *& 3. de rit. nupt.* Quo loco etiam diversi juris ratio indicatur, hæc nimirum, quod in contrahendis matrimoniis naturale jus & pudor inspicitur. In successionibus 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] Etsi 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 ancillisve, si parentibus manumissis ipsi quoque manumissi sint superstites, eis ab intestato succedunt, exclusis patronis, à quibus ipsi antea excludebantur.

Alterum in alterius successionem mutuam] 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. sin autem. tit. seq.* Quamvis sane fratres patrono præferendos arguat, *l.* 2. *C. ad Senatusconsf. 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. quæ lib. l. ult. C. comm. de succes.* 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 succedunt, sed etiam cum aliis, qui post parentum libertatem nascuntur.

Sive ex aliis nuptiis] Verbum *nuptiis* tollendum esse censent Cujac. Cont. Hotom. Giphan. auctoritate quorundam manuscriptorum & Theophili, apud quem tantum est, εἴτε ἐκ ἀλλοφύλων. 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.

TEXTUS.

Collatio ordinum & graduum.

1. *Repetitis itaque omnibus, quæ jam tradimus, apparet non semper eos, qui parem gradum cognationis obtinent, pariter vocari: eoque amplius ne eum quidem, qui proximior sit cognatus, semper potiorem esse. Cum enim prima causa sit suorum hæredum, & eorum, quos inter suos hæredes enumeravimus, apparet, pronepotem vel abnepotem defuncti potiorem esse, quam fratrem aut patrem aut ma-*

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 fœmineo sexu propagatus est. Amotis quoque suis hæredibus, & quos inter suos hæredes vocari diximus, adgnatus, qui integrum jus habet adgnationis, etiamsi longissimo gradu sit, plerumque potior habetur, quam proximior cognatus. Nam patrui nepos vel pronepos avunculo vel materteræ præfertur. Toties igitur dicimus, aut potiorem haberi eum, qui proximiorem gradum cognationis obtinet, aut pariter vocari eos, qui cognati sunt; quoties neque suorum hæredum quique inter suos hæredes sunt, neque adgnationis jure aliquis præferri debeat, secundum ea, quæ tradidimus: exceptis fratre & sorore emancipatis, qui ad successionem fratrum vel sororum vocantur: qui etsi capite deminuti sunt, tamen præferuntur cæteris ulterioris gradus adgnatis.

NOTÆ.

Exceptis fratre & sorore emancip.] Ex constitutione Anastasii §. 1. *sup. d. tit.* item sorore uterina & sororis consanguineæ sive uterinæ filiis & filiabus, §. 4. *sup. de leg. agn. succ.* Hodie adgnatorum & cognatorum jura confusa sunt. *Nov.* 118. ubi Just. tres novos ordines succedentium fecit. 1. Descendentium, qui reliquos omnes excludunt; in quo ordine graduum ratio non habetur. 2. Adscendentium; 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 repræsentationis una cum thiis suis veniunt, thiisque defuncti, ejusque fratribus ex uno latere conjunctis præferuntur.

COMMENTARIUS.

HIc locus ad ea omnia, quæ hactenus hoc libro tractata sunt, generaliter pertinet. Summa est, duas esse succedentium prærogativas, unam in ordine, alteram in gradu: illius autem quam hujus potiorem rationem esse; in tantum ut qui ordine præcedit, licet gradu sit posterior, præferatur ei, qui est posterior ordine, quantumvis gradu prior.

Pronepotem vel abnepotem, &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 repræsentationis & successio in locum patris facit, ut nepos non videatur remotior.

Amotis quoque suis hæredibus, agnatus etiamsi 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 repræsentatio locum non habet, extra quam quod novissimo jure introductum est. *Nov.* 118. *c.* 3. si fratrum filii cum patruis concurrant. Cæterum revolve, quæ tradita *tit. de leg. agn. succ.* item de Senatusconsf. Tertylliano §. 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 adscendentium, tertium collateralium. Descendentes reliquos omnes excludunt; neque inter eos gradus prærogativa servatur. Cum adscendentibus 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 repræsentationis simul cum patruis & avunculis suis veniunt, & patruis 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 OCTAVUS.

DE SUCCESSIONE LIBERTORUM.

Dig. Lib. 38. *Tit.* 2.

Ratio ordinis, & summa tituli.

HUc 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 liberto succeditur. Circa hæreditates libertorum mira extitit juris varietas. Aliud lege 12. tabularum constitutum fuit; aliud prætores introduxerunt: quod auctum postea lege Papia: postremo ali-

ter hanc causam definivit Justinianus: quæ singula hic ordine referuntur & explicantur.

TEXTUS.

Qui succedunt. De lege 12. Tabb.

Nunc de libertorum bonis videamus. Olim itaque licebat liberto 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 liberto, 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.*

NAm *ita demum lex 12. tabb.*] Argumentum ex contrariis, quo probat jure antiquo 12. tabb. licuisse liberto 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 relictum sit.

Hærede suo nullo relicto] Intestato liberto mortuo lex duodecim tabularum primum suis hæredibus defert hæreditatem: si hi non fuerint, tunc patrono. Ulp. *l. 3. in pr. de suis & leg. & in fragm. tit. 27. & tit. ult. in pr.* ubi sic scribit; *Civis Romani liberti hæreditatem lex duodecim tabularum patrono defert, si intestato sine suo hærede libertus decesserit. Ideoque sive testamento facto decedat, licet suus hæres ei non sit, seu intestato, & suus hæres ei sit, quamvis non naturalis, sed uxor, puta quæ in manu fuit, vel adoptivus filius, lex patrono nihil præ-*
1 *stat.* Hinc vero apparet, legem non alio jure patronum censuisse, quam agnatorum, qui & ipsi ab intestato post suos hæredes vocantur, & testamento præteriri possunt. Quod autem primo loco & solum post suos hæredes patronum lex vocat, mirum non est: quoniam liberti agnatos non habent. VINN. Recte Vinnius observat patronum liberto loco agnati fuisse. Diserte id dicit Justin. in constitutione græca, quam ex Basilicis primus extulit Cujac. *lib. XX. obs. cap. 34.* Ἐπειδὴ δὲ δοκοῦσι συγγενεῖς εἶναι τῶν ἐλευθερωμένων οἱ ἐλευθερῶντες ἀνῆκε, διὰ τοῦτο καὶ κλῆσιν ἐν τῷ νομίμῳ διαδοχῆς. Ὥσπερ ἐπὶ τῶν ἐγγόνων οἱ καλὰ βαθμὸν ἐγγύτεροι καλοῦσι, οὕτως καὶ ἐπὶ τῶν ἀπελευθέρων. *Quum veluti agnati libertorum patroni censeantur: hinc & vocantur ad legitimam successionem. Quemadmodum ingenuorum agnati gradu propiores vocantur: ita & libertinorum.* Inde est, quod & nomina patronorum & cognomina adsumerent liberti. Vid. Lactant. *Inst. div. lib. IV. cap. 3.* Car. Sigon. *de nom. propr. Rom. p. 1418.* HEIN.

Si adoptivus filius, aperte iniquum] Patronum à liberti liberis naturalibus, id est, procreatis justo matrimonio, excludi, indignum visum non est: at iniquum visum, eundem excludi etiam ab adoptivis & adscitiis. Cur vero iniquis in patrono id minus ferendum
2 fuit, quam in patre, matre, fratribus, sororibus reliquisque agnatis & cognatis, quibus omnibus filium adoptivum in hæreditate ingenui præferri constat? Putat D. Hotomannus, prætorem ideo plus juris patronis in bonis libertorum concessisse, ne alioqui duras nimis conditiones libertis suis in præstanda libertate imponerent, *arg. l. 1. de bon. libert.* Sed & illud durius culum visum, posse patronum per quemvis hæredem testamento liberti scriptum repelli. Cæterum erat hoc consequens liberæ testandi facultati lege duodecim tabularum civibus omnibus datæ.

TEXTUS.

De jure prætorio.

1. *Qua de causa postea prætoris edicto hæc 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 dimidiæ bonorum possessio. Sive intestatus moriebatur, suo hærede relicto filio adoptivo, dabatur æque patrono contra hunc suum hæredem partis dimidiæ 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 hæredes erant, aut præteriti contra tabulas bonorum possessionem ex edicto prætorio petierant. Nam exhæredati nullo modo repellebant patronum.*

NOTÆ.

1. *Dimidiam bonorum*] Non tamen admittebatur patronus contra ea bona liberti, quæ in castris quæsita, *l. 3. §. 6. de bon. libert.*

Æque patrono dabatur, &c. bonor. possessio] Theoph. πραίτωρ ἐδίδου τῷ contra tabulas. Sed aut somniavit, aut corruptus est. Qui enim contra tabulas liberto intestato mortuo?

Si modo ex aliqua parte scripti] Hæc clausula pertinet ad datos in adoptionem.

Exhæredati nullo modo, &c.] Intellige, nisi per querelam

relam teſtamentum, ut inofficioſum, evertiſſent.

COMMENTARIUS.

PRætor duo mutavit. Primum teſtandi licentiam in liberto coërcuit, juſſitque libertum ita teſtari, ut patrono non minus parte dimidia bonorum relinqueret, data patrono partis dimidiæ bonorum contra tabulas poſſeſſione, ſi aut nihil, aut minus parte dimidia ei relictum eſſet. Cæterum quod hic ſimpliciter ſcriptum eſt, id hanc habet exceptionem, niſi libertus liberos naturales, ſive ſuos, ſive emancipatos (nam liberi adoptivi jure prætorio non plus juris contra patronum habent, quam extranei) hæredes inſtituerit: quippe à quibus & non facto teſtamento patronus excluderetur. Ulp. *d. tit. ult. in pr.*

Sive inteſtatus relicto filio adoptivo] Hoc alterum eſt, quod in hac cauſa mutavit prætor. Nam lex 12. tabularum etiam adoptivo filio ſuo hærede exiſtente patronum in totum ab hæreditate liberti inteſtato mortuo excludebat. Edicto vero prætoris 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, §. *at hi.* 10. & §. 12. *cum ſeq. ſup. de har. quæ ab int.* Patronum igitur excludere non potuerunt, niſi teſtamento hæredes ſcripti: ac proinde clauſula ſequens, *ſi modo ex aliqua parte ſcripti hæredes erant*, adjecta eſt.

Aut præteriti 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, §. *eadem.* 12. *ſup. de har. quæ ab inteſt.*

Exhæredati nullo modo] Sed quid ſi teſtamentum per querelam everſum fuerit? Dubitandum non eſt, quin liberi 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 ſeſtertium 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 hæredem reliquerat libertus, perinde pars dimidia debebatur patrono, ac ſi is ſine ullo filio filiave inteſtatus deceſſiſſet. Cum vero duos duaſve hæredes reliquerat, tertia pars debebatur patrono: ſi tres reliquerat, repellebatur patronus.*

COMMENTARIUS.

1. *Seſtertius & ſeſtertium an idem valeant?*

SEcunda hujus juris mutatio facta eſt lege Papia Poppæa. Tulere hanc legem nomenque ei dederunt ſuffecti Coſſ. M. Papius Mutilus, Q. Poppæus Secundus, anno ab U. C. 761. Multa hujus legis fuere capita. Fragmenta reſtituit notiſque illuſtravit vir clariſſimus D. Jacobus Gothofredus.

Qui locupletiores libertos] Hæc igitur lex ad libertos locupletiores ſolummodo pertinuit: in pauperioribus antiquiora jura patronatus intacta reliquit.

Qui ſeſtertium centum millium] Lucupletiores 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.* 26. Ubi, per octoginta & centum, totidem ſeſtertiorum millia eum intelligere, certum eſt. Quod autem Cantiuncula & Mynſingerus hic ſcribunt: atque in dictionario ſuo prodidit Calepinus, ſeſtertium neutro genere, & in plurali numero ſeſtertia ſingula, ſignificare & valere mille ſeſtertios nummos, ſecuti auctoritatem magni illius Budæi, qui hoc primus *lib. de Aſſe* 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 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 *v.* 15.

- - - Mullum ſex millibus emit,
Æquantem ſane paribus ſeſtertia libris.

quod priore verſu de minoribus ſeſtertiis Poëta dixerat, ſequenti de majoribus enuntiat: ſignificat enim, totidem libras mullum iſtum pependiſſe, quod ſeſtertiis Poëticis emptus fuerat, nimirum ſex. In eo omnes conveniunt, quod ultra nongenta millia ſeſtertiorum Romani non pronuntiaverint: ſed cum ad mille millia ventum eſſet, adverbiis numeralibus uſos, ut dicerent, decies aut vicies ſeſtertium præciſe, pro decies aut vicies centena millia ſeſtertium. Sed deſino plura.

Illud

Illud tamen adhuc obiter monendum, ſeſtertium fuiſſe quartam partem denarii; denarium partem viceſimam quintam aurei; ac proinde aureum continuiſſe ſeſtertios centum; idemque valere, centum millia ſeſtertiorum in bonis habere, & mille aureos. De tota re nummaria plura & certiora, quàm hactenus habuimus, expectamus à D. Salmaſio. VINN. Addi ad hunc locum poteſt V. C. Jac. Perizon. *de l. Vocon. p.* 171. Nos quoque rem expendimus in *Comm. ad l. Pap. Poppæam. lib.* II. *cap. ult.* HEIN.

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 Ruſſard. Cujac. Cont. Hotom. *teſtatus*. Theophilus, ἐπὶ διαθήκῃ, *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, repellebatur patronus] In hoc igitur differt lex Papia à jure prætorio, quod Patronus à Prætore repellebatur, etiamſi 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 Papiæ 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 hæreditatem patronos patronaſque vocavimus. Si vero teſtamentum quidem fecerint, patronos autem aut patronas præterierint, cum nullos liberos haberent, vel habentes eos exhæredaverint, 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 dimidiam, ut antea, ſed tertiam partem bonorum liberti 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 libertæve ex ea parte legata vel fideicommiſſa præſtentur; ſed ad cohæredes eorum hoc onus redundet. Multis aliis caſibus à nobis in præfata conſtitutione congregatis, quos neceſſarios eſſe ad hujuſmodi diſpoſitionem juris perſpeximus: ut tam patroni patronæque, quam liberi eorum, nec non qui ex tranſverſo latere veniunt uſque ad quintum gradum, ad ſucceſſionem libertorum libertarumve vocentur, ſicut ex ea conſtitutione intelligendum eſt. Et ſi ejuſdem patroni vel patronæ, vel duorum duarumque pluriumve liberi ſint, qui proximior eſt, ad liberti vel libertæ vocetur ſucceſſionem: & in capita, non in ſtirpes, dividatur ſucceſſio: eodem modo & in iis, qui ex tranſverſo latere veniunt, ſervando. Pene enim conſonantia jura ingenuitatis & libertinitatis in ſucceſſionibus fecimus.*

NOTÆ.

3. *Noſtra 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. tabb. *l.* 1. *de leg. præſt.* quod onus olim etiam patrono incumbebat, *l.* 4. *de cond. & dem. l.* 64. *§. ult. ad SC. Treb.*

Uſque ad quintum gradum] Mynſing. & Pac. putant hæc verba tantum ad eos referenda eſſe, qui ex latere veniunt, ſed refelluntur ipſo tenore conſtitutionis; πάτρων καὶ πατρώνισσα, καὶ παῖδες αὐτῶν, καὶ ἔγγονοι, καὶ ἀπέγγονοι τετέρτοι ἕως πεμπτῆς βαθμῆς κατιόντες τῶν πατρώνων. Additurque καὶ μόνοι, 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; ἕως δὲ πεμπτῆς βαθμῆς οἱ ἐκπλαγίως συγγενεῖς τῶν πάτρω-

πάτρωνος, καὶ οἱ κατιόντες ἀυτῦ κληρονομείτωσαν τὸ ἀπελεύθερον.

Qui proximior eſt, &c. & in capita] *l.* 13. §. 1. *& ſeq. de bon. libert.* Ulp. *tit.* 27. §. 1. *& ſeq.* Nimirum hic non quæritur de hæreditate parentum patronorum, ſed liberti; ad cujus ſucceſſionem patroni eorumque liberi non veniunt jure ſuorum hæredum, ſed agnatorum, *l.* 2. §. 1. *unde legit.*

COMMENTARIUS.

QUoniam lex Papia nimium patronis tribuere videbatur, eo quod certis caſibus hos etiam liberis liberti centenarii exæquaret: & jure prætorio libertus ſine liberis decedens cogebatur ſemiſſem omnium bonorum Patrono relinquere: Juſtinianus utrique juri derogavit, cauſamque ſic in ſumma definivit, ut liberto minore centenario teſtato decedente, patronus nullum jus in ſucceſſione 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 exhæredati. Si vero nullos liberos reliquiſſet, ab inteſtato patronus in ſolidum ut hæres eſſet, antiquo jure potronatus 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 avus maternus] Quippe quorum præteritio pro exhæredatione eſt, *§. ult. ſup. de exher. lib.* quod nec jure noviſſimo mutatum eſſe demonſtravimus *ſup. tit. de inoff. teſt. in pr.*

Ex conſtitutione noſtra repleatur] Intelligit haud dubie conſtitutionem *l. omnimodo.* 30. *C. de inoff. teſt.* ut proinde hactenus 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, quæ liberis præteritis aut exhæredatis relicta erant, patrono incumberet, *l.* 4. *de cond. & dem. l. ſi ejus.* 64. §. *ult. ad Senatuſconſ. 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 pluriumve patronorum plures liberi ſint diverſi gradus, qui proximior eſt, in ſucceſſione 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 quæritur de hæreditate parentum patronorum, ſed liberti, ad cujus 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 hæc de iis libertinis hodie dicenda ſunt, qui in civitatem Romanam pervenerunt, cum nec ſint alii liberti: ſimul & Dedititiis & Latinis ſublatis, cum Latinorum ſucceſſiones nullæ penitus erant: quia licet ut liberi vitam ſuam peragebant, attamen ipſo ultimo ſpiritu 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 exhæredati facti, extraneis hæredibus eorum in bonis Latinorum præponerentur. 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 adjectionibus ipſas*

vias quæ in Latinitatem ducebant, ad civitatem Romanam capiendam transposuimus.

NOTÆ.

4. *Dedititiis & Latinis sublatis*] *l. un. C. de ded. lib. tol. l. un. C. de Lat. lib. toll. v. sup. §. 3. de libertin.*

COMMENTARIUS.

OLim 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. tit. de libertin.* latius explicatum est. Itaque cum eum, quem hæredem vel ex testamento 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 legitimæ successiones nullæ] Neque testamentariæ. 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 testamentariæ, 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, *tit. unde legit.*

Jure quodammodo peculii] Nam mortuo liberto Latino Juniano patronus bona ejus, non tanquam hæreditatem, sed eodem jure ex lege Junia occupabat, quo 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. toll. & 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. toll.*

Sed nostra constitutione] Ea est *d. l. un. C. d. tit.* 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 NONUS.

DE ASSIGNATIONE LIBERTORUM.

Dig. Lib. 38. Tit. 4.

Continuatio.

HIc 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 eum libertum esse velit, *l. assignare. 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 Senatum, ut quamvis ad omnes patroni liberos: qui ejusdem gradus sunt, æqualiter bona libertorum pertineant; tamen licere parenti, uni ex libe-

liberis assignare libertum, ut post mortem ejus solus is patronus habeatur, cui assignatus est; & cæteri, 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 adsignatus est, decesserit nullis liberis relictis.

NOTÆ.

Assignare libertum] Assignare libertum est testificari, cujus ex liberis eum libertum esse velit, *l.* 107. *de verb. sign.* id est, jus patronatus, quod alioqui pluribus competeret, uni peculiariter attribuere. VINN. Idque concessum SC. sub Claudio anno U. C. ıɔccxcviii. Suillio Rufo & P. Ostorio coss. Ipsa legitima SC. verba habes in *l.* 1. *pr. ff. h. t.* HEIN.

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 adsignare 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 quæsitum transmittitur; quod intelligitur ex verbis extremis Senatusconsulti relati apud Ulp. *d. l.* 1. *hoc tit. Utique si ex liberis quis in civitate esse desiisset, neque ei liberi ulli essent, cæteris ejus liberis, qui manumisit, perinde omnia jura serventur, ac si nihil de eo liberto eave liberta is parens significasset.*

TEXTUS.

De sexu assignati, & de sexu graduque ejus, cui assignatur.

1. *Nec tantum libertum, sed etiam libertam; & non tantum filio, nepotive, sed etiam filiæ neptive adsignare permittitur.*

COMMENTARIUS.

Sed etiam libertam] Hoc ex ipsis verbis Senatusconsulti planum est: quippe quo perpetuo tam libertæ, quam liberti fit mentio.

Sed etiam filiæ neptive] Senatus generaliter loquitur, *si quis liberos in potestate haberet*, sine discrimine sexus aut gradus. Itaque non minus filiæ neptive, quam filio vel nepoti assignari posse, intellectum est. Quin etiam præferri posse filio nepotem adsignatoris, *l.* 3. §. 1. *hoc tit.* quippe cum hoc tantum requirat Senatus, ut liberi adsignatoris in potestate sint, non etiam ut sint sui hæredes. Perperam hæc omisit Theoph.

TEXTUS.

De liberis in potestate vel emancipatis.

2. *Datur autem hæc adsignandi facultas ei, qui duos pluresve liberos in potestate habebit, ut eis, quos in potestate habet, adsignare libertum libertamve liceat. Unde quærebatur, si eum, cui adsignavit, postea emancipaverit, num evanescat adsignatio? Sed placuit evanescere: quod & Juliano & aliis plerisque visum est.*

COMMENTARIUS.

Qui duos pluresve liberos in potestate] Cum adsignare 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 adsignare possit, qui duos aut plures liberos habeat: aut si unum tantum quis habeat, an ulla tunc esse possit adsignatio; 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 adsignatione contractum finibus familiæ concluſit: idque ipsa verba Senatusconsulti indicant, & hic ipse locus.

Placuit evanescere] Non tantum emancipato facta adsignatio 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 adsignare. Sed Modestinus respondit, magis esse ut possit. Igitur quod per se non haberet emancipatus, id per conjunctam personam consequitur, uti in specie *l.* 9. *eod. l. ult. de lib. & post.* Quod si unus tantum sit in potestate, alter emancipatus, & utrique libertus adsignetur, quæ adsignatio in persona ejus, qui in potestate est, nulla est, ea propter emancipatum utilis fieri non debet: ita censeo cum Cujac. VINN. Ego cum Em. Merill. *Obs. lib.* VII. *c.* 13. ita conciliare malim textus, quod possit pater & emancipato libertum assignare, per ea, quæ tradit Modestinus *l.* 9. *ff. h. t.* si tamen suo adsignarit, eumque postea emanciparit, exspirare assignationem, per §. 2. *Inst. h. t.* quia pater, dum emancipat, mutasse voluntatem censeatur. HEIN.

TEXTUS.

Quibus modis aut verbis assignatio fit: & de Senatusconsulto.

3. *Nec interest, an testamento quis adsignet,*

net, an ſine teſtamento, ſed etiam quibuſcumque verbis patronis hoc permittitur facere, ex ipſo SC. quod Claudianis temporibus factum eſt, Sabellio Rufo, & Aſterio Scapula Conſulibus.

COMMENTARIUS.

ADſignari libertus poteſt & teſtamento & codicillis, & per modum contractus, aut donationis inter vivos vel mortis cauſa, quibuſcumque verbis, epiſtola, chirographo, pure, ſub conditione, denique nutu etiam, *l.* 1. §. 3. *l.* 7. *eod.* quod proculdubio ex verbo *ſignificaſſet*, quo Senatus utitur, ſumptum eſt: & ideo ait Juſtinianus, hoc patronis facere permiſſum ex ipſo Senatuſconſulto.

TITULUS DECIMUS.

DE BONORUM POSSESSIONIBUS.

Dig. Lib. 37. *Tit.* 1.

Ratio ordinis: bonorum poſſeſſio quid: argumentum tituli.

EX quatuor acquirendi per univerſitatem modis, propoſitis §. *ult. ſup. per quas perſ. cuiq. 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 ſingularum, 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 περιτωείαι ληδοχή. Tantum in tempore & modo acquirendi diverſitas eſt. De fine bonorum poſſeſſionis, tum quam ea vim & unde habeat, primum hic exponitur: deinde ſpecies ejus eo ordine, quo edicto propoſitæ fuerunt, recenſentur; ac mox quibuſdam remotis quædam tranſponuntur: ad extremum agitur de tempore & modo bonorum poſſeſſionis petendæ.

TEXTUS.

Cur introductæ bonorum poſſeſſiones; & quis ſit earum effectus.

Jus bonorum poſſeſſionis introductum eſt à prætore emendandi veteris juris gratia. Nec ſolum in inteſtatorum hæreditatibus vetus jus eo modo prætor emendavit, ſicut ſupra dictum eſt; ſed in eorum quoque, qui teſtamento facto deceſſerint. Nam ſi alienus poſtumus hæres fuerit inſtitutus, quamvis hæreditatem jure civili adire non poterat, cum inſtitutio non valebat; honorario tamen jure bonorum poſſeſſor efficiebatur; videlicet cum à prætore 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 facto, hæredes inſtituti ſunt, dat ſecundum tabulas bonorum poſſeſſionem. Item ab inteſtato ſuos hæredes, & agnatos, ad bonorum poſſeſſionem vocat. Sed & remota quoque bonorum poſſeſſione ad eos pertinet hæreditas jure civili. Quos autem ſolus prætor vocat ad hæreditatem, hæredes quidem ipſo jure non fiunt: nam prætor hæredem facere non poteſt: per legem enim tantum, vel ſimilem juris conſtitutionem hæredes fiunt, vel per Senatuſconſulta, & conſtitutiones principales: ſed cum eis prætor dat bonorum poſſeſſionem, loco hæredum conſtituuntur, & vocantur bonorum poſſeſſores. Adhuc autem & alios complures gradus prætor fecit in bonorum poſſeſſionibus dandis, dum id agebat, ne quis ſine ſucceſſore moreretur. Nam anguſtiſſimis finibus conſtitutum per legem duodecim tabularum

rum jus percipiendarum hæreditatum prætor ex bono & æquo dilatavit.

NOTÆ.

Bonorum poſſeſſionis] Hæc ſecunda ſpecies eſt acquiſitionis per univerſitatem earum quatuor, quæ propoſitæ *ſup. §. ult. per quas perſ.* Bonorum poſſeſſio vi ipſa nihil aliud eſt, quam hæreditas. *l. 2. & 3. h. t. l. 117. de reg. jur.* Græci ἀγαθῶν ἀλλαξοχὴν appellant, & πραιτωρίαν ἀλλοδοχήν.

A noſtra conſtitutione] Hæc conſtitutio non extat. fac. *d. §. 26. ſup. de legat.*

Ipſo jure non fiunt] Ipſo jure hic idem valet, quod jure civili, ut & alibi, *§. 11. inf. de act. §. 1. inf. de perp. & temp. act. l. 9. §. 1. uſusfr. qu. cav.* Igitur hæredes ipſo jure non fiunt, id eſt, non fiunt jure civili hæredes, etſi adeant hæreditatem, aut pro hærede gerant. Alio ſenſu ſui dicuntur ipſo jure hæredes exiſtere.

Per ſenatusconſulta] *l. 9. d. t. ſup. de SC. Tert. & de SC. Orfic.*

Conſtitutiones principum] Exempl. habes *§. 3. & 4. ſup. de leg. agn. ſucc. l. pen. & ult. C. de leg. hær.*

Alios complures gradus] Id eſt, ordines, τάξεις, ut ſæpe alibi, *l. 1. §. 1. unde liberi. l. 5. unde cogn. l. un. quis ord. in bon. poſſ.*

Ex bono & æquo] Nam prætor & alios ſucceſſorum ordines fecit, & ordinum graduumque ſucceſſionem admiſit *tit. de ſucceſſ. edict.*

COMMENTARIUS.

1. *Quomodo prætor circa ſucceſſiones jus vetus emendarit?*
2. *Quænam bonorum poſſeſſiones juris civilis confirmandi gratia introductæ? & quàm utiliter?*
3. *Qui jure civili ſuccedere poſſunt, ſi malint honorario, hæredes, an bonorum poſſeſſores efficiantur?*
4. *Cur prætor hæredem facere non poſſit?*
5. *Bonorum poſſeſſores vi ipſa hæredes eſſe, & jure prætorio dominium rerum ſingularum conſequi: quod à pleriſque minus bene perceptum.*
6. *Scopus prætoris in introducendis bonorum poſſeſſionibus?*

Emendandi juris veteris gratia] Supra didicimus, legem 12. tabb. ſucceſſiones ab inteſtato tam angustis finibus concluſiſſe, ut intra ſuorum hæredum & agnatorum ordinem conſiſteret. Poſtea verò multas perſonas, tum inter ſuos hæredes, tum inter agnatos, vocatas à prætore, Senatuſconſultis, conſtitutionibus. Prætorem etiam tertium ordinem feciſſe, in quo omnes 1 eos vocavit, qui naturali cognatione conjuncti. Hoc ſignificat Juſtinianus, cum ait, prætorem 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 hæreditatibus eorum, qui teſtati deceſſerunt, dando bonorum poſſeſſionem ſecundum tabulas poſtumis alienis hæredibus inſtitutis, *l. 3. ſecund. tab.* & contra tabulas liberis emancipatis præteritis. *§. eadem. 12. ſup. de hær. quæ ab int. def.*

Si alienus poſtumus] Quis dicatur ſuus, quis alienus poſtumus; item cur alienus poſtumus jure civili hæres inſtitui non potuerit, neque legatum capere; diligenter expoſuimus *lib. 2. ſub. tit. de legat. §. poſtumo. 26.* add. & quæ ſub *§. 2. ſupra de exhær. 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, poſtumum alienum etiam olim hæredem inſtitui potuiſſe, *§. poſtumus. 28. ſup. de legat.* quod multis ibi argumentis confirmavimus.

Sed magis confirmandi gratia] Ait, quaſdam bonorum 2 poſſeſſiones à prætore 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 hæredes, ad hanc etiam agnatos, & qui agnatorum jure cenſentur, invitet.

Hæredes inſtituti] Hæredi teſtamento rectè inſtituto ſcimus neceſſariam non eſſe bonorum poſſeſſionem ſecundum tabulas, cum adita hæreditate jure civili hæres fiat. Exiſtimo etiam, prætorem 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 hæreditas defertur, ignorabat, hoc eſt, quæ ſeptem teſtium ſignis erant obſignatæ, *l. 2. C. ſec. tab.* aut quæ jure civili ideo non valebant, quod vel familiæ mancipatio vel nuncupatio non intervenerat, vel teſtamentum ruptum irritumve factum fuerat. Ulpian. *tit. 23. §. ſi ſeptem. 6. & tit. 28. §. etiam ſi. 6. l. poſtum. 12. de injuſt. rupt. irrit. §. non tamen. 6. ſup. quib. mod. teſt. infirm.* Cæterum progreſſu temporis jus prætorium creviſſe, inoleviſſeque, ut etiam qui rectè hæredes inſtituti erant, aliique, qui jure civili hæreditatem adeundo conſequi poterant, ad majorem cautionem, puta ut remediis prætoriis uterentur, veluti interdicto quorum bonorum, *l. 1. quor. bon.* vel quia multis in rebus liberalius agitur cum bonorum poſſeſſoribus, quam cum hæredibus, *l. 3. §. acquirere. 7. h. tit. l. 1. & ult. C. qui adm. ad bon. poſſ.* bonorum poſſeſſionem peterent: edictumque poſtea plenius conceptum. Hotomanus putat, per bonorum poſſeſſionem etiam acquiri poſſeſſionem ipſarum rerum, qui manifeſtus error eſt: non enim magis agnoſcendo bonorum poſſeſſionem rerum ſingularum poſſeſſionem adipiſcimur, quàm adeundo hæreditatem, *l. 3. pr. §. 1. & 2. hoc tit.* junct. *l. cum hær. 23. de acq. poſſ.* Sed & ſi quis res defuncti corporaliter poſſideat, eum tamen neceſſe eſt bonorum poſſeſſionem à prætore obtinere, ut in naturali 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 hæreditatem obtineant) & adſpectu prin-

cipalis ſcopi bonorum poſſeſſio unde liberi comparata ſit emendandi juris civilis gratia, ſuccurrendique liberis emancipatis, quos jus civile non agnoſcit: §. *emancipati. 9. ſup. de her. quæ 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 adjutorem præbuit. Οὐκ ἔστι δυχερὴς ὁ πραίτωρ, ait Theoph. & Theod. Hermop. ad *l. 117. de reg. jur.* ὁ πραιτώρειος νόμος φιλαγαθώτερος, *jus prætorium humanius eſt.* Hinc illuſtratur *l. 7. §. 1. de juſt. & jur. & §. prætorum. 7. ſup. de jur. nat. gent. & civil.*

3 *Solus vocat prætor*] Quid ergo ſi quis teſtamento hæres inſtitutus aut agnatus próximus inteſtati, quos ſolus prætor non vocat, ſed quibus liberum eſt vel hæreditatem 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, exerciturum; directaſque, quæ apud eum remanent, quia ipſo jure hæres extitit, eſſe ſine effectu, *arg. l. 7. §. ſed quod Papinianus. 10. de minorib. l. ei qui. 88. de hæred. inſtit.*

4 *Prætor hæredem 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 & Orficianum; non prætoris, qui nudus fuit magiſtratus, δικαιοδότης non νομοθέτης: qui tamen tacitè conſentiente populo, hoc uſurpavit, ut nonnulla, non quidem directo contra, ſed tamen præter rationem juris conſtituti ex æquo & bono conſtitueret, quæ juris etiam auctoritatem obtinuerunt, vid. *not. ſub §. prætorum. 7. ſup. de jur. nat. gent.*

Loco hæredum 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 abſolutè tribuitur, & perpetuo appellatione hæreditatis bonorum quoque poſſeſſio venit, *l. hæreditatis. 138. de verb. ſign. l. in conditionibus. 19. §. 2. de cond. & demonſt. l. 1. §. bonorum. 7. ad Senatusconſ. 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 Senatusconſ. Vell. l. 1.*

5 *§ nec non. 8. ut leg. nom. cav.* 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 ſive bonitarium, aut ſi mavis, dominium prætorium: nam bonorum poſſeſſor hæres honorarius eſt; hæres vero dominum 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.* Dominii quoque poſſeſſionis, quale alii tantum ſucceſſoribus honorariis tribuunt, merum commentum eſt. Clariſſimus D. Tuldenus ſic hæc explicat; hæreditas, inquit, quia ſucceſſio eſt in univerſum jus defuncti, ſtatim ut adita eſt, tribuit dominium rerum hæreditariarum. Non par vis, inquit, bonorum poſſeſſioni; quippe quæ tantum facultatem tribuit perſequendi. Hæc ille. At enimvero ſi rem ſpectemus, par utrique & eadem vis: nam & bonorum poſſeſſio non minus, quam hæreditas, eademque ratione, qua hæreditas, ſucceſſio eſt in univerſum jus defuncti, & ipſa quoque ſimul atque admiſſa eſt, dominium jure prætorio tribuit æque ac hæreditas 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 hæreditate tum bonorum poſſeſſione Juriſconſulti impropriè locuti ſunt, nec vero, ſed tropico genere uſi, nam neque hæreditas propriè ſucceſſio eſt, ut abundè demonſtravimus ſub *tit. de reb. corp. & incorp.* neque bonorum poſſeſſio poteſtas perſequendi, ſed utraque nihil aliud, quam univerſum 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. VINN. Omnino recte rem explicaſſe videtur Tuldenus. Bonorum enim poſſeſſio pertinet ad ea, quæ in jure fiunt. *l. 178. §. 2. ff. de V. S.* at ſucceſſio civilis in voluntate conſiſtit, nudoque animo, verbis vel factis declarato, adquiritur citra interpellationem magiſtratus. *l. 20. ff. de adquir. hered.* Ita & V. C. Pagenſtech. *in Aphoriſm. Jur. lib. III. §. 42.* HEIN.

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 interpres Novellarum, quod in textu Græco, *Nov. 118. in pr.* legitur, πᾶσα ἡ δὲ γένους ἐξ ἀδιαθέτου ἀλληλοδοχὴ τέλεσι γνωρίζεται τάξεσι, reddidit, tribus cognoſcitur gradibus, id eſt, βαθμοῖς: ut nihil cauſæ videam, quamobrem hoc carpſerit Bern. Sutholt. *diſſ. II. n. 42.* Sunt autem inteſtati gradus ſeu ordines, præter enumeratos liberorum & legitimorum, nunc adhuc duo, cognatorum, & unde vir & uxor, *d. l. 1. §. 1. & d. l. un.*

Ex æquo & bono dilatavit] Scopus hic prætori in introducendo jure bonorum poſſeſſionis propoſitus fuit, amplificare jus percipiendarum ab inteſtato hæreditatum, quod lex 12. tabb. familiæ finibus ita concluſe- 6

rat,

rat, 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.

1. *Sunt autem bonorum poſſeſſiones, ex teſtamento quidem hæ: prima, quæ præteritis liberis datur, vocaturque* contra tabulas. *Secunda, quam omnibus jure ſcriptis hæredibus prætor pollicetur, ideoque vocatur* ſecundum tabulas. *Et cum de teſtatis prius locutus eſt, ad inteſtatos tranſitum fecit. Et primo loco ſuis hæredibus, & iis, qui ex edicto prætoris inter ſuos hæredes connumerantur, dat bonorum poſſeſſionem, quæ vocatur* unde liberi. *Secundo legitimis hæredibus. Tertio decem perſonis; quas extraneo manumiſſori præferebat. Sunt autem decem perſonæ 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 patronæque, liberiſque eorum & parentibus. Septimo, viro & uxori. Octavo cognatis manumiſſoris.*

NOTÆ.

1. *Prima, quæ 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. Ruſin. 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 prima loco in edicto propoſita?*
3. *Extraneus manumiſſor quis dicatur?*
4. *Quid per familiam ſignificetur in ea, quam prætor quinto loco propoſuit?*

HAbemus hic catalogum veterum bonorum poſſeſſionum, earumque gradus, uti quæque edicto propoſita 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. eum 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 facto teſtamento deceſſit. Quod idcirco monendum fuit, quia à paucis obſervatum. 1

Quæ præteritis liberis] Præteritis liberis datur bonorum poſſeſſio contra tabulas patris aut cæterorum parentum per patrem conjunctorum, *ff. & C. de bon. poſſ. cont. tab.* quæ ſpecies à nobis expoſita eſt ſub §. *eadem.* 12. *de har. quæ ab int. &* §. 3. *ſup. de exhar. lib.* Sunt & aliæ ſpecies bonorum poſſeſſionis 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. tab.* 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 hoc prius contra tabulas pertinet, nec ante ad ſcriptos 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 exhar. lib. ad calcem pr.* 2

Unde liberi] Patre inteſtato mortuo datur liberis bonorum poſſeſſio, quæ *unde liberi* dicitur, introducta principaliter liberorum emancipatorum gratia, §. *eman-*

mancipati. 9. sup. de har. quæ ab int. sed interim tamen & suis hæredibus edicto proposita. *l. 1. §. liberos. 6. und. lib.*

Secundo legitimis hæredibus] Quæ dicitur *Unde legitimi:* & generaliter omnibus defertur, quibus lex aut senatus defert hæreditatem. Unde & mater quæ ex Senatusconsulto Tertylliano venit, & liberi, qui ex Orficiano ad legitimam matris hæreditatem admittuntur, hanc bonorum possessionem petere possunt. *l. 2. §. ult. l. 3. und. legit.* vid. *sup. de leg. agn. succ. & 2. titt. 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 manumisit, nullo fiduciæ pacto interposito, ut post tertiam mancipationem eum remanciparet. Huic enim tanquam patrono jure civili legitima hæreditas deferebatur, excluſa patre naturali, cæterisque personis, quæ hic enumerantur, videsis quæ *sup. §. ult. de leg. agn. succ. & sub §. præterea. 6. quibus mod. jus pat. pot. solv.* quod prætor durum atque iniquum ratus emendavit. Hanc bonorum possessionem intelligit Modestin. *l. si ad patrem. 10. de suis & legit.* Ait *decem personis.* Totidem eædemque personæ præferuntur fisco in iis, quæ à viro relicta sunt mulieri, si eum non eluxerit, *l. 1. C. de sec. nupt.* VINN. Parum accurate extraneus manumissor vel emtor filii imaginarius adpellatur *pater fiduciarius.* Si enim vel maxime fateamur, id vocabulum esse genuinum & antiquum: non prius tamen illud emtori dari potuit, quam interposita fiducia, id est contractu de filio tertium sibi mancipato patri naturali remancipando. Hic autem agitur de filii emtore, qui nullam contraxerat fiduciam, adeoque filium sibi mancipatum non patri remancipaverat, sed eum ipse manumiserat, & eo ipso sibi adquisiverat jura patronatus. HEIN.

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. liberto. 17. de bon. libert.* ut vero non fit simile, eos hic esse omissos. Nec me movet, quod hac explicatione admissa invertitur ordo succedendi, cum patronus familia sua fit 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 patrui sui bonorum possessionem admittatur. Sed vix est, ut hoc obtinuisse credam; cum utique tales personæ inter cognatos vocatæ fuerint.

Sexto patrono patronæque] Qui etiam in secundo ordine ex edicto unde legitimi venire possunt, *l. 2. §. 1. l. 3. unde legit.* VINN. Patronus hic vocatur, si forte tempore vel repudiatione effectum esset, ut ex præcedentibus edicti partibus venire non posset. Ita & Theophil. *ad h. §.* Conf. V. C. Ant. Schulting. *ad* Ulpian. *tit.* XXVIII. *§. 7. p. 673.* HEIN.

Septimo viro & uxori] Hæc septima bonorum possessio, *unde vir & uxor dicta*, viro & uxori defertur, excluſo fisco, qui alioqui bona vacantia occuparet, *l. un. π. & C. unde vir. & ux.*

Octavo cognatis manumissoris] 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. VINN. Quæ conjectura Bachovii præsidium reperit in Basil. *Tom. VI. p. 595.* Vid. Schulting. *ibid.* HEIN.

TEXTUS.

Jus Novum.

2. *Sed eas quidem prætoria 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 & compendioso 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 prædictâ quintâ bonorum possessione in gradum ejus sextam 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,

mi, & unde cognati, *ex quibus possunt sua jura vindicare, omni scrupulositate & inextricabili errore istarum duarum bonorum possessionum resoluto. Aliam vero bonorum possessionem, quæ* unde vir & uxor *appellatur, & nono loco inter veteres bonorum possessiones posita fuerat, & in suo vigore servavimus, & altiore loco, id est, sexto eam posuimus: decima quoque veteri bonorum possessione, quæ erat* unde cognati manumissoris, *propter causas enumeratas merito sublata, ut sex tantummodo bonorum possessiones ordinariæ permaneant, suo vigore pollentes.*

NOTÆ.

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. libert.* à nobis relata. Errat igitur cum Mynsing. Pacius *in margine.*

COMMENTARIUS.

1. *Ex bonorum possessionibus retentis, primæ quatuor quando necessariæ, quando utiles tantum?*
2. *Hodie nullam harum trium, unde liberi, unde legitimi, unde cognati, necessariam esse: & vix ullam earum utilem.*
3. *Septima & octava quare sublatæ? Ubi quædam illustrantur. ex constitutione Græca.*
4. *Solam unde vir & uxor jure novissimo necessariam.*

HOc §. removet quasdam species ex iis, quæ præcedenti §. recensitæ sunt, atque in earum locum quasdam transponit, quas servat, remotiores. Conjunctim autem hic numerat bonorum possessiones, tam quæ testamento facto competunt, quàm quæ ab intestato, quas modò separatim & distinctè consideravit. Unde fit, ut verbi causa, bonorum possessio *unde cognati*, quæ modo illi quarta fuit, hic sexta numeretur.

Utpote necessarias] Ait, se quatuor primas bonorum possessiones, nempe *contra tabulas*, *secundum tabulas*, *unde liberi*, & *unde legitimi*, retinuisse; utpote quarum usus sit necessarius, aut certe, quod intelligen-1 dum 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 postumo 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 evincentibus. 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 successionis data non legimus. Hodie hæc species una fere est cum *unde cognati.*

Unde decem personæ] Hanc bonorum possessionem sponte evanescere necesse fuit, nullumque ejus usum relinqui, 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 personæ*, locum ejus occupare jussit bonorum possessionem *unde cognati*, quæ olim necessaria, hodie non est post juris agnatorum & cognatorum confusionem. *Nov.* 118. Itaque tres illæ bonorum possessiones, 2 *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 hasce 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 successionis libertorum plene definivisse testatur, §. 3. *de succ. libert.* Non extat constitutio, sed epitomen ejus nobis ex Basilicis repræsentat Cujacius *lib.* 20. *obs.* 34.

Ad similitudinem successionis ingenuorum] Hujus loci non hæc sententia est, Justinianum in successione libertorum inter se, aut in successione cognatorum liberti (agnatos, ut sæpius jam dictum est, liberti nullos habent) eadem jura constituisse, quæ in successione ingenuorum: sed hæc, voluisse simili ratione, patronum ejusque liberos, parentes, agnatosque & cognatos, succedere liberto, 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 successionibus fecisse; cum tamen tibi tantum definiat rationem, qua patroni eorumque liberi & cognati succedant libertis.

Usque ad quintum gradum] Tam liberorum patroni, quam agnatorum, aut cognatorum ejus. Quod ostendit constitutio, in qua hæc legimus; ἕως ὃ πέμπτου βάθμοῦ οἱ ἐκ πλαγίου συγγενεῖς ἢ πάτρωνοι, καὶ οἱ κα-

τιόντες αὐτῷ κληρονομείτωσαν τὸ ἀπελεύθερον. Falluntur igitur Mynſing. & Pacius, dum verba textus reſtringunt ad eos, qui ex tranſverſo patrono juncti. In ſumma, hanc differentiam Juſtinianus eſſe voluit ingenuitatis & libertinitatis in ſucceſſionibus, ut licet illæ laxius deferantur, hæ tamen intra quintum gradum liberorum & cognatorum patroni conſiſterent, *d.* §. 3. *de ſucc. libert.* in cujus §. fine ob hanc cauſam particula (*pene*) addita eſt.

Sufficit eis contra tabulas] Si libertus liberos non habens teſtamento ſuo patronum præteriiſſet, 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 ὁ πάτερων καὶ πατρώνισσα καὶ παῖδες αὐτῶν, οἱ ἕως πέμπτου βαθμοῦ κατιόντες τοῦ πατρώνου καὶ μόνοι· οἱ περαιτέρω αὐτῶν κατιόντες, ἢ ὁπόσοι πλαγίου, ὁπόσοι ἔχουσιν τὸν ἐναντίωσιν τοῦ ἀληθοῦς, &c.

Unde legitimi, & unde cognati] Itaque liberto inteſtato ſine liberis mortuo, patronus, liberi ejus, agnati & cognati ex iſtis aliorum agnatorum & cognatorum ordinibus admittentur.

Unde vir & uxor] Hanc ſervatam Juſtinianus proximo loco ab illa *unde cognati* collocavit, agmenque ordinariarum claudere juſſit. Eſt inter eas, quæ ab inteſtato promittuntur, ſola etiam nunc neceſſaria. Illa alia ſucceſſionis ſpecies eſt, per quam conjux inops ad partem vocatur, *auth. præterea. C. und. vir. & ux.* 4

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 ordinariæ] Duæ facto 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. *quis 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 detur, lege, vel Senatuſconſulto, vel conſtitutione comprehenſum eſt: quam neque bonorum poſſeſſionibus, quæ ab inteſtato veniunt, neque iis, quæ ex teſtamento ſunt, prætor ſtabili jure connumeravit: ſed quaſi ultimum & extraordinarium auxilium (prout res exigit) 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. SCtis 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. hær.* 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. *quis ord. in bon. poſſ. l.* 3. §. *pen. h. t.* quales Carboniana aliæque extraordinariæ. *l.* 1. *& paſſ. de Carbon. edict. l.* 84. *de acq. hær. l.* 14. §. *ult. cont. tab.*

COMMENTARIUS.

1. *Extraordinariarum bonorum poſſeſſionum quaſdam eſſe definitas, quaſdam indefinitas; atque utriuſque ſpeciei exempla.*
2. *Bonorum poſſeſſionem, quæ edictalis dicitur, & eam, quæ decretalis, eſſe ſpecies revera oppoſitas; contra comm.*

PRæter ſex illas bonorum poſſeſſiones ordinarias, quas ſic appellari diximus, quia certo jure atque ordine, certiſque perſonis, tum teſtamento facto, tum ab inteſtato deferuntur, haud ſecus ac ex legibus hæreditas, ſunt etiam nonnullæ extraordinariæ, quæ extra certum illum ordinem quibuſdam accommodatur. Harum autem quædam definitæ ſunt, hoc 1
eſt, ſemel certis caſibus ac perſonis propoſitæ, his ipſis cauſa cognita decernuntur: cujuſmodi eſt ea, quæ ventri datur, *tit. de ventr. in poſſ. mitt.* 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.* 3. *de legat. præſt.* Aliæ indefinitæ & vagæ, quæ variis ex cauſis, prout res & æquitas exigit, à prætore decernuntur. Huc pertinent ſpecies propoſitæ in *l. ventre.* 84. *de acq. hær. l* 4. §. *ult. cum l. ſeq. l. ſi duobus.* 14. §. *ult. cont. tab. l. ſi infanti.* 18. *C. de jur. delib. l.* 2. §. *ſi quis.* 11. *ad Tertyll.* Nonnulli huc etiam referunt bonorum illam poſſeſſionem, præparatoriam querelæ inofficioſi teſtamenti, quæ litis ordinandæ cauſa conceditur. *l.* 6. *in fin. & l.* 7. *de inoff. teſtam.* Pertinet huc & ea bonorum poſſeſſio, quæ lege uti detur, 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.* 26. *ad Senatuſconſ. Treb. l* 4. *C. de poſtlim. rev.* Cujacius & Hotomanus ex conſtitutione Hadriani, qua militis capite damnati ex delicto militari bonorum poſſeſſio defertur cognatis militis uſque ad quintum gradum. *l.* 2. *de veter. ſucceſſ. l.* 6. §. *ſed & 6. de injuſt. rupt. teſt.* Hotomanus item aliud ex ejuſdem Impe-

Imperatoris conſtitutione, qua in ſpecie *l. poſtumus. 12. d. tit.* ſcriptis hæredibus defertur bonorum poſſeſſio ſecundum tabulas, ut rem obtineant, quæ alioqui ſine re futura erat. Permiſcentur autem hæ bonorum poſſeſſiones per omnes ſuperiores ordines, verbi cauſa, Carboniana datur impuberi, cui controverſia fit, an ſit ex liberis, ſi præteritus eſt, contra tabulas; ſi inſtitutus, ſecundum tabulas: ab inteſtato, unde liberi, *l. 1. & l. 2. de Carbon. edict.* In libris noſtris bonorum poſſeſſio ſic etiam diſtinguitur, ut quædem dicatur edictalis, quædam decretalis, *l. 1. §. decretalis. 7. de ſucc. edict. l. 1. §. ſed &. 4. unde lib. l. cum quidam. 30. §. 1. de acq. hæred.* Doctores vulgo exiſtimant, non eſſe hæc nomina diverſarum 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 eandem bonorum poſſeſſionem, quæ edictalis vocatur, quatenus conſideratur, ut edicto propoſita & promiſſa, decretalem dici quatenus petita & agnita. Ita poſt Accurſ. Cyn. Bart. alioſque veteres interpretes, Sichard. *ad rub. C. qui adm. ad bon. poſſeſſ. num. 10. & ſeqq.* Schneid. *in §. ſeq. num. 7.* Mynſ. *hic ad rubr. num. 10.* Menoch. *rem. 1. adipiſc. poſſ. num. 10. & ſeqq.* Graff. §. *bonorum poſſeſſio. quæſt. 3.* Tulden. *comm. in hunc tit. cap.*

2 3. Sed videamus, an non, quod magis arbitror, ſint revera hæ diſtinctæ & oppoſitæ ſpecies, & falſa illa DD. opinio. Moveor primum eo, quod edictalis decretali opponitur, ut ordinaria extraordinariæ, *l. 3. §. hæc 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 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. 7. de ſucc. edict.* at in edictali tempora delationis & acquiſitionis diſtincta ſunt, ut in hæreditate; ac proinde jus ejus petendæ repudiari poteſt. *d. l. 1. §. 1. & §. qui ſemel. 6. l. in plurium. 70. de acq. hær.* 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. hær. l. ſi duobus. 14. §. ult. cont. 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. §. ſi ea. 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. Weſemb. Bachov. VINN. Accedit & altera differentia ratione effectus. Edictalis enim eſt perpetua: decretalis ad certum tempus datur. Vid. D. Pagenſtech. *Admon. ad ff. Part. VI. §. 5.* Unde diviſio bonorum poſſeſſionis in *perpetuam* & *temporalem* quam reliquis addunt Doctores, cum hac eadem videtur. HEIN.

TEXTUS.

De ſucceſſorio Edicto.

4. *Quum igitur plures ſpecies ſucceſſionum prætor introduxiſſet, eaſque per ordinem diſpoſuiſſet, & in unaquaque ſpecie ſucceſſionis ſæpe plures extent diſpari gradu perſonæ; ne actiones creditorum differrentur, ſed haberent, quos convenirent, & ne facile in poſſeſſionem bonorum defuncti mitterentur, & eo modo ſibi conſulerent: ideo petendæ bonorum poſſeſſioni certum tempus præfinivit. Liberis itaque & parentibus tam naturalibus, 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, ſe inter eos, quibus bonorum poſſeſſio defertur, ſucceſſionem permiſſurum. *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. §.

placebat. 7. *ſup. de leg. ſucceſſ. agn.* Sed enim cum eo loco Juſtinianus etiam in hæreditatibus graduum ſucceſſionem inter agnatos, admiſerit, prætoris eſt, etiam in bonorum poſſeſſione eam inter illos admittere; arg. *l.* 3. *unde legit.* quanquam 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 ſucceſſionis] Id eſt, ordine; ut in tribus illis, inteſtati, liberorum, agnatorum, cognatorum. Nam quarti, viri ſcil. & uxoris, nulli ſunt gradus.

Plures diſpari gradu] Gradus bifariam uſurpatur; interdum pro ordine ſucceſſionis ab inteſtato, *l.* 1. *quis ord. in bonor. poſſeſſ. l.* 5. *und. coga.* 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 prætor è re eſſe putavit, præſtituere certum & breve tempus ad bonorum poſſeſſionem petendam. Prima eſt, uti 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 afferetur, quorum intereſt mature ſcire, utrum habeant, quem conveniant, an bona fiſco ſint delata. Tertia, ne creditores, ſi nemo inveniatur, qui actiones excipiat, ad poſſeſſionem & diſtractionem bonorum procedant, quod defuncto ignominioſum. *d. l.* 1. *pr. & §.* 1. *de ſucc. edict.* VINN. Add. Cic. *pro P. Quinct. cap.* 15. & ſupra §. 1. *Inſt. quib. ex cauſſ. man. non lic.*

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 Tertylliano 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 cæteris bonorum poſſeſſionem perinde ex ſucceſſorio edicto pollicetur, ac ſi is, qui præcedebat, ex eo numero non eſſet. Si quis itaque delatam ſibi bonorum poſſeſſionem repudiaverit, non quouſque tempus bonorum poſſeſſioni præfinitum exceſſerit, expectatur: ſed ſtatim cæteri ex eodem edicto admittuntur.

COMMENTARIUS.

NOn tantum in ſucceſſione ex teſtamento locus eſt juri adcreſcendi, verum etiam in ſucceſſione ab inteſtato, tum legitima, §. *ult. ſup. de Senatuſconſ. Orfic.* tum honoraria. Ut docet hic locus, & *l.* 3. §. *ult. cum.* 2. *ll. ſeqq. hoc tit. l. un. C. quand. 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, cæteri non admiſerunt, vel quod ſpreverint jus ſuum, aut tempore bonorum poſſeſſionis finito excluſi ſint, aut ante mortui, quam bonorum poſſeſſionem petierint, ei, qui admiſit, adcreſcunt portiones, quæ cæteris competerent, ſi petiiſſent. *d. l.* 3. §. *ult.* & 2. *ſeqq.* Et accreſcunt igitur portiones deficientium ſine nova petitione aut agnitione, ut jure civili portiones hæredum deficientium ſine nova aditione accreſcunt iis, qui pro ſua parte hæredes extiterunt.

Deinceps cæteri] 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, ſucceſſionem 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 cæteri] Ut primum quis delatam ſibi bonorum poſſeſſionem repudiavit, continuo cæteri 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 petenda autem bonorum poſſeſſione dies utiles ſinguli conſiderantur.

COMMENTARIUS.

Qui dies continui, qui utiles, qui ſeſſionum? Et quando de plano prætor jus reddere dicatur?

DIes in jure noſtro alii ſunt *continui*, alii *utiles*. *Continui*, qui ſine interruptione, nulliſque exceptis, currunt: *utiles* illi duntaxat, quibus experiundi ſui juris poteſtas eſt, *l.* 1. *de div. & temp. præſcr. l.* 11. §. *quidam.* 5. *ad leg. Jul. de adult.* & proinde hi neque ignoranti, 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.

eſt. *l. ſed & ſi 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 quæſt.* Quæcunque cauſæ cognitionem decretumque magiſtratus deſiderant, pro tribunali, non de plano cognoſcenda & expedienda ſunt. *d. l. 9. §. 1. de off. proconſ. 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 cauſæve cognitionem non requirant, edictales appellatæ; & conſequenter illæ tantum pro tribunali peti & dari, hæ 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.* VINN. Non ergo confundendæ loquutiones: *de plano cognoſcere*, (unde *planaria interpellatio* in *l. 4. C. de dilat. edit. Haloandr.*) & *ſummatim cognoſcere.* Bonorum enim poſſeſſio ex edicto Carboniano non dabatur de plano, ſed pro tribunali: & tamen cognitio erat ſummaria. *l. 3. §. 8. ff. de bon. poſſ. l. 2. §. 1. ff. quis ordo in poſſ. ſerv.* Rem omnem accuratius expoſuit Vir Celeberrimus, Ger. Noodt *de Juriſd. lib. 1. cap. 10. p. 135.* HEIN.

TEXTUS.

Quomodo peti debet.

7. *Sed bene anteriores Principes & huic cauſæ proviſerunt, ne quis pro petenda bonorum poſſeſſione curet; ſed quocunque modo admittentis eam indicium oſtenderit, intra ſtatuta tamen tempora, plenum habeat earum beneficium.*

NOTÆ.

7. *Quocunque modo; &c. indicium*] Sufficit qualecunque indicium admittendæ bon. poſſeſſionis, *οἱαδήποτε ἔμφασις*, qualiſcunque ſignificatio, aut, ut eſt in *d. l. ult. teſtatio amplectenda hæreditatis.* Magiſtratum tamen adire oportet, apud quem de voluntate noſtra publice teſtemur, *d. l. ult.*

COMMENTARIUS.

VEtus 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, quod non apud quemvis magiſtratum peti poterat, nec cujuſvis 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 judicem, & vel magiſtratum municipalem adire, atque apud hunc, qualicunque 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 hæ etiam nunc prætorem & tribunal deſiderant.

Sed quocumque modo admittentis, &c.] Magiſtratum tamen aliquem adire oportet; apud quem de voluntate noſtra publice teſtemur: alioqui ſi nuda & ſimplex declaratio voluntatis privatim aut coram teſtibus facta ſufficeret, 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 ſuperſtite conjuge diviſerit. *Deciſ. ſupremi apud nos Senatus. 7. Grot. 2. introd. 30.* add. Chriſtin. *vol. 6. deciſ. 62. n. 7.* Gudelin. *lib. 1. de jur. noviſſ. c. 16.* Zypæ. *not. jur. Belg. tit. unde liberi.* Groenew. *tit. C. unde vir & ux.* VINN. Non tamen dubium, quin uſus adhuc tantum non ubique ſit bon. poſſeſſionum temporalium & extraordinariarum. Exempla paſſim habent ſcriptores pragmatici. Vid. Hopp. *ad Inſt. h. t. §. 2.* Stryk. *uſ. hodiern. Digeſtor. h. t.* HEIN.

TITULUS UNDECIMUS.

DE ACQUISITIONE PER ADROGATIONEM.

Continuatio, & origo.

SEquitur 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, quæ 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. poteſt.* 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. tut.* cum ſatis conſtet, eos qui adrogantur, tam jure legeque filiosfam. fieri, quam ſi ex patre matreque ejus familias 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, ſibique 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 adopt.*

TEXTUS.

Quæ hoc modo acquiruntur. Jus Vetus.

1. *Ecce enim cum paterfamilias ſeſe in adrogationem dat, omnes res ejus, corporales & incorporales, quæque ei debitæ ſunt, adrogatori antea quidem pleno jure acquirebantur, exceptis iis, quæ per capitis deminutionem pereunt; quales ſunt operarum obligationes, & jus adgnationis. Uſus etenim & uſusfructus 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 Theoph. ſe explicaturum pollicetur, non explicat tamen, lapſu, ut credo, memoriæ: videſis Cujac.

Noſtra conſtitutio] *l. pen. C. de uſufr.* vid. *ſup.* §. *pen. d. t.*

COMMENTARIUS.

1. *Per adrogationem etiam poſſeſſionem acquiri adrogatori? & quare?*
2. *Operarum obligationes quæ 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 adopt.* 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 non proprietas 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 etſi 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. tit.* 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 auth. 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.* VINN. Et ex eo, quod & poſſeſſio adrogatori ſine nova adprehenſione adquiritur, interpretanda videtur *l.* 15. *pr. ff. de adopt. & emancip.* ubi *omnia, quæ filii fuerunt, & adquiri poſſunt,* TACITE JURE *ad eum, qui*

qui adoptavit, transire dicuntur. HEIN.

2 *Quales sunt operarum obligationes*] Operarum sc. officialium: quod additum oportebat: nam fabrilium obligatio capitis minutione non perimitur. Quod ut perfectius intelligatur, sciendum est, operarum duas esse species, officiales & artificiales. Officiales sunt, quas libertus patrono officii causa praestat: artificiales, quae in artificio aliquo consistunt, puta fabricandi, pingendi, medicandi. Illae 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 haeredem 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 hae operae deberi possunt, ut dictum est. Planè jus obsequii non videtur capitis deminutione perimi. *arg. l.* 10. §. 3. *de in jus voc.*

Jus adgnationis] Quae jura agnationi tributa sunt, capitis deminutione pereunt, & ideo ad adrogatorem transire non possunt, veluti jus percipiendarum legitimarum haereditatum, *l.* 7. *de cap. minut.* §. 2. *sup. de Senatusconsc. Orfic.* quanquam hoc ad eas tantum haereditates pertinet, quae lege duodecim tabularum, non etiam ed eas, quae novis legibus aut Senatusconsultis deferuntur, *d. l.* 7. *&* *d.* §. 2. de quo dictum alibi. Sed nec jus legitimae haereditatis, quod patronus ut patronus habet, adrogatione ejus perimitur. *l. si libertus.* 23. *l. patroni.* 39. *de bon. libert.*

Usus & ususfructus] Olim usus & ususfructus 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.*

TEXTUS.

Jus novum.

2. *Nunc autem nos eandem acquisitionem, quae per adrogationem fiebat, coarctavimus ad similitudinem naturalium parentum. Nihil enim aliud, nisi tantummodo ususfructus, tam naturalibus parentibus, quam adoptivis, per filiosfamilias acquiritur in iis rebus, quae extrinsecus filiis obveniunt, dominio eis integro servato. Mortuo autem filio adrogato in adoptiva familia, etiam dominium rerum ejus ad adrogatorem pertransit: nisi superstint aliae personae, quae ex constitutione nostra patrem in iis, quae acquiri non possunt, antecedant.*

COMMENTARIUS.

AD *similitudinem naturalium parentum*] Et rectè. Nam cum naturalibus parentibus eorum, quae extrinsecus obveniunt, usumfructum tantum acquiri voluerit, proprietate filiis concessa; *l.* 6. *C. de bon. quae lib.* §. 1. *sup. per quas pers.* ratio non patitur, ut plus juris tribuatur patri adoptivo.

Etiam dominium rerum] Etsi jam primorum Principum constitutionibus jus acquirendi per filiosfam. nonnihil imminutum fuit: tamen in adventitiis aequè ac profectitiis bonis diu jus vetus patri servatum, atque hactenus quoque in peculio castrensi & quasi castrensi, ut, tametsi vivente filio nihil juris in eo pater haberet, liceretque filio in his bonis haeredem sibi testamento instituere, tamen eo intestato mortuo pater tam res castrenses, quam reliquas, jure peculii occuparet, adeo ut nullorum adhuc bonorum haeredem filius ab intestato haberet. *l.* 2. *de castr. pec.* Tandem secuta est major mutatio, & primo quorundam adventitiorum duntaxat, postremo eorundem omnium usumfructum tantum patri acquiri placuit, tributa filio earum rerum proprietate: datique ei sunt & in castrensibus & in peculii adventitii proprietate haeredes ab intestato, primum liberi ejus, dein fratres, tertio loco parentes. *l.* 3. *l.* 4. *d. l.* 6. *C. de bon. quae lib. l. ult. C. comm. de succes.* Igitur quod hic ait Justinianus, mortuo filio adrogato in adoptiva familia, etiam dominium bonorum adventitiorum adrogatori acquiri, non sic accipi oportet, acquiri ei jure peculii, alioqui nemo ei anteponeretur; sed acquiri jure haereditatis, ei delatae post liberos & fratres defuncti. Hae enim sunt illae personae quae hic patrem dicuntur antecedere ex constitutione Justiniani, quae est *l. ult. C. comm. de succ.* Fusius haec explicata sunt *lib.* 2. *quib. non est perm. fac. test. Nov.* 118. ordo successionis mutatus.

TEXTUS.

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: & si noluerit eum defendere, permittitur creditoribus, per competentes nostros magistratus bona, quae ejus cum usufructu futura fuissent, si se alieno juri non subjecisset, possidere, & legitimo modo ea disponere.*

COMMENTARIUS.

1. *Actionis, quae id adrogatum competebant, directo in adrogatorem non dari: neque actionem de peculio ex ante gesto.*
2. *An adversus adrogatum directa actiones salva maneant?*

IN hoc quoque dispar ratio est adrogatoris & haeredis, quod in haeredem etiam illae actiones, quae adversus defunctum competebant, directo dentur, in adrogatorem non dentur, quae competebant in adrogatum. Neque enim ut haeres personam defun- 1
cti, ita & adrogator suscipit personam adrogati. Quod obligationes & actiones adrogatori acquirantur, id ei tribuit

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 hactenus 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 ſcil. 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. eat.* 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, τῇ ἀκριβείᾳ, 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
2 jure fuerunt. Illud quæſitum eſt, an actiones ipſo jure adrogatione pereant, atque ex edicto de capite minutis reſtituantur, an ſalvæ maneant, 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 filiifam. etiamſi 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 & tranſtulit: ſimiliter ut in ſpecie *l.* 7. §. *pen. d. tit.* neque aliud hic locus ſignificat.

Cum uſufructu fuiſſent] Hoc ideo ait, quia nunc ſolus uſusfructus parenti adrogatori quæritur, proprietate penes adrogatum manente. §. *prac.* Ait, legitimo modo diſponere: de quo adi *tit. ff. quib. ex cauſ. in poſſ. eat. & de reb. auct. jud. poſſ. item de curat. bon. dand.*

TITULUS DUODECIMUS.

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 aditur hæreditas, velint bona ſibi addici libertatum conſervandarum cauſa, audiuntur.

COMMENTARIUS.



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. de teſtam. man.* Etſi autem is, cui bona libertatis cauſa addicta ſunt, neque hæres eſt, neque bonorum poſſeſſor: tamen quia in locum defuncti ſuccedit, bonorum poſſeſſori aſſimulatur, *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.

D. Marco. 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.

1. *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 cœperunt, ut venire debeant, is cujus de ea re notio eſt, aditus rationem deſiderii tui habebit, ut libertatum tam earum, quæ directo, quàm earum quæ per ſpeciem fideicommiſſi relictæ 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.

NOTÆ.

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 deſtituto 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. Weſ.

Si fiſcus bona adgnoſcere] 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 conveniunt 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. Utut eſt, etiam extrario libero homini ipſa conſtitutione D. Marci permitti bonorum addictionem, oſtendunt *d. l.* 50. §. 1. *de man. teſt. l. ult. C. eod.* quamvis potius ad extrarios productam colligas ex *l.* 6. *C. eod.* VINN. Et exinde quoque colligas, recte exiſtimare Theophilum, Pompilium iſtum Rufum ſervum potius, aut ſtatu liberum quam ingenuum vel libertinum fuiſſe. Statu ſane liberos ob ſpem libertatis non raro ſe pro liberis geſſiſſe & nomina patronorum gentilia ante manumiſſionem adſumſiſſe, colligere mihi videor ex *l.* 11. *C. de fideic. lib.* HEIN.

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: ſiquidem 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, deſtituto 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. VINN. Aliud obtinebat, ſi e. g. fideicommiſſaria libertas ita data, ſi uxori teſtatoris placuiſſet. Tunc enim ea non adeunte hereditatem, & filio ſuccedente, ſervus libertatem petere poterat, dum uxor teſtatoris non refragaretur. *l.* 8. *C. de fideic. libert.* HEIN.

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. auct. 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 attribuuntur; qui proinde tanquam decretalis bonorum poſſeſſor conſtituitur.

Si idoneè caveris] Addici ita demum bona voluit, ſi idoneè creditoribus tantum fuerit de ſolido, quod cuique debetur, ſolvendo. *l.* 2. *l.* 4. §. *addici.* 8. *de fideic. lib.* merito. Ita enim favendum libertatibus, ut ne alteri inferatur injuria. Quid eſt autem idoneè ca-

re? Satisdato utique vel pignoribus datis. Sed tamen etsi fides habita fuerit promittendi sine satisdatione, placet, idoneè cautum videri. *d. l.* 4. §. *addici.* 8. De solido autem, id est, de sorte & usuris. *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 addictionem bonorum liberi fiunt; qui fideicommissariam, manumittendi sunt ab eo, cui bona addicta sunt. Itaque illi Orcini, hi liberti 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 addictio, sed quem patronum habere recusant, dominum habere coguntur. *d. l. ult. C. d. de test. man.*

Ac si hæreditas adita] Aut bonorum possessio admissa decretave. Non igitur ex pactione, sed ex addictione, quæ vicem aditionis hæreditatis, aut agnitionis adjudicationisve bonorum possessionis obtinet. Illud notandum, loqui rescriptum de 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. Verùm in hoc argumento libertatis causa commodo fisci benignè prælata est, ut etiamsi 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 Accursio accipio illud, *si alia ratione agnoscat*, in *d.* §. *eadem.* 17.

TEXTUS.

Utilitas rescripti.

2. *Hoc rescripto subventum est & libertatibus, & defunctis, ne bona eorum à creditoribus possideantur & veneant. Certè si fuerint hac de causa bona addicta, 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 Quintio cap.* 15. & Justinian. §. 1. *sup. quib. ex ca. man. &* §. 1. *de hæred. qual.* Creditores injuria non afficiuntur: nam per bonorum ex hac causa addictionem fit quidem, ut ipsi in bona defuncti ire, & sibi consulere non possint: cæterum existit idoneus defuncti defensor, qui de solido, quod cuique debetur, solvendo caveat, ut justam querimoniæ 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 & hæ.* 35 §. 3. *l. pen. 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 datæ sunt. Quid ergo si quis intestatus decedens codicillis libertates dederit, neque adita sit ab intestato hæreditas? Favor constitutionis debebit 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 cœperit, neminem existere; tunc erit constitutioni locus.*

5. *Si is, qui in integrum restitui potest, abstinuerit hæreditate, quamvis potest in integrum restitui, potest admitti constitutio, & bonorum addictio fieri. Quid ergo, si post addictionem 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. Cæterum & si quis intestato decedens codicillis libertates, dederit, neque adita sit ab intestato hæreditas; 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. tit.*

TEXTUS.

Si libertates datæ non sunt.

6. *Hæc constitutio libertatum tuendarum cau-*

causa introducta est. Ergo si libertates nullæ sint datæ, cessat constitutio. Quid ergo, si vivus dederit libertates, vel mortis causa, & ne de hoc quæratur, 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 addictionis bonorum.

TEXTUS.

De speciebus additis à Justiniano.

7. *Sed cum multas divisiones ejusmodi constitutioni deesse perspeximus, lata est à nobis plenissima constitutio, in qua multæ species collatæ 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 addictionis bonorum à D. Marco introductum multis modis amplificatum est. Amplificationem Hotomannus quatuor his versibus complectitur. 1. *Jus postulandi annuum esto.* 2. *Si plures simul satisdato postulent, iis bona simul addicuntor.* 3. *Ejus, qui plus se præstiturum satisdabit, potissimum jus esto.* 4. *Qui plus quam alter, cui addicta bona sunt, in ra annum offeret, altero libertatem suam retinente, bona ootineto.* Hujus & superioris tituli hodie nullus usus est. VINN. Immo jam Justiniani temporibus sensim ab usu recessisse videtur Marci constitutio ob pinguius remedium *Nov.* I. *cap.* 1. concessum, ut herede repudiante, ipsi legatarii, quin & servi, quibus libertas testamento data est, adire possint. HEIN.

TITULUS DECIMUSTERTIUS.

DE SUCCESSIONIBUS SUBLATIS, QUÆ FIEBANT PER BONORUM VENDITIONES, ET EX SENATUSCONSULTO CLAUDIANO.

C. Lib. 7. Tit. 24.

TEXTUS.

Erant ante prædictam successionem olim & aliæ per universitatem successiones: qualis fuerat bonorum emptio, quæ 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, & à 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 Quint. cap.* 15 *& 6. ad Attic.* 1. Atque hæc bonorum distractio etiam decemvirali verbo sectio dicebatur. Fusius hæc Theoph. VINN. Plura & accuratiora reperies apud Car. Sigon. *de antiqu. jur. civ. Rom lib.* 1. *cap.* XI. *& de Judic. Rom. lib.* 1. *cap.* 18. Adde sis *Antiq nostr. Rom. lib.* II. *tit.* XVII. §. XI. *p.* 465. *ed. nov.* HEIN.

Quando judicia ordinaria] Planius 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 deſierit eſſe ſucceſſor univerſi juris, & bona ita vendi cœpta, ut ex pretio eorum creditoribus ſatisfieret, *l.* 6. *&* 9. *C. de bon. auct. jud. poſſ.* VINN. Senſus Juſtiniani eſſe videtur quod ambagibus iſtis locus fuerit, quamdiu judicia eſſent ordinaria, & diſtinctum prætoris & judicis officium. Ex quo autem Magiſtratus judices pedaneos dare deſierint, & omnia judicia facta ſint extraordinaria, nec ritibus & formulis antiquis tam ſtricte inhæſiſſe homines. HEIN.

Libertatem amittebat] Poſt trinam denuntiationem domini. Theoph. denuntiationis meminit & Ulp. *tit.* 11. §. 10. Paul. *l.* 27. *depoſ.* Tacitus autem denuntiationis non meminit, ſed ſimpliciter ignorantis domini. Et fortè 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.

REferuntur 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, cap.* 15. *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 fiunt, & domini conſtituuntur, qui qua lege & qua conditione pereat, pronuntient, &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. auct. jud. poſſ. l. Imperator.* 60. *de pact. l.* 9. *de cur. fur. l.* 4. *C. de bon. auct. jud poſſ.* Illud etiam olim non erat infrequens, ut bona alicujus damnati proſcriptique ſectoribus in auctione venderentur, qui, ut tradit Aſcon. *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 Hotomanus, quod Varro, *lib.* 2. *de reruſt. cap.* 10. modos acquirendi legitimi dominii enumerans, ſcribit; *Tumve cum in bonis ſectioneve cujus publicè 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 pœnam capitis converſam bonorum adhibita proſcriptione, teſtatur Tertull. *Apol. cap.* 3. *Suffundere*, inquit, *maluit hominis ſanguinem, quam effundere.* Add. Gell. *lib.* 20. *cap.* 1. Salmaſ. *de mod. uſur. cap.* 18. VINN. Sed adde tu iis Illuſtr. Bynkersh. *Obſerv. lib.* 1. *cap.* 1. ubi ab omni crudelitatis ſuſpicione decemviros erudite abſolvit. HEIN.

Per multas ambages] Ter creditores adire prætorem oportebat; primum ut liceret bona poſſidere: deinde ut liceret magiſtrum bonis conſtituere, qui in auctione divenderet: poſtremo ut legem dare bonorum venditioni, & cum emptore, cui addicerentur, de parte ejus, quod cuique deberetur, paciſci. Cæterum hæc fuſius 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 Ciceronis fuit, eademque in Pandectis, quo hic remittimur, ſub *tit. de reb. auct. jud. poſſ.* & in Codice quoque relata eſt, *l.* 6. *&* 9. *C. eod. tit.* Videntur mihi Compoſitores male iſta inter ſe oppoſuiſſe, tanquam pugnantia, *permitti 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, deſiiſſeque hanc acquiſitionem eſſe univerſalem. Jure noviſſimo modus miſſioni creditur conſtitutus, ut jam miſſio non fiat in univerſa bona, ſicut olim, *tit. de reb auct. jud. poſſ.* ſed tantum pro quantitate debiti. *Nov.* 53. *c.* 4. §. 1. unde *auth. & qui jurat. C. de bon. auct. 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. cap.* 53. ubi de rebus geſtis ſub Claudio tractans ſic ſcribit; *Inter qua refertur ad patres de pœna fœminarum quæ 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. *depoſ. l. un. C. de ſen. Claud. toll l. edicimus. C. Theod. de murileg.* Theoph. *hic.* Pet. Fab. *lib* 1. *ſemeſt.* 25.) diſputatione Juriſconſultorum Senatuſconſulto

sulto additam. Justinianus autem hoc Senatusconsultum sustulit, permisitque domino potestatem, si quid tale servus commiserit, eum castigandi, atque avelendi à muliere, simul denuntians, non impune latorum dominium, si hac potestate non utatur. *d. l. un. in fin. C. de sen. Claud. toll.*

TITULUS DECIMUSQUARTUS.

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 propositas 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 jure civili, & qua qualem habeant?*
9. *Obligatio mere civilis.*
10. *Obligatio mixta.*

1 ERia 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 dominii 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 argumenti tractationem ad duo capita revocant, dominium & obligationem, dominii verbo omnia in rem jura complectentes. De dominio ejusque acquirendi modis actum hactenus. 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 priore 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 Vulteji 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 & subjecta 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, familiæ, 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 Vulteji tale est. Si obligatio ad jus rerum pertineret, uti dominium pertinet, tum ex obligatione quoque, uti ex dominio, competeret actio in rem: at actio ex obligatione in personam est: ergo ipsa obligatio ad jus personarum, non rerum, referenda. Πονηρὰ ἔνθεσις & error perspicuus ἀπὸ τὸ ἐπόμενον.

Non enim ideo actio ex obligatione in personam esse dicitur, quia per eam aut personam, aut jus aliquod, quod in personam aut personæ sit, 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
3 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 producunt, & tamen illæ quoque, quæ vel non producunt actionem, vel eam producunt, quæ exceptione repelli potest, suum quendam usum & effecta jure civili habent, recte facturi videmur, si priusquam ad ea declaranda accedimus, quæ hic à Justiniano tradita sunt, naturam diversitatemque obligationum à capite repetitam explicemus.
4 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
5 *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 animantibus communi, sed à natura humana, id est, recta ratione, quæ sola quod æquum est, dictat. Itaque naturalis obligatio non est duplex, ut quidam opinati sunt; una, quæ sit ex jure gentium & humani generis propria; altera, quæ sit ex jure naturali omnium animantium 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, eum natura debere, quem jure gentium dare oportet. Hæc obligatio conscientias 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 exactionem producat: id quod ex enumeratione specierum, quæ ad hoc genus obligationis pertinent,
6 liquere potest. 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. *verf. videamus. ad senat. Treb. l. si ita stipulatus.* 126. §. 2. *verf. 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 natura-
7 lis tantum, non etiam civilis simul sit obligatio, facit aut qualitas conventionis, aut personæ pacisentis 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 fine 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 conventione, 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 interceserit, 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 ἀντιδωρα. *l. sed & si.* 25. §. *consuluit.* 11. *de hared pet. per l. si pignore.* 54. §. 1. *de furt.* & quæ hujus species est, manumissio, unde operarum officialium debitio 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 Falcidiæ. *l.* 2. *C. de fideic. l.* 5. §. *si quis.* 15. *de don. int. vir. & uxor. l.* 1. *l. ult. C. ad legem Falcid.* Naturalium harum obligationum quæ-
8 dam 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. c.* 28. *debitio gratiæ, alia pecuniæ:* neque convenit beneficia fœnerari aut in calendario scribere. Quo etiam per-

pertinent illa Senecæ, 3. *de benef. c.* 7. *Cum res honeſta ſit, referre gratiam, deſinit honeſta eſſe, ſi neceſſaria eſt*, id eſt, honeſtatis gradum excellentem amittit; quod ſequentia indicant, *Non enim magis laudabit quiſquam gratum hominem; quam eum, qui depoſitum reddidit, aut quod debebat, citra judicium ſolvit.* Et mox: *Non eſt glorioſa res gratum eſſe, niſi tutum eſt ingratum fuiſſe.* Operarum tamen, quæ ex cauſa manumiſſionis patrono naturaliter debentur, obligatio hunc jure civili effectum habet, ut ſolutæ per errorem repeti non poſſint, *d. l.* 26. §. *libertus.* 12. *de cond. ind.* Ejuſdem 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. eleganter.* 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 paterf. factus ſolverit, non repetit, *d. l.* 40. *l.* 9. *in fin. de ſen. Mac.* Cæteræ obligationes naturales, quæ ex conventione 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 adſpectu, quod pupillus ita promiſit, ne natura quidem deberi dicitur, *d. l.* 41. *de cond. ind. d. l. propen. de obl. &*
9 *act.* Obligatio mere civilis eſt vinculum ſolius juris civilis, ſeu ὁ ἀκεραβοδικαίος, 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.*
10 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 quod eam & naturalis ſuſtinet æquitas, & ſimul juris civilis firmat auctoritas. Unde etiam ſola plenam præſtandi neceſſitatem habet, actionemque & exactionem 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 vere talis, aut præſumptive; qualis eſt obligatio judicati, & confeſſi; item jurisjurandi neceſſarii. Quippe res judicata pro veritate accipitur, *l. poſt.* 56. *de re jud. l.* 207. *de reg. jur.* confeſſi in jure pro judicatis 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.

TEXTUS.

Continuatio & definitio.

Nunc tranſeamus ad obligationes. Obligatio eſt juris vinculum, quo neceſſitate adſtringimur alicujus rei ſolvendæ ſecundum noſtræ civitatis jura.

NOTÆ.

Obligationibus] Theoph. & Accurſ. putant hîc 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.* VINN. Recte. Sed non ſolum tamen Theophilum, verum & veteres fere omnes obligationes tanquam præcipuum actionum fundamentum conſideraſſe, vel inde patet, quod in Pandectis æque ac Codice conjunctim & uno eodemque titulo agitur *de obligationibus & actionibus.* Et inde, licet perperam, exiſtimavit Theophilus hic quoque tractatum de obligatione præmitti materiæ de actionibus, quia obligationes ſint fontes actionum, & eatenus ad tertium juris objectum commode referri queant. HEIN.

Juris vinculum] Omnis obligatio eſt juris vinculum: obligatio civilis, vinculum juris civilis: naturalis, vinculum æquitatis, *l.* 95. §. 4. *de ſolut.* civilis mera, rigoris ſeu ἀκεραβοδικαίου *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.*

COM-

COMMENTARIUS.

EST *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, jure 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.*

Solvendæ] Solvi dicitur res in usu juris, cum debita præstatur, *l. solutam.* 49. *de solut. l. si rem.* 9. §. 3. *& seqq. de pign. act.* eaque solutione tollitur obligatio, *inf. quib. mod. toll. obl. in pr.* tametsi 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 nostræ civitatis jura] Hæc verba referenda sunt ad totum illud, quod præcedit, *quo necessitate adstringimur alicujus rei solvendæ.* Temperatur enim hac adjectione non, ut male Theophilus, potestas solvendi, 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 solvendæ*, referimus, falsam efficimus sententiam, nimirum, eum, qui non recte solvit, non esse obligatum. In eodem errore fuit & Accursius.

TEXTUS.

Divisio prior.

1. *Omnium autem obligationum summa divisio in duo genera deducitur: namque aut civiles sunt, aut prætoriæ. Civiles sunt, quæ aut legibus constitutæ, aut certo jure civili comprobatæ sunt. Prætoriæ sunt, quas prætor ex sua jurisdictione constituit; quæ etiam honorariæ vocantur.*

NOTÆ.

1. *Omnium obligationum*] Scil. ad actionem producendam efficacium: de quibus solis etiam concepta definitio.

Aut jure civili comprobatæ] 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 jurisdict.] Ex quibus scil. actionem in personam dedit. §. 8. *& seqq. inf. de act.*

COMMENTARIUS.

AUT *civiles aut prætoriæ*] 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 sit. 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 aliave parte juris civilis, quæ parem 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 damnum injuria dedit, cujus quadrupes pauperiem fecit, qui arbores furtim cecidit, *inf. tit. de leg. Aquil. & si quadrup. paup. fec. l.* 1. *arb. furt. cæs.* Referunt huc vulgo & eas, quæ descendunt ex pactis speciali 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 prætoria 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.* VINN. Recte Vinnius obligationem prætoriam omnem naturalem simul esse, ait. Quamvis enim Prætor aliquando & civiles obligationes firmet, veluti dum *l.* 1. *ff. com-*

commodat. ex commodato actionem pollicetur: proprie tamen tunc obligatio non est prætoria, quia vinculum juris jam citra prætoris auxilium habet. HEIN.

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. Prius est, ut de iis, quæ ex contractu sunt, dispiciamus. Harum æque quatuor sunt species. Aut enim re contrahuntur, aut verbis, aut literis, aut consensu: de quibus singulis dispiciamus.*

NOTÆ.

2. *Aut enim ex contractu, &c.*] Hæc divisio sumpta est à causis efficientibus proximis seu factis obligatoriis; sine quibus nulla aut jure civili aut honorario confirmatur, *l.* 37. *de obl. & act.* Accuratior est, quam illa aut Caji *l.* 1. aut Modestini *l.* 52. *hoc tit.*

Ex contractu] Contractus est conventio obligationem pariens citra speciale legis adminiculum. Hac definitione excluduntur tum conventiones liberatoriæ, 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 συναλλαγμάτων distributione in μονάπλοα καὶ διπλοᾶ?

COMMENTARIUS.

1. *Unde sumpta sequens hæc divisio?*
2. *Rectene Aristoteles delictum speciem faciat* συναλλάγματος?
3. *Præter 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 conventione 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 primæ speciei.*

1 AUt enim ex contractu, *&c.*] Ἐπιδιαίρεσις 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.* Causæ 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 συναλλάγματος hæc omnia 2 comprehendit. Duo enim ille genera συναλλαγμάτων facit, ἑκούσια & ἀκούσια, voluntaria & involuntaria: ἑκούσια appellat commercia, conventiones, contractus: ἀκούσια, maleficia & delicta. Verum enim vero si vox Græca συναλλάγματος respondet verbo Latino commercii aut contractus, valde abusive delictum dicitur species συναλλάγματος: ipseque Aristoteles *cap.* 5. ejusdem libri negat, correctionem delictorum ad justitiam συναλλακτικὴν pertinere. Utut est, in jure nostro συνάλλαγμα tantum ad commercia refertur, *l.* 7. §. 2. *de pact. l. Labeo.* 19. *de verb. sign.* commercium autem uno modo usurpatur pro conventione & contractu; atque hæc à delictis perpetuo separantur. Unico tantum loco delictum appellatur contractus, non quidem involuntarius, sed malus, *l. si rerum.* 52. *de re jud.* ubi Triphoninus scribit, actionem rerum amotarum *ex malo contractu*, aut, ut est in codice Florentino, *ex malo contractu oriri.* Papinianus quoque verba Demosthenis in oration. contra Aristogitonem, ἐπανόρθωμα τῶν ἑκουσίων, καὶ ἀκουσίων ἁμαρτημάτων. Latine reddidit, *delictorum, quæ sponte vel ignorantia contrahuntur, coërcitio. l.* 1. junct. *l.* 2. *de legib.* Illud vero frequens apud nostros est, ut appellatione contractus & maleficii etiam quasi contractus & quasi maleficia significentur. *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. & *seq. inf. de act.* §. 1. *inf. de perp. & temp. action.* Porro sciendum est, quatuor causas obligationis, quæ 3 hic à Justiniano recensentur, esse quidem illas principales & ordinarias: cæterum esse præterea quasdam obligationes, quæ ex nulla quatuor illarum causarum proficiscuntur, sed ex sola & singulari æquitate. Cujusmodi species obligationis est, quæ à Celso 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 duplum 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 conventione est, eadem est ex contractu, veluti quæ datur ex pacto legitimo, vel ex constituto. Quod mox perfectius intelligetur. Atque hanc ego causam esse arbitror, quod Cajus *l.* 1. *pr. hoc tit.* causas & fontes obligationum indicaturus, contractus & maleficii tantum meminit, cautionis gratia subjiciens, eas, quæ extra hæc facta nascuntur, proprio quodam jure nasci ex variis causarum figuris. Sic ergo habendum, duo illa, contractum & maleficium, esse causas obligatio-

num generales & ordinarias ac principes; esse tamen & alias nonnullas, sed quæ sint extraordinariæ & irregulares, ut nec certo nomine significari, nec certa regula comprehendi possint. Videtur autem Cajus in *d. l.* 1. nomine contractus & maleficii etiam quasi contractum & quasi maleficium intelligere: quæ tamen cum singula proprie & distincte considerare volumus, à contractu & maleficio diversa esse, idem recte docet, *l.* 5. *eod.* & ex eo Justinianus *inf. tit. de*
4 *obl. quæ quasi ex contr. & de obl. quæ quasi ex del.* Igitur pro quadruplici illa consideratione causarum quadripartita quoque est obligationis divisio. Extat alia obligationis ex causis distributio apud Modestin. *l. obligamur.* 52. *hoc tit.* sed minus accurata. Confundit enim eo loco Modestinus causas remotiores cum propinquis; nimirum causas juris & facti; causas, propter quas obligatio constituitur, cum jure, quod obligationem constituit, aut confirmat. Plura etiam vitia istius divisionis alii observarunt. Ego singula ad amussim examinare nolim: nam pinguius aliquando disputant Jurisconsulti. VINN. Si paullo accuratius partiri velis: ita omnes obligationes ad suas species revocari posse crediderim. Obligatio est vinculum juris. Jus ponit legem. Omnis itaque obligatio ex lege est, & quidem vel ἀμέσως ex sola lege, vel ἐμμέσως intercedente facto aliquo obligatorio. Priores generis sunt omnes obligationes, quas Cajus *ex variis causarum figuris* nasci ait, quasque Vinnius noster *n.* 3. recenset, & *extraordinarias* vel *irregulares* vocat. Factum porro obligatorium est vel *licitum* veluti *contractus* & quasi *contractus*, vel *illicitum*, ut *delictum* & *quasi delictum*. Rem exposui in *Elementis jur. h. t.* §. 771. *seq.* HEIN.

De iis, quæ ex contractu] Quid sit contractus, intelligi 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.*
5 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. Privata 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 nudam conventionem Doctores vulgo vestitam & pactum vestitum appellant,
6 verbo magis quam sensu inconcinno. *Nuda* conventio est, quæ in nudis placiti & conventionis 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 præsc. 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, nihil amplius, *l.* 23. *C. de pign.* nimirum eadem translatione, qua nudam vocem, nudam voluntatem, nudum consensum, nudam proprietatem, &c. dicimus. Græcis ψιλὸν σύμφωνον. Quod definiunt, γύνικα μὴ προηγήσηται δόσις, ἀλλὰ μόνον συνῇξι ἐπὶ δόσει. 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 certis.* 28. *C. de pact. l. sive apud.* 28. *C. de transact. l.* 3. *C. de rer. permut. cum similibus.* Imo proverbii vice olim jactatum fuisse, *ex pacto actionem non nasci*, indicant Impp. in *d. l.* 10. *C. de pact.* & *d. l.* 1. *C. de pact. conv. tam. sup. dot.* & *ideo omnibus pactis stipulatio subjici debet, ut ex stipulatu 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 Romani hujusmodi conventionibus vim coactricem subtraxerunt, ut sola pacisentium fide staretur, honestius atque ad excitandum virtutis studium conducibilius 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, quæ sine legibus observantur ex conventione: quæ etiam jure præstari dicuntur.* Cui similis est apud Ciceronem *l.* 2. *de invent.* Et explodendi, ut ἀπολίτικοι, qui negant, potestatem civilem constituere posse, ut non nisi sub certo modo & forma 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 argumentum monstra profligamus. Excipiuntur 7
ex hoc genere pacta duo, quæ obligationem & actionem pariunt: primum 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 donat.* item quo dos constituitur, *l.* 6. *C. de dot. prom* vel jure prætorio, ut constitutum, & conventio de pignore, *l.* 1. & *passim, de pec. 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 etiam ex hujusmodi pacto actio ejus contractus, cui 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 huc pertinent, sed ea duntaxat, quæ sunt κατὰ τὴν φύσιν τοῦ συναλλάγματος, secundum naturam contractus, aut quæ aliqua saltem ratione præstationes contractus, cui adjiciuntur, tangunt aut contractum promovent. *d. l.* 7. §. *quinimo.* 5. & *seq. de pact.* & ibi comm. DD. *l. pacta.* 72. *de contr. empt.* Unde Jason ait, pactum, quod est contra naturam contractus, non vestiri cohærentia 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 proferuntur, 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,

cta, 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. §. *ſæpe.* 35. *depoſ. l.* 23. *de reg. jur.* præter exemplum de præſtatione uſurarum in depoſi-
8 to irregulari, *l. Lucius.* 24. & 2. *ſeqq. depoſ.* Quod attinet ad contractus ſtricti juris, Bachov. ad Treutl. *diſp. de pact. theſ.* 10. putat, diſtinguendum inter contractus, qui re fiunt, 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 pact. l.* 11. §. 1. *de reb. cred.* adhæc nullas in mutuo eſſe præſtationes doli aut culpæ, & ſi qua de his pactio fiat, eam eſſe extra naturam contractus: denique ob eandem cauſam, & quia præterea ſtricti judicii eſt, nec uſuras ex mutuo citra 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. fœn. l.* 12. *C. de uſur.* id non ex eo fieri, quod in continenti hæc pacta adjecta ſint, & proinde mutuo inſint, ſed quia ſpeciatim & 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 ſere.* 12. *de pact.* facilius admiſſum eſſe, ut pacta in continenti facta ſtipulationibus contineri iiſque ineſſe intelligerentur, *argum. l. lecta.* 40. *de rebus cred.* nec obſtare *l. quicquid.* 99. *de verb. obl.* Nam quod pacto ſtipulationi ſtatim ſubjecto 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.* 40. & in *l.* 13. *C. de pact.* qui etiam ſtipulationem hinc removent. Neque enim fruſtra eſt, quod ubi pro regula traditur, pacta in continenti facta ex parte actoris ineſſe, nominatim additur *in bonæ fidei judiciis*, *d. l.* 7. §. *quinimo.* 5. *d. l.* 13. *de pact.* Quorſum enim hæc adjectio *in bonæ fidei judiciis*, niſi ut intelligamus, in ſtrictis judiciis 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 judiciis. *l.* 3. *C. de uſur.* Similiter cum dicitur, exceptiones ineſſe bonæ fidei judiciis; *l.* 3. *de reſc. vend.* hoc dici intelligimus, in his ſolum ineſſe, non etiam in ſtrictis judiciis: 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 judiciis nominatim addere, ſi pacta in continenti facta pariter ineſſent omnibus contractibus, quibus ſubjiciuntur. 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.* 40. cum pactum ſubjectum 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.* VINN. Sed rem tamen clariſſimam puto, ſi leges conferas. Hæ diſtinguunt, utrum in continenti adjiciatur pactum contractui ſtricti juris, an ex intervallo, itemque, addatne obligationi, an detrahat. Si in continenti adjectum obligationi detrahit, ineſt contractui ex parte rei, ut plus ab eo peti nequeat, e. g. ſi decem dedi, & novem debeas, non niſi novem debebis. *l.* 11. §. 1. *ff. de reb. cred.* Sin in continenti adjectum addit obligationi, tunc non ineſt ex parte actoris, nec actionem parit. e. g. ſi decem dem, ut viginti debeantur, tunc non niſi decem debentur. *l.* 17. *ff. de pact.* Pacta ex intervallo adjecta ſive addant, ſive detrahant obligationi, non inſunt contractui ſtricti juris, nec ipſo jure tollunt obligationem, quamvis exceptionem producant. Conf. V. C. Ger. Noodt *de Pact. & tranſact. cap.* XII. HEIN. Conventio non nuda ſive veſtita 9
eſt, quæ puri placiti fines egreditur: quod ex duabus notis cognoſcitur, ſi proprium nomen ſortita eſt, vel ſi præter conventionem alia obligandi cauſa ſubſit, id eſt, ſi negotium civile geſtum ſit. *d. l.* 7. §. 2. *de pact.* Hæc conventionis ſpecies uno verbo appellatur contractus. Et igitur contractum ſic definio; 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 producunt, non utique propter nomen, quod extrinſecum quid eſt atque accidens; ſed propter utilitatem commercii, cujus indicium eſt, quod certo ac proprio nomine appellantur; vel potius quia hæ conventiones ob frequentiorem uſum talem accepere vim ac naturam, quæ etiamſi nihil ſpecialiter dictum ſit, ex ipſo nomine ſatis 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 hæ quoque conventiones obligationem & actionem pariunt. Cauſam definio 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 præſcr. 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 præscr. verb.* & negotium civile, *l.* 1. *de æstim. act.* id est, tale, quod constituit συνάλλαγμα: unde obligatio & actio civilis; ne quis hic somniet de causa impellente aut finali, quæ paciscentes 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 ut 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.* expresse à contractu distinguit. Sed animadvertendum est, Labeonem 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, Labeonem ea non ex propria significatione, sed ex sententia prætoris illa conjungentis distinguendo ad certas species referre, verbumque contractus ad eas species traducere contractuum, quæ mutuam 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 conventione obligentur, contractam dici obligationem, & negotium ipsum appellari & esse contractum: id quod satis ostendit vetus & recepta contractuum divisio, *hoc text. & in l.* 1. *eod.* proposita, *item in l.* 1. §. *pen. de*
10 *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 *cohærentiæ 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. eod. l. etiam.* 30. *de usur. l.* 12. *C. eod. l.* 6. *C. de*
11 *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, meditatas & utiles, ab inconsideratis, temerariis atque inutilibus, cum quis non dispositivè, ut loquuntur, nec serio, sed vel narrativè, vel per jocum & aliud agens aliquid pronunciat, ut ex illis tantum, non ex his obligatio & actio nascatur. Et hoc etiam jure Canonico satis expresse cautum est *c.* 1. *& c.* 2. *X. de pact.* & videmus, pleraque etiam alia ad simplicitatem juris gentium hodie reducta. Connanus vir eruditione minimè vulgari præditus existimat, ne jure quidem gentium ex nuda conventione 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.] Ὑποδιαίρεσις primæ 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 producunt, 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. Denominatæ enim sunt hæ species ab eo, quod cujusque proprium est, & in unaquaque eminet.

Aut literis] Hanc speciem obligationis videntur veteres comprehendisse sub ea, quæ re contrahitur; quoniam ex literarum obligatione qui agit, pecuniam petit ut mutuam. Certè plurium, quæ ex contractu sint, 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.* VINN. Immo multo certius hoc genus contractus jam sæculo Christi 2. in usu fuisse, constat ex Caji *Inst. lib.* 11. *tit.* IX. §. 12. Alia hujus contractus vestigia in ipsis Digestis deprehendit Galvan. *de usufr.* qui & observat, veteres illos qui species contractuum nominatorum recensentes litterarum obligationem omiserunt, eamdem sub verborum obligationibus comprehendisse. Et sane multo verosimilior est hæc Galvani, quam Vinnii nostri sententia, quia & in hac olim verba sollemnia interfuisse, ex Theophilo *ad tit. Inst. de litt. obl.* patet. HEIN.

TITULUS DECIMUSQUINTUS.

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? & quæ obligationes huc pertineant?

HOc 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 omiſſarum 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 innominatis: ex quibus omnibus obligationem non naſci conſtat, niſi datum aliquod aut factum ad conventionem acceſſerit. *l.* 1. §. 2. *de rer. permut. l.* 3. *C. eod. l.* 7. §. 2. *de pact. l.* 5. *& paſſ. de præſcr. verb.* diſerteque Paulus *in d. l.* 1. §. 2. *de rer. permut.* hac nota permutationem diſtinguit ab iis contractibus, qui nudo conſenſu perficiuntur, quod in permutatione res tradita demum initium obligationi præbet. Videri tamen poſſunt veteres propriè & 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.

TEXTUS.

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 eædem res, ſed aliæ ejuſdem naturæ & qualitatis redduntur, inde etiam mutuum appellatum eſt: quia ita à me tibi datur, ut ex meo tuum fiat: & ex eo contractu naſcitur actio, quæ vocatur certi condictio.

NOTÆ.

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. *in fin. de præſcr. verb.* & propriè, cum res tradita vel in genere, ut in mutuo; vel in ſpecie, ut in commodato, depoſito pignore, reddenda eſt.

Pondere, numero, &c.] Quoniam hæ res ita comparatæ ſunt, ut aliæ aliarum vice fungantur, & mutuo tantundem præſtent; 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 condictio] Mutuum contractus eſt μονόπλευρον, eum ſolum obligans, qui mutuum accepit; ac proinde una tantum hinc naſcitur actio, quæ appellatur certi condictio. 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.*

COMMENTARIUS.

1. *Definitio mutui, ejuſque definitionis per partes explicatio.*
2. *Materia mutui, & an panes ad numerum mutuo rectè dentur?*
3. *Cur mutui datio duntaxat conſiſtat in rebus conſumptibilibus?*
4. *Emendationem D. Salmaſii 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 auctæ, & incommodum deminutæ ad creditorem pertinere.*
10. *In æſtimatione ineundâ, 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. *Auctio aut deminuto nummorum valore, eos 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 condictio?*

1 MUtuum est contractus, quo res, quæ pondere, numero, mensura constant, alicui ita dantur, ut ejus fiant ea lege, ut is quandoque reposcenti creditori tantundem ex eodem genere reddat. Constituitur mutuum non solo ac nudo consensu, sed rem intervenire ac tradi oportet, puta pecuniam numerari, &c. quod Paulus sic expressit, *mutuum non potest esse, nisi pecunia proficiscatur. 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 pecuniæ summam mutuo darem, hæc conventio mutuum non est, sed nuda pactio, nec nomen, nec συνάλλαγμα habens, ac proinde nec eum, 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 fictione brevis manus. *l. 9. §. ult. de reb. cred.*. In hoc igitur causam efficientem simul rei gerendæ formam communem cernere licet. Illud notandum, mutuum non semper accipi pro ipso contractu, sed sæpè etiam pro re mutuo data: quod etiam accidit deposito, commodato, pignori.

Quæ 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 vi-
2 num, oleum, frumentum, pecunia numerata. Non autem res omnes, quæ appendi, numerari, &c. possunt: alioqui nihil ferè esset, in quo mutuum non consisteret. Aliud scilicet est, pondus, numerum, mensuram habere; aliud, expondere, &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 limitatam in civitate quantitatem habeant, id est, definitum pondus, possit in his mutuum consistere ad numerum: sin minus, non
3 nisi ad pondus. Ideo autem in his rebus duntaxat mutui datio consistit, *quoniam earum datione possumus in creditum ire, eo quod functionem eandem in genere recipiunt per solutionem, quam in specie*; id est, quoniam hæ 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 cæteris rebus. Nullæ enim aliæ res tam sunt æqualis æstimationis, ut in suo genere solutæ, aliæ aliarum vice fungantur, & mutuo tantundem præstent: ideoque si non eadem res, quæ accepta est, sed alia ejusdem generis redderetur, aliud pro alio solveretur; quod non licet invito creditore. Ad hunc modum disputat Paul. in *d. l. 2. §. 1.* 4
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 possum. Primum 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 satisdationis, *l. 7. de præt. stip.* vel noxæ deditione 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 5
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 meo tuum fiat, d. l. 2. §. 2. de reb. cred.* Ex hoc autem intelligimus, & eum, qui credit, dominum esse oportere, & eo animo rem tradi accipique, 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.* Enim- 6
vero 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 vendidissem ipse, pretiumque tibi tradidissem. Admissa enim est in his omnibus fictio brevis manus, auctore Ulpiano in *l. 11. & l. 15. de reb. cred.* Quanquam 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 mutuum confirmetur, & condictio nascatur: & generaliter, ut quod numeranti præstat pecuniæ translatio, hoc ea ab initio non translata præstet consumptio. *l. 11. in fin. & 2. ll. seqq. l.* 7
19. §. 1. *de reb. cred. l. 17. de solut.* Finis est, ut is qui rem mutuo accepit, pro commodo suo ea uti, eamque consumere possit, atque ut aliquanto post rem ex eodem genere, & tantumdem (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 pereat suo domino: *l. 9. C. de pign. act.* tum quia mutui debitor, generis debitor est: genus autem nunquam perit. *l. 11. C. si cert. pet.* Creditori hoc nomine acquiritur actio, quæ vocatur certi condictio, *hoc text. in fin.*

Numerando, metiendo, &c.] Quod si v. c. obsig-

natæ

natæ dentur cuſtodiendæ, naturam cujuſque corporis imitantur, & tum depoſitum eſt.

Ut accipientium fiant] Quæ res mutuo dantur, in hoc dantur, ut accipientis 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, ut veteres loquuntur, mutuum damus non recepturi eandem ſpeciem, ſed idem genus, 8 *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 forte 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 re mutua utatur, ſi velit: ſin autem uſus non ſit, nihil prohibet, quominus eandem reddat, dum reddat non deteriorem: ſic enim vel maximè res ejuſdem generis ejuſdemque bonitatis redditur, quod ſolum hujus contractus obligatio exigit, Joan. Bart. *in d. l.* 2. 9 *n.* 3. Zaſ. *n.* 9. Don. *n.* 5. Porro dum res reddatur ejuſdem generis, eademque bonitate, idque ſuo loco ac tempore, aut alias ante litem conteſtatam; quantacumque ſit præſens æſtimatio, debitor liberatur, ita ut æſtimatio præcedentis temporis in quæſtionem non veniat, ſed & auctæ commodum & incommodum deminutæ, pertineat ad creditorem, per *l. vinum* 22. *de reb. cred.* quippe æſtimatio extra rem eſt, magiſque proficiſcitur 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 obtrudi non poteſt, *arg. d. l.* 2. §. 1. *l.* 1. *de rer. perm.* DD. comm. *in d. l. vinum.* 22. Weſemb. *par. de reb. cred. num.* 12. quamvis contrarium uſus ſervet. Merul. *lib.* 10 4. *diſt.* 4. *ſect.* 3. *tit.* 1. *c.* 2. *n.* 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 tempus litis conteſtatæ ſpectandum erit, &, ſi mora facta ſit, quantum æſtimatio poſtea crevit, præſtandum, *d. l. vinum.* 22. *l. ult. de cond. tritic. l. quoties.* 59. *de verb. obl. l.* 37. 11 *mandat.* Specialem rationem in nummis mutuo acceptis habet, quod in 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. quæ extrinſecus.* 65. §. 1. *de verb. obl.* 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 impoſititio. Id eſt, in nummis non tam inſpicitur corpus, materia, numerus, qualitas, quam poteſtas, valor, ſeu æſtimatio, *l.* 1. *de contr. empt.* 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 de- 12
ciſio 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. Molinæus *tract. de uſur. n.* 693. *& ſeqq.* Hotom. *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 eadem æſtimationem, quam accepit, reddit: 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.* Caſtr. *in lib.* 3. *de reb. cred.* & DD. comm. ut videre eſt apud Boër *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 unicum urgent, in nummis non materiæ, ſed ſolius æſtimationis impoſititiæ 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 materiæ: oportetque valorem hunc juſta aliqua proportione materiæ reſpondere: neque in bene conſtituta repub. nummo ea æſtimatio imponi debet, quæ pretium materiæ, 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 intel-

intelligi, neceſſario ſequitur, creditorem teneri in alia forma aut materia nummos accipere contra definitionem Pauli in *d. l.* 99. *de ſolut.* etiamſi damnum ex eo paſſurus ſit: nam, qui recipit, quod credidit, nihil habet quod conqueratur. Sequitur & hoc, ſi contingat mutari nummorum bonitatem intrinſecam, id eſt, ſi valore veteri retento percutiantur novi nummi ex deteriore materia, quam ex qua cuſi, qui dati ſunt, puta, ſi qui dati ſunt, cuſi fuerint ex puro auro, poſtea alii feriantur ex auro minus 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. quæ 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. quod mutata monetæ bonitate ſive extrinſeca ſive intrinſeca, pretia rerum omnium mutentur, & pro modo auctæ aut imminutæ bonitatis nummorum creſcant aut decreſcant: quod ipſa docet experientia: eoque facit *l.* 2. *C. de vet. num. pot. lib.* 11. Creſcunt rerum pretia, ſi deterior materia electa, aut manente eadem materia valor auctus ſit: decreſcunt electu materiæ melioris, aut ſi eadem bonitate materiæ manente valor imminutus fuerit. Fallitur enim imperitum vulgus, dum ſibi perſuadet, ex augmento valoris aurei aliquid ſibi lucri accedere. Hoc autem fundamento poſito, ſiquidem neutri contrahentium injuriam fieri volumus, ita definiendum videtur, ut ſi bonitas monetæ intrinſeca mutata ſit, tempus contractus, ſi extrinſeca, id eſt, valor impoſititius, tempus ſolutionis in ſolutione facienda ſpectari debeat. Atque ita ſæpiſſimè judicatum eſt. Boër. *deciſ.* 327. Ann. Robert. *lib.* 1. *rer. jud. c. ult.* Mynſ. 4. *obſ.* 1. Gail. *d. obſ. n.* 6. *& ſeqq.* Borcholt. *ad d. c. un. quæ ſunt regal. n.* 58. *& ſeqq.* Chriſtin. *vol.* 3. *dec.* 1. *n.* 2. D. Jac. Coren. *dec. Cur. ſupr. Holl.* 23.

13 *Ejuſdem naturæ & qualitatis*] Id eſt, ejuſdem generis & eadem bonitate. Luc. *c.* 6. *verſ.* 34. δανείζουσιν ἵνα ἀπολάβωσι τὰ ἴσα. Atque horum alterum, ut res ejuſdem generis reddantur, mutuo eſſentiale 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.* Poſterius poteſt ſalvo manente mutuo, ad cujus ſubſtantiam hoc ſolum requiritur, ut debeatur 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. Mudæus *tract. de contr. emt. part* 5. *n.* 13. *& ſeqq.* Phil. Matth. *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 μοῖτον deducit; *Si datur*, inquit, *quod reddatur, mutuum eſt, quod Siculi* μοῖτον. Sed & hoc ipſum videtur eſſe ex μοὶ & τ pro τεὸν. Grot. *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 μοιτεῖν ſuum feciſſe videntur Latini. D. Salmaſius *d. loc.*

Quæ vocatur certi condictio] Mutuum contractus eſt μονόπλευρος, 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 condictionem. De hac condictione magna eſt, licet non adeo magni momenti, quæſtio, I utrum ſcilicet ſpecialis ea ſit, an generalis; id eſt, utrum condictio certi ex mutuo propriam & diſtinctam naturam ab aliis certi condictionibus habeat, an ſit ejuſdem naturæ in genere cum cæteris, & cum his, ex quacumque cauſa competant, ſub communi genere condictionis certi contineatur? Prius placet interpretibus Citramontanis, duplicem certi condictionem ſtatuentibus, 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. Jaſ. *in l.* 9. *de reb. cred.* Cyn. Salic. *ad rubr. C. ſi cert. pet.* Poſterius verò Ultramontanis viſum eſt; qui unum duntaxat commune genus certi condictionis 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 apertè oſtendit, in genere unam eſſe certi condictionem, 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, condictionem certi diſtinguere velimus, quod per me licet, tot erunt ejus ſpecies ſtatuendæ, quot ſunt cauſæ agendi propriæ. Putavit Bartolus, condictionis certi ex mutuo hoc proprium eſſe, quod in ea inſtituenda ſpeciali medio concludendi utendum ſit, videlicet quia mutuavi: in cæteris vero ſpeciebus, & condictione certi generali ſufficere, ſi dicam me certum petere. Quod falſum eſt. Utique enim cum, exempli gratia, centum peto ex cauſa legati, utorque in eo condictione certi, con-

concludere debeo, quia mihi legata, ut actio ſpeciem futuræ litis demonſtret, *arg. l.* 3. *C. de edend.* Zaſ. *ad d. l.* 9. *de reb. cred. n.* 9. *& ſeq.* Don. *ibid. n.* 4. *& ſeq.* Gœdd. *de contr. ſtipulat. c.* 11. *concluſion.* 2. VINN. Recte quidem dicitur condictionem certi eſſe actionem generalem, quæ ex omnibus cauſſis, unde certum debetur, competit. Sed tamen quum mutuum ſit contractus nominatus, cujus natura eſt, ut actionem producat cognominem: genuinum actionis ex hoc contractu naſcentis nomen eſt *actio mutui l.* 5. *C. quib. non objic. long. temp. præſcr.* quemadmodum ex ſtipulatione *actio ex ſtipulatu*, quamvis illa ab obligationis qualitate *condictio certi*, hæc modo *certi* modo *incerti* cognominetur. HEIN.

TEXTUS.

De indebito ſoluto.

1. *Is quoque, qui non debitum accepit ab eo, qui per errorem ſolvit, re obligatur, daturque agenti contra eum propter repetitionem condictitia 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 condictione, non magis quam mutui datione. Sed hæc ſpecies obligationis non videtur ex contractu conſiſtere; cum is, qui ſolvendi animo dat, magis voluerit negotium diſtrahere, quam contrahere.*

NOTÆ.

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. quæ 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 aliæ res ſolvantur, quibus in creditum non itur; promutuum non eſt: & agendum ſola condictione indebiti.

Non videtur ex contractu] Vid. *inf. de obl. quæ quaſ. ex contr.* §. 6.

COMMENTARIUS.

PEr 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 congeſſit Cujacius 8. *obſerv.* 34. Duo hic referuntur, ut ſtatim videbimus. Cæteroquin 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. Plane, ſi quis dubitans, nominatim hac lege ſolverit, ut ſi poſtea appareret 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.

Condictitia actio] Id eſt, condictio indebiti. Actio enim condictitia idem valet, quod condictio. *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 quidem eadem actione, quod attinet ad idem actionis genus: uterque enim tenetur *condictione certi:* cæterum pro cauſæ petendi diverſitate ſunt etiam hæ diverſæ ſpecies condictionis certi, *condictio ex mutuo* & *condictio 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 *promutuum* Cujac. vocet.

Unde pupillus, &c.] Altera indebiti ſoluti cum mutuo ſimilitudo. Ut pupillus mutuam pecuniam ſine tutoris 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. *hujus lib.* ubi nos etiam accuratius de ea diſputamus.

TEXTUS.

De commodato.

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 incurſu, nihilominus obligatus manet. At is, qui utendum accepit, ſanè quidem exactam diligentiam cuſtodiendæ rei præſtare 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 incurſu hoſtium prædonumve, vel naufragio amiſeris: dubium non eſt, quin de reſtituenda ea re tenearis. Commodata autem res tunc propriè 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.

NOTÆ.

2. *Item is, cui res, &c.*] Ex Cajo *l.* 1. §. 3. *de obl. & act.*

Re ipſa reſtituenda] Quoniam qui commodato dat, rei proprietatem retinet, *l.* 8. & 9. *commod.* qui mutuo, 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 cert. pet.* nam genus non eſt quid materiale, ſed intellectuale, quod paſſionem non recipit.

Modo alius diligentior] Continet hic locus deſcriptionem diligentiæ ſummæ, cui opponitur culpa leviſſima, id eſt, cum quis alias mediocriter diligens, in eo peccat, quod vir diligentiſſimus vitare potuiſſet. In ſumma commodatarius præſtat & dolum & omnem culpam. Excipe ſpecies in *d. l.* 5. §. 10. & *d. l.* 18. *in fin. præc. 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 amicitiæ. *l.* 1. §. *ult. mand.*

COMMENTARIUS.

1. *Quid ſit commodare, & quid commodatum differat à precario?*
2. *Contractuum quoſdam eſſe μονοπλεύρας, quoſdam διπλεύρας, alios medii generis.*
3. *Notatur duplex differentia inter commodatum & mutuum.*
4. *Dolum in omnibus contractibus præſtari: caſum fortuitum in nullo, & quid utrumque? tum 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 ceſſet regula de caſibus fortuitis non præſtandis?*
7. *Culpa quid & quotuplex? plenius quam vulgo.*
8. *Quid culpa lata, quæ & 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 Zaſii diſtinctione.*
12. *Qui contractus dolum duntaxat recipiant? qui vero & culpam? Tum in quibus negotiis etiam officii debitor culpam præſtet, & diligentiam?*
13. *Poſitivos* exactus, diligens, *ſæpe pro ſuperlativis*, exactiſſimus, diligentiſſimus, *in hac diſputatione poni, & contra.*
14. *Quam culpam præſtet commodatarius?*
15. *Quando culpa à commodatario abeſſe intelligatur?*
16. *Commodatum proprie nullum niſi gratuitum.*

SEcunda 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 transfertur, ſed uſus tantum accipiendi ad tempus conceditur ſalva rei ſubſtantia & non tantum proprietatem rei commodatæ, ſed etiam poſſeſſionem retinemus. *l.* 8. *ff. §. t.* 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) diſcerneremus 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 furt.* quod tamen ceſſat, cum quis de re ſibi reſtituenda cautum habet, *l.* 15. §. 3. *de precar.* & tunc aget precario dans vel ex ſtipulatu, ſi ſtipulatione ſibi caverit; vel præſcriptis verbis, ſi pacto, *l.* 2. §. 2. *l.* 19. §. *ult. eod.* ubi vocatur condictio incerti,

ti, quia condicitur 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 renunciare.

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 actione] 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 infr. ſuis locis. Nimirum quod hic notandum eſt, contractuum quidam ſunt μονόπλευροι, qui ex uno tantum latere obligant; quidam δίπλευροι, qui ultro citroque; quidam mediæ inter hæc genera naturæ, ex quibus nec ſemper unus, nec ſemper uterque obligatur: quamvis & hi inter διπλεύρας 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 mutent. 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. *depoſ.* 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* dictæ ſunt. Unde *tit. commodati vel contra, depoſiti vel contra*, &c. Idem quoque uſu venit in mandato, & quaſi contractibus mandato ſimilibus, negotiorum voluntaria adminiſtratione & 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. *depoſit. l.* 6. *in fin. de his qui notant. infam.* §. *penult. infr. de pœn. temere litigant.* VINN. Singulare quid obſervatur in actione mandati contraria, ex qua damnatus mandans fit infamis eo caſu, ſi quis mandante illo fidejuſſit, & ille tamen indemnitatem præſtare renuit. *l.* 6. §. 5. *ff. de his qui not. infamia.* HEIN.

Ab eo qui mutuum accepit.] Notantur ex Cajo *l.* 1. §. 4. *de obl. & act.* duæ differentiæ 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.* 3

Sane quidem exactam diligentiam] Si res alienæ vel aliis debitæ peremptæ, deperditæ, aut deteriores apud nos factæ fuerint, quæritur, non in commodato tantum, ſed in omnibus fere contractibus & negotiis, ad cujus id damnum pertineat. Quæſtio diffuſa & perquam difficilis, cujus ſedes in π. 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, 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 præſtatur. *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 præſtatur, ut nec conventione contrarium effici poſſit, videlicet ne dolus præſtetur, cum talis conventio ſit contra bonos mores, invitetque ad delinquendum. *d. l.* 23. *de reg. jur. l.* 1. §. *illud.* 7. *depoſ. 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 præſtatur, 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. *n.* 21. caſum fortuitum definimus omne, quod humano captu prævideri non poteſt, aut cui prævifo non poteſt reſiſti, *l. in rebus.* 18. *commod. l. ex conducto.* 15. §. 2. *locat. d. l.* 6. *C. de pignor. 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 ſimil.* Qui vero periculum dicit, 4

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. §. *sæpe.* 35. *depos. l.* 3. *pr. naut. caup. stab.* & passim hæ phrases occurrunt, *periculum custodiæ subire, periculo culpæ vel negligentiæ subjici, adstringi, illigari. l. un.* §. 4. *furt. adv. naut. l. tutores.* 39. §. *tutores.* 12. *& l. seq. de adm. tut. d. l.* 1. §. *sæpe.* 35. *depos.* Sed & appellatione casus interdum negligentia significatur. Cajus, scribens ad legem duodecim tabb: *Casu*, inquit, id est, negligentia, *l.* 9. *de incend. ruin. naufr.* quæ interpretatio confirmatur *l. capitalium.* 28. §. *incendiarii.* 12. *vers. nam fortuita. de pœn.* & ita cape *l.* 5. §. 2. *l.* 11. §. 2. *eod.* Casus fortuiti varii sunt, veluti à vi ventorum, turbinum, pluviarum, grandinum, fulminum, æstus, frigoris, & similium calamitatum, quæ cœlitus immittuntur. Nostri vim divinam dixerunt, Græci θεῖ βίαν. *l. si merces.* 25. §. *vis major.* 6. *locat.* item naufragia, aquarum inundationes, incendia, mortes animalium, ruinæ ædium, fundorum chasmata, incursus hostium, prædonum impetus, &c. fugæ 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* 5 *ea.* 31. *de act. empt. 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. Sande *lib.* 3. *tit.* 6. *num.* 9. Fachin. 1. *contr.* 87. Don. *ad l.* 6. *C. de pignor. act. num.* 6. *&* 3. *seqq.* Sichard. *ibid. num.* 4. Moller. 4. *semestr.* 31. D. Tuld. *in comm. ad tit. de leg.* 6 *Aquil. cap.* 8. Porro regula de casibus fortuitis non præstandis proposita, 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. Etenim 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 interposita de casu præstando facit, ut debitorem damna fatalia sequantur, *l.* 1. §. *sæpe.* 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 definio omne factum 7 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 & negligentiæ adscribitur, quod temere & inconsulte quis agit. Dicimus *factum inconsultum*, ut culpam secernamus tum à dolo, tum à casu fortuito. A dolo, quia dolus non est sine consilio & proposito nocendi, culpa est ἀπροαίρετον. 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 ἀμέλεια, 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. Gracchus.* 4. *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 hasce culpæ species, aut si mavis gradus, faciemus iisdem appellationibus inter se distinctas, latam, levem, levissimam: nam & ex adverso tot sunt species seu gradus diligentiæ. Est enim diligentia quædam minima seu infima; est media, μέση ἐπιμέλεια: est & maxima, quam Græci μεγάλην, item ἄκραν, & ἀκριβεστάτην appellant. vid. Sholiast. Harmenop. *lib.* 6. *tit.* 2. Latam culpam è regione op- 8 ponimus infimo gradui diligentiæ, ut sit omissio ejus diligentiæ, 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, *dict. l. cedere diem.* 213. §. *ultim. l. latæ.* 223. *de verbor. sign. l. quod Nerva.* 32. *depos. l. penult.* §. 2. *de jur. & 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. Hæc 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 ictu prætereuntem interficit. *l.* 7. *ad leg. Corn. de sicar.* Alia exempla hujus culpæ habes *in l.* 8. §. *ultim. & l.* 29. §. 3. *mand.* In summa, quicunque non facit in re aliena, quod vel minimum diligens homo in sua faceret, hujus culpæ reus est. Dicitur & culpa latior, *dict. l.* 32. *depos.* gravior, *l. homo liber.* 54. §. 2. *de acquir. rer. dom.* Item lata, magna, crassa, supina, dissoluta negligentia,

l. mag-

l. magna 226. *de verbor. ſign. l.* 7. §. 2. *de adm. tut. l.* 7. §. 1. *de ſuſp. tut. l.* 29. *princ. mand. l. cum ſex.* 55. *de ædil. edict. l.* 6. *de jur. & fact. ignor.* & paſſim per periphraſin culpa dolo proxima, *l.* 4. *de mag. conv. l. cum res.* 47. §. *pen. de legat.* 1. *l.* 8. §. 3. *de precar. l.* 22.

9 §. 3. *cum ſimilibus.* Levem culpam opponimus diligentiæ mediæ, ut intelligatur eſſe omiſſio ejus diligentiæ, 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. hæredes.* 25. §. *non tantum.* 16. *famil. erciſc. l.* 1. *de tut. & 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 ſæpe.* 35. §. *ſi res.* 4. *de contr. emp. l.* 14. *de pign. act. l.* 11. *de peric. & comm. rei vend.* Itaque levi culpa peccat, ſi quis verbi gratia non clauſerit feneſtras alteriores, quam ut de plano intrari poſſint, & fures admotis ſcalis ingreſſi fuerint: aut ſi incendium domeſticorum negligentia exortum ſit, quod adhibita conſueta boni patrisfam. diligentia præcaveri 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 profitetur, pro levi culpa habendam, *l.* 9. §. 5. *l.* 13. §. 5. *locat. l.* 12. *de furt.* in aliis pro leviſſima. Denique huic culpæ obnoxius eſt, quicunque non providet, quodcunque 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. hæredes.* 25. §. *non tantum.* 16. *fam. erc. l.* 5. §. 3. *de in lit. jur. l.* 1. §. *ſæpe.* 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

10 diligentiæ ſummæ, ut ſit omiſſio ejus diligentiæ, 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. quæ 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. *in. fin. inf. de obl. quæ qu. ex cont. d. l.* 1. §. 4 *de obl & act. d. l.* 18. *comm. d. l.* 72. *pro ſoc.* §. *ult. inf. de ſociet.* 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 lege.* 44. *ad leg. Aquil.* paſſim per oppoſitum indicatur verbo diligentiæ aut cuſtodiæ, quo ſumma & exactiſſima 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.* 23. *de reg. jur.* prudenterque notat D. Tuldenus, *comment. ad hunc tit. cap.* 8. cum varia hæc ſint atque incerta, nimiſque vaga, quam ut ſingula ſcientiæ & perpetuis regulis ſubjici poſſint, magiſque ad prudentiam referantur & arbitrium judicis: tamen generalibus his præceptis & definitionibus religionem judicis ſufficienter inſtrui poſſe, iiſdemque arbitrium illius dirigendum. Reſtat nunc, ut videamus, qui contractus quam culpam recipiant. Lata culpa dolo comparatur, perin- 11
deque ut dolum in omni contractu hanc culpam præſtari placet: non quod revera & facti genere dolus 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. tut.* ſed quia prope fraudem ac dolum accedit, *l. ſi fidejuſſor.* 29. *mand. l.* 7. §. 1. *de ſuſp. tut.* & doli ac malitiæ quaſi conſanguinea eſt: unde etiam paſſim culpa dolo proxima vocatur. Nam quod legimus, latam ſeu magnam culpam dolum eſſe; *l. quod Nerva.* 32. *depoſ. 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 repræſentat, 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 Zaſii inter latam culpam ignaviæ & verſutiæ, quamvis eam probet Mynſ. *in* §. *ſuſpectus.* 6. *ſup. de ſuſp. tut.* nam verſutiæ culpa quid aliud eſt revera, quam dolus, 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, etiamſi in lege latæ culpæ mentio non fiat, adeoque etſi dolus notetur particulis taxativis, *ſolum, duntaxat,* &c. *l.* 3. §. 1. *naut. caup. ſtab. l.* 5. §. 2. *commod. l.* 23. *de reg. jur. l.* 1. §. *ult. depoſ. 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 pœnam, *l.* 11. §. *ult. de his qui notantur infam. l.* 7. §. 1. *de ſuſp. tut. l.* 1. §. 2. *ſi is qui teſt. lib. l. 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 furti.* 50. §. *ult. de furt.* add. quæ nos ſub §.

ſuſpectus. 6. de ſuſp. tut. 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 proinde nec eodem modo coërceri, *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 abortionis.* 5. *de pœn.* 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 ficte aut civiliter. Levis & leviſſimæ culpæ alia ratio eſt. Harum neutra in omnibus contractibus præſtatur, ſed in quibuſdam duntaxat aut utraque, aut altera tantum.
12 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 diligentiæ, indicabimus. In hac autem varietate hæc regula & diſtinctio jure communi comprobata eſt, ut, ſiquidem tale ſit negotium, in quo ejus, qui quid ſuſcepit, nulla verſatur utilitas, aut in quo debitor officii eſt debitor, quale eſt depoſitum, tum dolus ſolus præſtetur. Ubi vero utriuſque contrahentium utilitas vertitur, ut in empto, locato, dote, pignore, ſocietate, rerum communione, ibi præter dolum præſtetur & culpa. Quod vero utilitatem ejus duntaxat, qui accipit, non etiam ejus, qui dedit, continet, quale plerumque eſt commodatum, in eo & culpa præſtetur & diligentia, *l. 5. §. 2. l. 10. l. in rebus.* 18. *commod. l. in navem.* 31. *circa fin. locat.* Quæ regula ſervata eadem diſtinctione accommodanda quoque eſt contractibus innominatis. *dict. 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 dolus tantum coërcetur, 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. caup. ſtab.* Cæterum prædicta diſtinctio ita obtinet, ſi nihil aliud nominatim convenerit, alioqui lex contractus ſervanda eſt, excepto ſi placuerit, ne dolus præſtetur. *l.* 23. *de reg. jur.* Finge enim conveniſſe, ut in depoſito culpa quoque præſtaretur, aut in commodato dolus tantum; nec minus, nec plus, quam quod placitum eſt, præſtabitur. *l.* 1. §. *ſi convenit.* 6. *depoſ. l.* 1. *C. eod. l.* 5. §. *interdum.* 10. *commod.* Poſſunt vero & ſine conventione juſtæ cauſæ intervenire, ob quas placeat etiam officii debitorem culpam præſtare. Veluti ſi officium ſit publici muneris, ut tutela & cura, *l.* 1. *de tut. & rat. diſtr. l.* 7. *C. arb. tut.* 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. §. *ſæpe.* 35. *depoſ.* Eodem numero & negotiorum geſtor voluntarius & mandatarius quoque haberi poteſt. *l.* 11. *de negot. geſt.* §. 1. *in fin. inſ. de obl. quæ 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. Figuratæ enim hæ locutiones ſunt, præſtare dolum, præſtare culpam, præſtare caſum aut fatum, pro præſtare damnum, quod dolo, culpa, fato contingit.

Exactam diligentiam] Quoniam commodatum ſolam utilitatem continet ejus, qui commodato accepit, conſequens eſt diſtinctioni *dict. 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, diligentiæ 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 cuſtodiendæ rei præſtare compelli, l.* 1. §. 4. *de obl. & act.* Juſtinianus exactam diligentiam dixit, ſed 13
eodem plane ſenſu, ut apparet ex eo, quod mox ſubjicit, non ſufficere tantam diligentiam adhibere commodatarium rebus commodatis, quantam 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. hæres.* 25. §. *non tantum.* 16. *fam. erc.* quemadmodum vice verſa ſuperlativus nonnunquam pro poſitivo ponitur: quod æſtimandum ex natura contractus. Juriſconſulti enim non ſemper eodem modo loquuntur. Quod ſi proponas, aliquem ſuâ duntaxat gratiâ, quod interdum fit, commodaſſe, ſponſæ forte vel uxori, quo honeſtius culta ad ſe deduceretur, dolus ſolus præſtabitur, ut in depoſito, *d. l.* 5. *interdum.* 10. *commod.* Quod ſi ſua & commodatarii gratia, quod item fieri poteſt; culpa æſtimatur, ut in pignore, dote, &c. *d. l. in rebus.* 18. *in fin. pr. eod.*

Si modo alius diligentior] Hinc tria elicimus. 1. etſi 14
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 diligen-

ligentius 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.* 23. *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 prædictam cauſam dubitari potuit; & videtur ad removendam iſtam dubitationem pertinere, quod præſcriptum eſt *l.* 6. *C. de pign. act* caſus fortuitos nullo bonæ fidei judicio præſtari; nimirum ut intelligamus, nec commodatum hic excipi.

15 *Si non ipſius culpa*] Culpa abeſſe intelligitur ſi re commodata 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 cœnam invitaturo argentum commodavero, is ſi id peregre ſecum portaverit, caſum naufragii, impetum hoſtium, latronum, piratarum, præſtare debebit. *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 intervenerit, veluti ſi equus uſque ad certum locum utendus datus in ipſo itinere deterior factus ſit ſine culpa commodatarii. *l.* 10. *l. ult. commod.*

16 *Si nulla mercede*] Commodatum niſi gratuito non 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 amicitiæ. *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. *inſ. locat. l. ſi polienda.* 22. *de præſcr. verb.*

TEXTUS.

De depoſito.

3. *Præterea & is, apud quem res aliqua deponitur, re obligatur, teneturque actione depoſiti: quia & ipſe de ea re, quam accepit, reſtituenda tenetur. Sed is ex eo ſolo tenetur, ſi quid dolo commiſerit: culpæ autem nomine, id eſt, deſidiæ ac negligentiæ, non tenetur. Itaque ſecurus eſt, qui parum diligenter cuſtoditam rem furto amiſerit: quia, qui negligenti amico rem cuſtodiendam tradit, non ei, ſed ſuæ facilitati, id imputare debet.*

NOTÆ.

3. *Actione depoſiti*] Directa: nam contrarium judicium depoſitario datur ad conſequendam indemnitatem. *d. l.* 5. *pr.*

Culpæ, &c. ac negligentiæ non tenetur] Extra quam ſi convenerit, ut culpa quoque præſtetur, aut ultro ſe depoſito obtulerit, *l.* 1. §. 6. & 35. *depoſ.* quoties autem culpæ aut negligentiæ 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 ſimul.*

COMMENTARIUS.

1. *Quid ſit depoſitum, & an etiam conſiſtat in re immobili?*
2. *An quemadmodum deponens quovis tempore rem repetere, ita & depoſitarius eam pro arbitrio reſtituere poſſit?*
3. *Ad quid depoſitarius teneatur?*

TErtia ſpecies obligationis, quæ re contrahitur, eſt ex depoſito. Deponere eſt, rem alicui, qui gratis hanc operam ſuſcipiat, cuſtodiendam dare. *l.* 1. *depoſ.* In eodem ſignificatu 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.* 24. *& 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, quæritur. DD. comm. id negant, argumento ſumpto ab etymologia nominis, quod à ponendo dictum, *dict. l.* 1. *depoſ.* tum quod nullum depoſiti rei immobilis exemplum in jure noſtro extet: poſtremo quod cura rei immobilis in ſpeciem mandati tranſeat. *argum. l.* 5. §. *ſed ſi.* 4. *de præſcr. 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. *depoſ.* quin etiam res immobiles veniant, nemo dubitat, *l.* 7. §. *ult. qui ſatisd. cog. arg. l. un. C. de proh. 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 judice ſequeſtro collocatur, atque ex ea depoſitione ei, qui vicerit, actio depoſiti ſequeſtraria competit, 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 præſcr. verb. l. Lucius.* 24. *depoſ.* Addidi, *qui gratis hanc operam ſuſcipiat.* 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.* 8. & §. *ſeq. depoſ.* VINN. Immo videtur rei immobilis commendatio modo mandatum, modo depoſitum eſſe, aliquando utrumque ſimul. Præcipua hic inſpectio eſt, utrum mandato commendatio cuſtodiæ, an cuſtodiæ commendationi mandatum de ſuſcipienda adminiſtratione acceſſerit.

ſerit. Hujusmodi enim contractus qui mixtam cauſſam habent ex principali, à quo incipiunt, judicantur. *l.* 1. §. 13. *ff. depoſ. vel. contra.* Conf. V. C. A. A. Pagenſtech. *Sicilim. part.* 11. §. 92. *p.* 182. HEIN.

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.

Teneturque actione depoſiti] Actione nimirum depoſiti directa. Nam contrarium judicium depoſitario datur ad conſequendum, quod ſibi per cauſam & occaſionem rei acceptæ abeſt. *l.* 5. *depoſ.* 2 Poteſt vero is, qui depoſuit, quovis tempore rem depoſitam repetere, & repetenti 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 juſtiſſima 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 ejus 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] In ſpecie. Qui enim rem cuſtodiendam dat, nihil in alium transfert, ſed aperte hoc 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. *depoſ.*

Si quid dolo] In depoſito nullum commodum eſt de- 3 poſitarii: 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. *depoſ. l.* 1. §. *is quoque.* 5. *de obl. & act. l. contractus.* 23. *de reg. jur.* Qui autem dolum dicit, latam culpam non excludit: quia ea pro dolo habetur, ut ſuperius demonſtravi. Itaque etſi doli hic tantum mentio fit, ſciendum tamen eſt, etiam latam culpam in depoſiti judicium venire, *l. quod Nerva.* 32. *depoſ. l.* 1. §. *is quoque.* 5. *de obl. & act. l.* 1. *C. depoſ.*

Culpæ nomine, id eſt, deſidiæ ac negligentiæ] Quoties culpæ aut negligentiæ 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. inſ. de ſociet.* Igitur depoſitarius culpam aut negligentiam leviorem non præſtat, extra quam ſi in depoſito convenerit ut ea quoque præſtetur, *l.* 1. §. *ſi convenerit.* 6. *depoſ.* aut ſi ultro ſe depoſito obtulerit, *d. l.* 1. § *ſæpe.* 35 *eod.*

Furto amiſerit] Furtum plerumque cum culpa patris fam. 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.*

Suæ facilitati id imputare] Hæc quoque ratio eſt, cur depoſitarius negligentiæ nomine non teneatur, quia qui negligenti 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. Scholiaſtes ad Harmenop. *lib.* 6. *tit.* 2. Utique ut ad ſuum ſaltem modum depoſitarius rem depoſitam curet, merito exigitur, *l. quod Nerva.* 32. *depoſ.* Adde omnino quæ nos ad §. *ult. inſ. de ſociet.*

TEXTUS.

De pignore.

4. *Creditor quoque, qui pignus accepit, re obligatur: quia & ipſe de ea re, quam accepit, reſtituenda tenetur actione pigneratitia. Sed quia 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 præſtiterit, & aliquo fortuito caſu rem amiſerit, ſecurum eſſe, nec impediri creditum petere.*

NOTÆ.

Exactam diligentiam] Exactam diligentiam hoc loco poſitam pro ea, quam vulgo homines frugi ſuis rebus adhibent, & quæ præſtari ſolet in contractibus, qui utriuſque gratia fiunt, arguit ipſa Juſtiniani illatio. Tralatitium autem eſt in ejuſmodi negotiis non leviſſimam culpam, ut in commodato, ſed levem duntaxat præſtari, *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 ſæpe & hæc ipſa ſimul cum illo, ad quem proxime accedit, excludi intelligitur, §. 1. *inf. de locat. l.* 28. *C. de locat. l.* 4. *C. de peric. tut.*

COMMENTARIUS.

1. *Pignoris varia ſignificatio.*
2. *Etiam ſola conventione 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*

etiam leviſſimam, venire, cum accurata remotione contrariorum?

1 QUarta & poſtrema ſpecies obligationum, quæ 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. tit. ff. & C. de diſtr. pign.* & jus creditori in ea re conſtitutum, *tit. qui pot. in pign. & quib. mod. pign. vel hyp. ſolv.* & denique contractum, quo jus illud conſtituitur. *l.* 1. §. *ult. de pact. l.* 5. §. 2.
2 *commod.* Contrahitur autem pignus non ſola traditione, ſed etiam nuda conventione, quamvis traditum non ſit, *l.* 1. *de pign. act.* hoc eſt, jus in rem creditori quæritur ſimul ac placuit eam pignori obligatam eſſe, licet poſſeſſionem non acceperit: ejuſque juris perſequendi cauſa actionem in rem jure prætorio conſtitutam habet Servianam aut quaſi Servianam, quæ etiam hypothecaria dicitur. *l. pignoris.* 17. *de pign.* §. *Serviana.* 7. *inf. de act.* Cæterum 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 prætorio, aut judiciali, nec de eo, quod teſtamento conſtituitur; ſed de conventionali duntaxat; adeoque de pignore propriè dicto, non de hypotheca; nam *pignus* & *hypotheca* ſic ferè diſtingui ſolent, ut pignus dicatur, cum poſſeſſio tranſit in creditorem, hypotheca cum res apud debitorem manet. *l.* 9. §. 2. *de pign. act.*

Re obligatur] Obligationi pigneratitiæ non conſtitutio pignoris, ſed acceptio, cauſam præbet. 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 hæc obligatio eo pertineat, ut res eadem, quæ pignori obligata eſt, reſtituatur, traditam eſſe prius oportet creditori, quam reſtituere poſſit.

Actione pigneratitia] Directa ſcilicet; quæ 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 po-
3 teſt. *d. l.* 9. §. 3. *eod.* Creditori vero & hic contraria competit adverſus debitorem, ſi forte is pignus recuperavit, aut in conventione 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, quæ hypothecaria dicitur: quippe hypothecaria in rem eſt, daturque creditori ad pignus perſequendum contra quemcumque poſſeſſorem, *d.* §. *Serviana.* 7. *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 prætore datur: hæc 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 tit.* 4
hanc Regulam ex Ulpiano *l.* 5. §. 2. *commod.* tradidimus, in contractibus, qui utriuſque contrahentis gratia fiunt, & dolum præſtari & culpam. Culpam ex uſu auctorum juris interpretati ſumus levem duntaxat, non etiam leviſſimam. Et vero nec ratio juris patitur, ut in negotiis, quæ ex utilitate utriuſque contrahuntur, eandem à debitore diligentiam requiramus; quam præſtaret, ſi ejus ſolius commodum ageretur: ſed quemadmodum plus præſtat, quam ille, cujus nulla verſatur utilitas, ita minus ab eo exigendum, quam verbi cauſa à commodatario, qui beneficium accipit. Quamobrem etiam Ulpianus hæc 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 præter dolum, cujus appellatione etiam lata culpa venit, præſtetur, 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 æſtimari, ſicut regulariter æſtimatur in commodato. Ex numero contractuum, qui utriuſque commodum ſpectant, & pignus eſt: eoque expreſſè refertur & ab Ulpiano, *d. l.* 5. §. 2. *commod.* & à Juſtiniano hoc ipſo in loco, addito inſuper qua in re utriuſque utilitas verſetur, nimirum creditoris in eo, quod pecunia ei cautior eſt, debitoris, quod ei creditur, cum abſque 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. §. *eſt præterea.* 5. *de reb. auct. 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 æſtimatio facienda non eſt, 5
ut in commodato, ut etiam culpam leviſſimam, quæ ſummæ diligentiæ 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 obſcurè 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; ac 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 faceſſit, quod hic ſcriptum eſt de exacta dili-

gentia, 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, incommodè hanc speciem diligentiæ 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. tut.* Unde etiam est, quod aliquando duo contractus, quorum in altero dolus & culpa levis, in altero etiam culpa leviſſima præstatur, sic conjungantur, quasi utriusque eædem essent præstationes, ut *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.* VINN. Immo omnes *legis* 13. §. *ult. ff. de pign. act.* tenebras discussisse videtur V. C. Ger. Noodt *Probab. lib.* 1. *cap.* 4. ubi una litterula & interpunctionibus leviter immutatis legit: *Venit autem in hac actione & dolus & culpa: at in commodato venit & custodia: vis major non venit.* HEIN.

Aliquo fortuito casu] Nam casus fortuiti à nemine præstantur, *d. l. contractus.* 23. *de reg. jur. l. quæ fortuitis.* 6. *C. de pign. act.* nisi culpa aut mora casum præcesserit, aut nominatim placuerit casum quoque præstari: de quo jam explicatum est sup. §. 2.

TITULUS DECIMUSSEXTUS.

DE VERBORUM OBLIGATIONIBUS.

Dig. lib. 45. *tit.* 1. *C. lib.* 8. *tit.* 38.

1. *Continuatio.* 2. *An verborum obligationis plures causæ, quam stipulatio?*
3. *Pomponiana stipulationis definitio explicata: ubi & alia.*
4. *Usus stipulationum quam varius jure civili?*
5. *Stipulationem non habere certam & determinatam naturam: & quid inde?*

1 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 & hic & proximè sequentes quinque tituli consumuntur. Literarum obligatio brevius per-
2 stringitur, *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. §. *verbis.* 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 constat. Igitur verborum obligatio est ea, quæ nascitur ex stipulatione. Stipulatio est contractus constans interrogatione & responsione certis verbis conceptis. Stipulationem contractum esse, abundè probavimus in explicatione §. *ult. sup. de oblig.* VINN. Verum quidem in jure nostro unum occurrere contractuum verbalium genus, puta stipulationem. Sed ideo negandum non erat, fuisse plura, inprimis dotis dictionem, & jusjurandum liberti. Hi contractus olim & cautam habuisse videntur, verba puta sollemnia, & cognomines produxisse actiones, v. g. condictionem certi vel incerti ex dotis dictione, ex jurejurando. &c. Sed quia omnia pacta dotalia valida habebantur tempore Justiniani, hinc de dotis dictione nihil in Pandectis extare passus est Tribonianus. Immo ubi quid exstitit ibi leges mutavit, veluti *l.* 25. *l.* 44. §. 1. *l.* 46. §. 1. *l.* 57. *l.* 59. *ff. de jure dot.* Jurisjurandi à libertis præstiti passim in Pandectis fit mentio; sed nec illud tamen

men tunc forte admodum frequens fuit, quia & ſtipulatio ſufficiebat jam multo ante Juſtinianum. *l.* 3. *pr. l.* 5. *ff. de op. libert. l.* 44. *pr. ff. de liber. cauſſ.* HEIN. Eſt autem μονόπλευρον tantummodo, obligans re-
3 ſpondentem. 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 expreſſit, quod nec ſemper neceſſarium; formam tantum ſeu differentiam poſuit: perinde enim hoc accipiendum eſt, quaſi dixiſſet, *ſtipulatio eſt contractus conſtans conceptione verborum, &c.* Verbis utimur 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 etſi 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 obſcurè innuit *l.* 1. *locat.* facit item *l. ſi ita.* 126. §. 2. *verſ. ſupereſt. de verb. obl.* add. Jo-
4 ann. Gœdd. *de contr. & commit. ſtip. c.* 2. *concl.* 1. Stipulationum uſus jure civili maximus eſt; ne quis putet, hanc ſpeciem conventionis fruſta inductam eſſe. Quotieſcunque enim, quod in multis cauſis eſt opus, ſine re ac literis obligationem conſtitui volumus, neceſſe eſt ad obligandum promiſſorem, ſtipulationem adhibere: Nimirum leges Romanæ ex nuda conventione neminem obligari voluerunt, ne qualecumque promiſſum, & ſermo ſæpe inconſultus magis, quam ex voluntate proficiſcens, neceſſitate juris promittentem illigaret, & litium quoque, ut opinor, præcidendarum 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. *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 fere 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 Pandecte, 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 5
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 promiſiſſe. Enimvero in cauſa donationis, ut ſubſiſtat promiſſio, non eſt neceſſe 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 annot.*

TEXTUS.

Summa.

Verbis obligatio contrahitur ex interrogatione & reſponſione, cum quid darifierive nobis ſtipulamur: ex qua duæ proficiſcuntur actiones, tam condictio certi, ſi certa ſit ſtipulatio, quam ex ſtipulatu, ſi incerta ſit: quæ hoc nomine inde utitur, quod ſtipulum apud veteres firmum appellabatur, forte à ſtipite deſcendens.

NOTÆ.

Ex ſtipulatu] Quæ in ſpecie & τεχνικῶς ex ſtipulatu dicitur, *l.* 24. *de reb. cred.* alibi actio incerti ex ſtipulatu. *l.* 4. *de uſur.* Cæterum generaliter & φυσικῶς etiam rem certam ex ſtipulatu petentes, ex ſtipulatu agere dicimur, *l.* 38. §. 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? d. l.* 75. *fac. l.* 30. §. 4. *ad. leg. Falc. l.* 7. §. 1. *de contr. empt.* Itaque non leviter hîc errat Theoph. 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 dot. prom.* Harm. *lib.* 4. *tit.* 8. §. 44.

Stipulum apud veteres firmum] Hanc nominis ratio-

nem reddit & Paul. 5. *sent.* 7. & probat doctissimus Salmas. *de usur. c.* 6.

COMMENTARIUS.

1. *Verbo stipulationis non interrogationem tantum, sed etiam responsionem, & ita totum contractum, significari.*
2. *Etiam eum ex stipulatu agere dici, qui certum ex stipulatione petit: & quando incertitudo stipulationem vitiet?*
3. *Stipulationis vera originatio.*

1 *EX interrogatione & responsione*] Verborum obligatio nascitur ex interrogatione & 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 necessariam consequentiam, quia posita una, altera quoque intelligitur; quod etiam in plerisque aliis appellationibus usu venit, ut in emptione, locatione, mandato, donatione. &c. Græci interpretes ἐπερώτησιν 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 interrogationi. Sed de his postea explicatius.

Dari fierive] 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.*

Duæ 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, quasque 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. empt.* sed denotat materiam, & est nomen actionis specialis. Unde explicandum quod tradit Ulpian. *d. l.* 24. *de reb. cred.* eum qui certum stipulatus est, ex stipulatu actionem non habere, sed condictione certi id persequi debere; nimirum non habere eum actionem quæ in specie & τεχνικῶς ex stipulatu, dicitur, & est actio ex stipulatu incerti, *l.* 4. *pr. de usur.* VINN. Ita quidem usu invaluerat, ut si certum peteretur actio vocaretur condictio certi: sin incertum, condictio ex stipulatu: sed quia contractus nominatus producere soleat cognominem actionem, satis adparet, actionem hanc dictam fuisse ex stipulatu, non modo si incertum, verum etiam si certum petatur. Exemplum est in *l.* 83. §. 6. *ff. de V. O. l.* 42. *ff. pro soc.* & alibi passim. Nihil novi est, nomen generis uni speciei hærere. Non tam τεχνικόν τι hic deprehendo, quam usum vulgi, quem penes arbitrium est, & vis & norma loquendi. Quia priorem actionem *condictionem certi* vocabant pragmatici, hinc commune nomen alteri actioni relinquebant, eamque vocabant *ex stipulatu.* HEIN.

Si incerta sit] Sed inquis, an non incertitudo stipulationem vitiat? 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 stipulum apud veteres firmum] Eandem hu- 3
jus nominis rationem reddit & Paulus 5. *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 assium 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 inveniisse à *stipula. Veteres enim*, inquit, *quando sibi promittebant aliquid, stipulam tenentes frangebant: quam iterum jungentes, agnoscebant sponsiones suas:* quod unde sumserit, nescio.

Forte à stipite] Stipes est fustis validus terræ defixus, teste Festo. Durior autem videtur hæc notatio, & falsam esse arguit syllabæ quantitas in uno brevis in altero longæ. D. Hotomannus legendum putat à στιπτῷ, id est, denso & spisso. Sed nihil muto, cum & Theophilus legat ἀπὸ δ' στελέχους, *à stipite.* Probabilius est, stipulum dictum ex Græco στυφελὸν & στυφλὸν, quod Grammatici exponunt στερεὸν, sive στερρὸν, *firmum, solidum.* D. Salmas. *d. loc.*

TEXTUS.

De verbis stipulationum.

1. *In hac olim talia verba tradita fuerunt;* Spon-

Spondes? Spondeo. Promittis? promitto. Fidepromittis? Fidepromitto. Fidejubes? Fidejubeo. Dabis? Dabo. Facies? Faciam. *Utrum autem Latina an Græca, vel qualibet alia lingua ſtipulatio concipiatur, nihil intereſt: ſcilicet ſi uterque ſtipulantium intellectum ejus linguæ habeat: nec neceſſe eſt eadem lingua utrumque uti, ſed ſufficit congruenter ad interrogata reſpondere. Quinetiam duo Græci Latina lingua contrahere obligationem poſſunt. Sed hæc ſolemnia verba olim quidem in uſu fuerunt: poſtea autem Leonina conſtitutio lata eſt, quæ ſolemnitate verborum ſublata ſenſum & conſonantem intellectum ab utraque parte ſolum deſiderat, quibuſcumque tandem verbis expreſſum eſt.*

Notæ.

1. *Utrum Latina, an Græca*] *l.* 1. §. *ult. eod.* & ſic ſtipulatio uſu facta eſt juris gentium: quod de acceptilatione traditur, *l.* 8. §. *ultim. de accept.*

Hæc ſolemnia verba] Quæ etiam directa, *l.* 10. *C. de contr. ſtip.* civilia & legitima; quibus opponuntur vulgaria. *l.* 16. *de fideic. lib.*

Commentarius.

1. *Ad ſubſtantiam ſtipulationis quænam adhuc requirantur?*
2. *Conſectaria aliquot inde deducta.*
3. *Ut alia lingua, quam Latina, ſtipulatio fieri poſſit, à Sabino inductum videri.*
4. *Moribus hodiernis ſtipulationum & pactorum jura ferè confundi.*

OLim non quævis verba vim adſtringendæ obligationis habuere, ſed ea demum, quæ ſolemnia erant & directa, atque à Juriſconſultis in hanc rem concepta parataque: quod vel ex ſola definitione ſtipulationis intelligere licet, quæ eſt apud Pom-1 ponium *l.* 5. §. 1. *hoc tit.* Etſi 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. l.* 7. §. *quod fere.* 12. 2 *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.* §. *mutum.* 7. *inf. de inut. ſtip.* Præterea & illud hinc ſequitur, ſtipulationem inter abſentes contrahi non poſſe: ſed nec poſſe in ſcriptis, licet partes præſentes ſint; quamvis ſecus ſentiat 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 adnuat, 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 continuus 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.* 137. *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 fere.* 12. *de pact.* Vinn. Atqui ſi in *l.* 12. *pr. ff. de duob. reis* pro *prolutus* legas *Proculus*, tunc verbum deerit e. g. *putat, ſcribit*, vel ſimile quod, ſi additur, emendatio erit paullo audacior. Immo vix tanti momenti tantæque obſcuritatis erat quæſtio, ut JCtos ea in re diſſenſiſſe putemus. Hinc Haloandri lectio magis probanda, qui pro *prolutus*, quod manifeſto mendoſum, legit *probatur.* Hein.

Talia verba tradita] Neque aliis verbis ſtipulatio contrahi poterat. Itaque ſi quis, verbi cauſa, ita interrogaſſet, *Centum dare polliceris? 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, & plerum- 3
que aliis conventionibus, quæ quacunque lingua fieri ſolitæ erant, hæc annecteretur, propter utilitatem receptum fuit, ut & ipſa quoque quacumque lingua fieri poſſet: videturque primus Sabinus hoc induxiſſe, ut 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] Lèo verborum ſolem-

nes 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, 4 notiſſima pacti & ſtipulationis differentia. Mores vero hodierni pactorum & ſtipulationum jura ferè confundunt: tam enim ex nudo pacto, modo ſerio & diliberato 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 poterunt. 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. *manuduct.* 1. D. Tulden. *comm. hic. c.* 2.

TEXTUS.

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 tribui debet: neque enim certum eſt, eo die, in quem promiſſum eſt, datum non eſſe, priuſquam is dies præterierit.*

NOTÆ.

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 præſenti die pecunia debeatur: id eſt, ne debeatur plenè & 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 inutil. ſtip.

2. *Dies incertus quando conditionem facit: & quid hic interſit inter legata & ſtipulationem?*
3. *Quid ſi apponatur dies finiendæ 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 quæ intentata exceptione temporali removenda ſit?*
6. *Explicatio* l. 73. de verb. obl.
7. *Formulæ quædam ejuſdem efficaciæ, & alia notatu digna.*

DIviſio ſtipulationis à diverſo contrahendi modo quæ tamen non magis ad ſtipulationem pertinet, quam ad conventiones cæteras: nullus enim contractus, nullaque conventio, quæ non fiat vel purè, vel in diem, vel ſub conditione. Quanquam in depoſito dies aut conditio adjecta nihil operetur. *l.* 1. §. *ſi depoſitum.* 45. & §. *ſeq. depoſ.*

Idque confeſtim peti poteſt] Puræ ſtipulationis dies, 1 ita noſtri loquuntur, ſtatim & cedit & venit, *l. cedere.* 213. *de verb. ſign.* hoc eſt, id quod purè promiſſum eſt, confeſtim & debetur, & peti poteſt, *l. eum qui.* 41. §. 1. *l. eum 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, jus exigendi competere. *d. l. cedere.* 213. *d. l. liber homo.* 118. §. 1. Puram autem ſtipulationem ex re accipimus, non ex ſolis verbis; eamque intelligimus, cui nec conditio nec dies vel tacitè inſit: alioqui pura ſtipulatio interdum & ea dicitur, quæ verbis pura eſt, cum tamen re dilationem habeat, & tempus tacitè complectatur; quæ huc non pertinet. *l. interdum.* 73. *h. tit.* Non obſtat definitioni propoſitæ quod ſcriptum eſt in §. *ult. inf. de inut. ſtip. eum, qui fundum aut hominem ſtipulatus eſt, non poſſe continuo agere, niſi tantum ſpatium præterierit, quo traditio fieri poſſit.* Hoc enim non ad jus petendi, ſed ad ejus, quod petitur, ſolutionem, & executionem obligationis, referendum eſt; ut non continuo 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 præmaturè agat, ac proinde nec in pœnam plus petitionis incidat, etiamſi nondum finito ſtipulationis die petat: *d. l. liber homo.* 118. §. 1. *eod.* quia tamen ſpatium aliquod inter contractam obligationem & ſolutionis exactionem intercedere æquum eſt, atque incivile, ſtatim cum ſacco venire creditorem; *arg. l. quod dicimus.* 105. *de ſolut.* placet, debitori confitenti 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.

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.

2 *Cum adjecto die*] Stipulatio in diem eſt, quæ fit adjecto die, quo pecunia ſolvatur. Diem hic certum accipere debemus, quoniam incertus conditionem facit, utique quoties incertum 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, extiturum 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. *ſeqq. de cond. ind.* Equidem ſcio, in legatis hanc diſtinctionem obſervari, ut, ſi ita legetur, *Hæres meus cum morietur, decem dato*, id legatum quaſi incerto die adſcripto pro conditionali habeatur, ac proinde ad hæredem legatarii vivo hærede defuncti non tranſeat. Sin vero ita, *cum ipſe legatarius morietur*, hoc quaſi poſt certum diem relictum tranſmittatur. *l.* 1. §. 2. *l. hæres.* 79. *de cond. & dem. l.* 4. *quand. dies leg.* Sed non eſt talis legati, *Hæres meus cum morietur, Titio decem dato*, & ſtipulationis hujuſmodi, *cum morieris, decem dare ſpondes?* eadem ratio. In legato adjectio illa, *cum hæres morietur*, conditionem ideo facit, quia per eam vis legati in incertum eventum ſuſpenditur: quippe quod præmoriente legatario effectum ſortiri non poteſt. In ſtipulatione vero hæc adjectio *cum morieris* nullam incertitudinem parit: nam etſi ante promiſſorem ſtipulator deceſſerit, 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 decem.* 48. *h. t.* Sed nec dies certus adjectus ſimpliciter conventionem in diem facit; verum ita demum, ſi adjectus ſit ſolutionis & actionis diffe-

3 rendæ cauſa, atque ut terminus à quo. Quod ſi apponatur dies, ut terminus ad quem, id eſt, finiendæ obligationis cauſa, puta hoc modo, *Uſque ad Calendas dare ſpondes?* aut, *Quoad vivam, dare ſpondes?* purè contracta obligatio intelligitur: cæterum petenti poſt Calendas, aut hæredi petenti obſtabit exceptio pacti aut doli mali, *l. obligationum.* 44. §. 1. *de obl. & act. l. eum qui.* 56. §. *qui ita.* 4. *hoc tit.* vide quæ ſub §. *ſeq.* Porro dies vel apertè adjicitur, ut in formulis uſitatis, *Calendis Martiis, proximis nundinis, poſt biennium:* vel tacitè ſtipulationi, verbis alioqui puræ, ineſt, propter vel loci adjectionem, vel qualitatem rei promiſſæ, ut in ſtipulatione operis faciendi, fructuum naſciturorum. *l.* 14. *l. continuus.* 137. §. 2. *& 3. hoc tit.* §. *loca.* 5. *inf. eod.*

Statim quidem debetur] *L. ſtipulatio.* 38. §. *inter.* 16. *l. centeſimis.* 46. *hoc tit. l. cedere.* 213. *de verb. ſign.* Atque 4 hujus præſentis obligationis intuitu hujuſmodi ſtipulatio pura interdum dicitur, ut & ejuſdem generis legatum, oppoſitivè nimirum ad ſtipulationes & legata conditionalia. *l.* 9. §. 1. *de novat. l.* 79. *de cond. & demonſt.* Quid ergo eſt, quod Ulpianus in *l. eum qui.* 41. §. 1. *hoc tit.* ait, *diem adjectum efficere, ne præſenti die pecunia debeatur?* nimirum verbum debendi cum effectu 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 ſtipulationis ceſſiſſe; quod pugnaret cum manifeſta ratione juris; ſed veniſſe negat. Etſi autem diei adjecti hæc vis eſt, ut ante diem agi non poſſit: alia tamen præſentis obligationis effecta ſunt. Stipulatori hæc commoda affert, ut id debitum ſolutum 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 recte 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 ſolutionem: quæ etiam ratio redditur in *d. l. ſtipulatio.* 38. *& d. l. quod certa.* 70. Et vero quidni mihi liceat dilationi pro me introductæ renuntiare? *per vulg.* Et miror adeo, Cujacium in re tam aperta diſſenſiſſe, atque eo magis, quod ſententiæ ſuæ firmamentum petit ex *l. item.* 18. *de pec. conſt.* qui locus etſi ſolus eſſet, illum jugularet. Nihil ſententiam Cujacii juvat *l. ſi ſoluturus.* 39. *de ſolut.* nunquam enim obtinebitur, importunum tempus eſſe id, quod diem adjectum antecedit. Poſtea comperi, & Guiliel. Maſium diſſentire, *lib.* 1. *ſingul. opin. cap.* 4. cujus argumentis vel una hac reſponſione occurri poteſt, nempe quod cuique jure facere licet, id ei licere etiam altero invito. Planè, ſi appareat diem adjectum eſſe etiam creditoris gratia, aliud dicendum eſt; veluti ſi quid certo loco dari promiſſum fuerit, *l.* 2. *quod. cert. loc. l. qui Romæ.* 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, debitoremve conveniri, antequam dies venerit, non poſſe, innumeris locis proditum eſt, *l. certi.* 9. *in fin. pr. de reb. cred. l. quotiens.* 24. *de oper. libert. 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 hactenus quidem interpp. omnes conveniunt, quod etſi dies adjectus non impedit, quominus obligatio ſtatim oriatur, tamen efficiat, quominus ſtatim agi poſſit. Cæterum non levis quæſtio 5 eſt,

eſt, agitata Citramontanos inter & Ultramontanos, ut apparet ex Cyno & Saliceto in *l. un. C. ut act. ab hared.* circa explicationem 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 intentata exceptione temporis & plus petitionis ſubmoveatur? Ego in hac quæſtione poſteriorem ſententiam, quæ Citramontanorum fuit, probandam cenſeo cum Salic. in *d. l. un.* & Gomez. 2. *reſol.* 11. *num.* 21. Etenim poſita cauſa obligationis proxima, præſenti videlicet obligatione, non poteſt non poni actio. Sed ſunt alia hujus rei argumenta. Agenti ante diem dicitur obſtare exceptio, §. *temporales.* 10. *inf. de except.* At exceptio neceſſario præſupponit actionem. Qui ante diem agit, *præmature, male,* & *perperam* agere dicitur, *l. un. in fin. quand. dies uſ. leg. ced. l. liber homo.* 118. §. 1. *hoc tit. l.* 2. §. *qui ita.* 6. *de eo quod cert. loc.* & *tempore plus petere.* §. *ſi quis.* 33. *inf. de action.* Qui autem nullam omnino actionem habet, ſi quid moverit, is non *male agere*, ſed *inutiliter*, *l. bovem.* 43. §. *pen. de ædil. edict.* nec *plus petere*, ſed *nihil facere*, dicitur, *d. l. un. in fin.* Adhæc effectu nihil intereſſe, utrum ſtipulationi puræ factæ dies poſtea adjiciatur, an ab initio adjecto die ſtipulatio fiat, clare arguit *d.* §. *temporales.* 10. *inf. de except.* & frigide 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 elidatur; etiam adjectus differendæ obligationis & actionis cauſa, atque ut terminus à quo, efficere non poterit, ne ſtatim obligatio & actio naſcatur; ſed hoc tantum, ut mota ante diem actio exceptione temporali excludatur. Non obſtat quod ajunt, contractus & obligationes pendere 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 adjectum obligationem & actionem naſci. Nam voluntate contrahentium ratio juris publici mutari non poteſt, quo placuit, certis modis obligationem conſtitui & finiri, inter 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 obligationis exe-
6 cutio. 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. confuſim proponuntur, non unam eandemque eſſe rationem? Sane enim etſi ſtipulationes illic propoſitæ in eo omnes convèniunt, 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.* VINN. Non ſolum in *l.* 73. *ff. de V. O.* ſed & in *l.* 72. §. *ult. ff. eod.* quædam difficultas emergit eadem: *Plane*, inquit Ulpianus, *ſi inſulam fulciri quis ſtipulatus ſit, non eſt exſpectandum, & inſula ruat, ſic deinde agi poſſit, nec inſulam fieri, ut tantum temporis prætereat, quanto inſula fabricari poſſit. Sed ubi jam cœpit mora faciendæ inſulæ fieri, tunc agetur: dieſque obligationi cedit.* Quæ ſane repugnare videntur *l.* 14. & *l.* 84. *ff. eod.* ubi poſt aliquod temporis intervallum, intra quod inſula confici & abſolvi potuerit, actio naſci dicitur. Sed non repugnant. Vere enim agi poteſt, ubi mora fit faciendæ inſulæ, quod promiſſor inſulam juſto tempore non inchoaverit, ad id, quod intereſt, moram factum non fuiſſe. Elapſo autem tanto temporis ſpatio, intra quod probabiliter inſula fieri potuiſſet, agitur ad id quod intereſt, inſulam perfectam fuiſſe. Eodem modo explicanda videtur *l.* 137. §. 3. *ff. eod.* uti recte obſervavit Harprecht *ad Inſt. h. t. h.* §. *n.* 5. HEIN.

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 inut. 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 7
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 cœptum 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.*

in pr. Qui certam ſummam in tribus terminis ſe ſoluturum promiſit, in ea cauſa à DD. habetur, ac ſi annua bima trima die promiſiſſet, 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 arbitraturum 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 omiſſum? Tum effectus obligationis etiam poſt mortem durabit, *l.* 16. §. 1. *eod.* Legati autem annui ratio nonnihil diverſa, *d. l.* 16. §. 1. *l.* 4. *l.* 11. *de ann. leg. l.* 10. *quand. dies leg.*

Quia ad tempus] Nam quod alicui deberi cœpit, certis modis deberi deſinit, 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 ſummæ in plures penſiones dividitur?*
4. *Quibus rebus differat ſtipulatio in ſingulos annos à ſimili legato? Et qui iſtius differentiæ effectus?*
5. *Quid juris in caſu hic propoſito.*

AGitur hic de efficientia diei ſtipulationi adjecti in modum termini ad quem, id eſt, perimendæ obligationis cauſa, doceturque, ea conventione 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 annuum 1 quid ſtipulatur, quoad vivet. Nos vero, ut res planior fiat, tres caſus diſtinguemus. Primus hic ſit, 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 ſpopondit, intelligatur decem ſemel, quod Duareno in *d. l.* 56. placet, an decem annua promiſiſſe, quod Donello *ibid.* & D. Tuldeno *in comm. hic. cap.* 11. & ego quoque verius puto, (certe uſui loquendi hodierno magis convenit) ad id de quo nunc quæritur, id eſt, an ſtatim ex ea ſtipulatione agi poſſit, & ſemel conſtituta perpetuetur, nihil intereſt. Alter caſus hic eſto; ſi ita ſtipu- 2 latio concepta ſit, *Decem in ſingulos annos dabis?* omiſſis 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. *quand. dies leg.* Deinde in hac ſtipulatione adjectionem annorum non efficere, quo minus ſtatim naſcatur obligatio & actio, *arg. hujus* §. 6. fac. *l.* 20. *quand. dies leg. l. eum 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 3 quoque eſt, cum aperte obligatio unius ſummæ in plures penſiones dividitur: veluti ſi centum à te ſtipulatus ſim, & convenerit inter nos, ut eam diviſis 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 annuam 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 neget Bart. *arg. l. ſancimus.* 34. §. *ult. verſic. ſin autem. C. de donat.* Nam, ut bene obſervaverunt Contius & Cujacius, in eo verſiculo corrupte legitur, *vel adjiciatur tempus vitæ*; eo enim modo ſi legas, pugnabit ex diametro d. verſiculus cum principio §. itaque omnino legendum *vel non adjiciatur*, ut Græci *lib.* 47. *βασιλικῶν.* Multum ergo differt ſtipulatio in ſingulos 4 annos à ſimili legato. Legatum annuum multiplex eſt, *l.* 10. *quand. dies leg. l.* 11. *de ann. legat.* neque infinitum tempus habet, ſed morte legatarii finitur, *l.* 4. *d. tit. l.* 16. §. 1 *hoc tit.* Sic enim 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 tranſeat, 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 le-

gata 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 differentiæ 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. *quand. dies leg.* quod secus esse dicemus in annua stipulatione, *d. l. si filiusfam.* 78. & *d. l. senatus.* 35. §. *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*, soli tamen legatario consulere voluisse creditur, non hæredi ejus. Præsumptio ex eo, quoniam legata vel ob meritum personæ legatarii, vel ob testatoris erga eum benevolentiam relinqui 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.* Planè, si causa obligationis cohæreat personæ stipulatoris, veluti si quid annui in alimenta alicui promissum fuerit, aut si medicus certam summam annuam 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 vivet*, 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 agetur, nec morte stipulatoris finietur 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. eum 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 esset, cum moreretur, sibi dari. Ex conditionali 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. *& seqq. de cond. ind.*

In hæredem transmittimus] Ut existente postea conditione etiam hæres stipulatoris agere possit, *l.* 57. *h. t.* 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 præsenti 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 & aliæ differentiæ, de quibus in *l.* 42. *de obl. & act. l.* 27. *qui & à quib. man. l.* 78. *h. t. l.* 18. *de reg. jur.*

COMMENTARIUS.

1. *Quid sit conditio & quotuplex? tum quæ conditiones inutilem 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 nihildum deberi: & quæ inde consequentia?*
6. *Insigne discrimen circa stipulationes & legata conditionalia.*
7. *An id discrimen quoque pertineat ad conditiones arbitrarias?*

HActenus dictum de stipulatione pura, & ea, quæ fit in diem: sequitur ea, quæ fit 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 inventus. Ac proinde quæ adjectiones obligationem non differunt, quales sunt, quæ ad præsens aut præteritum tempus referuntur, §. *pen. 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. centesimis.* 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 casua-

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 adſcenderis, vel non adſcenderis.* Quædam mixtæ, partim fortuitæ, partim arbitrariæ, ut, *Si Mæviam uxorem duxeris.* Duæ omnino conditiones ſunt, quæ inutilem conventionem ab initio efficiunt, conditio impoſſibilis in faciendum concepta, *l.* 7. *hoc tit.* §. *impoſſibilis.* 11. *inf. de inut. ſtip.* & ea, quæ in arbitrium rei promittendi aperte collata eſt, *l.* 17. *d. l.* 46. §. *ult. d. l.* 108. §. *ult. hoc tit. l.* 8. *de obl. & act. l.* 13. *C. de cont. empt.*

Cum in caſum differtur obligatio] Atque ideo exiſtente demum caſu, in quem dilata eſt, dies hujus obligationis cedit, neque antea quicquam deberi intelligi-
2 tur, *l. cedere.* 213. *de verb. ſign.* Differtur autem obligatio in caſum non tantum conditione conventionis expreſſa, 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 ſtipulationi 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 conſtiterit, dare ſpondes? l. qui Romæ.* 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.

Committatur 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 Romæ.* 122. §. *Aggerius.* 4. *h. t.*

Si in Capitolium non adſcendero] Juriſconſulti cum de conditionibus tractant, creberrime his exemplis utuntur, *Si in capitolium adſcenderis*, aut, *Si in Capitolium non adſcenderis.* Quod ex conſuetudine Romanorum fluxit, qui precaturi aut ſacra facturi una cum Pontifice in ſacram arcem ſcandebant. Horat. 3. *carm. ad Melpomenen. Od.* 30. *v.* 6.

Non omnis moriar, multaque pars mei
Vitabit Libitinam. Uſque ego poſtera
Creſcam laude recens, dum Capitolium
Scandet cum tacita virgine pontifex.

Tacit. *lib.* 14. *cap.* 61. *Exin Capitolium ſcandunt, Deoſque tandem venerantur.* Plin *in paneg. cap.* 5. *Tibi adſcendenti de more Capitolium civium clamor, ut jam Principi occurrit.* Plura hujuſmodi in veterum ſcriptis obſervavit D. Duar. 1. *diſp.* 15.

3 *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 adſcenderis, 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 deſiiſſet 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 adſcenderis?* poſt mortem demum rei promittendi ſtipulationem committi; quandoquidem tum demum certum eſſe cœpit, in Capitolium eum adſcendere 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 4
poteſtatem legatarii aliud ſervatur, placetque deſiderante legatario ſtatim repræſentari legatum, dum is caveat, nihil ſe ejus facturum, quod teſtator fieri noluit; ſi contra fecerit, rem una cum fructibus reſtituturum: 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 admiſſa, in contractibus non item? nimirum quia voluntati teſtatoris ſatisfieri 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 adſcendero* 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 interciderent; 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 adſcendero, 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.*

Tantum ſpes eſt debitum iri] Vis conditionis omnis 5
hæc eſt, ut pendente ea nihildum debeatur, ea im-

pleta 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. sign. 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 promisit.* 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 novāt. l. id quod.* 19. *de pec. const.* Hinc intelligitur, quantum interfit 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 committitur, ut aut hæres stipulatoris agere, aut hæres promissoris conveniri possit. §. *pen. inf. de inut. 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
6 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.* §. *sin 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 ob merita plerumque dari, aliamve ob causam solent, propter quam ad complectendum aliquem afficimur, *l.* 9. *pro soc.* 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 paciscentium, quam ad rem familiarem respicitur, creditorque 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 præsenti vires accipit, *l.* 26. *de stip. serv.* argumento est, quod jam ab initio hactenus 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 casibus haberi, *l.* 10. *l. conditionales.* 54. *de verb. sign. l.* 4. *de reb. auct. 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. is cui.* 42. *de obl. & act.* Cujac. in *d. l.* 10. *de verb. sign.* VINN. Et hanc posteriorem rationem breviter inculcat Paullus *l. ult. ff. comm. prædio. Nec enim sicut viventium ita & defunctorum exitus suspendi, receptum est.* Quæ verba eleganter interpretatur B. Huber. *Prælect. ad Inst. h. t.* §. 3. HEIN. 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 conditiones pertinere, quæ à casu pendent; arbitrarias autem morte ejus deficere, in cujus potestatem collatæ sunt. *argum. l. qui hæredi.* 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 conditiones 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 operave 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 addict. l.* 8. *de per. & comm. rei vend. l.* 2. *C. de pact. int empt.* vid. Duar. *in Scævol. num.* 14. *& seqq.* Cujac. *in l. si quis.* 57. *hoc tit.* D. Tulden. *comm. hic. cap.* 9.

TEXTUS.

De loco.

5. *Loca etiam inferi stipulationi solent, veluti,* Carthagini dare spondes? *Quæ stipulatio licet pure fieri videatur, tamen re ipsa habet tempus adjectum, quo promissor utatur ad pecuniam Carthagini dandam. Et ideo si quis Romæ ita stipuletur,* hodie Carthagini dare spondes? *inutilis erit stipulatio, cum impossibilis sit repromissio.*

NOTÆ.

5. *Impossibilis repromissio*] Cajus tamen *l. ult.* §. 4. *h. t.* casum proponit, quo etiam talis stipulatio utilis esse potest.

COMMENTARIUS.

HUjus tituli §. 2. cum de stipulatione in diem agemus, diximus, esse quasdam stipulationes, quæ licet verborum figura puræ 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 verbis pura ex re ipsa dilationem capit: inest enim tacite tempus, quo Carthaginem aut Ephesum perveniri possit:

poſſit: nam alioqui præſtatio fit impoſſibilis. *l. eum qui.* 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.* 137. §. 2. nimirum totam eam rem ad judicem, id eſt, virum bonum, remittendam eſſe, qui æſtimet, habita ratione temporis, ὡς τὸ τοῦ ὁδὸν διάστημα, ætatis, ſexus, valetudinis, quanto tempore diligens paterfam. conficere poſſit, quod facturum ſe promiſit.

Si quis Romæ, &c.] Si quis Romæ ſtipuletur, *Hodie Carthagini dari*, inutilem eſſe ſtipulationem placet, *d. l.* 2. §. *qui ita.* 6. *quod cert. loc.* optima ratione, quia tali ſtipulatione cauſa impoſſibilis continetur. Neque enim qui Romæ eſt, intra unum diem poteſt Carthaginem pervenire: niſi vero eo pervenerit, Carthagine dare non poteſt. Igitur impoſſibilitas præſtationis inutilem in caſu propoſito ſtipulationem facit, perinde quaſi impoſſibilis conditio adjecta ſit, cujus adjectione ſtipulationem cæteroſque contractus vitiari conſtat, *l. non ſolum.* 31. *de obl. & act. l.* 7. *hoc tit.* §. *ſi impoſſibilis.* 11. *inſ. de inut. ſtip.* Diverſo jure utimur in ultimis voluntatibus, in quibus placet conditionem impoſſibilem, aut ſpatium temporis ad dandum impoſſibile, 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.* 11. Cajus *l. ult.* §. *ſi inter.* 4. *hoc tit.* caſum proponit, quo etiam ſtipulatio hæc Romæ facta, *Hodie Carthagine dare ſpondes?* valere poteſt, nempe ſi tam ſtipulator, quam promiſſor ante aliquod tempus ſuo quiſque diſpenſatori notum fecerit, in eum diem futuram ſtipulationem, addito mandato ut alter daret, alter acciperet.

TEXTUS.

De conditione ad tempus præſens vel præteritum relata.

6. *Conditiones, quæ ad præſens vel præteritum tempus referuntur, aut ſtatim infirmant obligationem, aut omnino non differunt: veluti*, Si Titius conſul fuit: *vel* Si Mævius vivit, dare ſpondes? *Nam ſi ea ita non ſunt, nihil valet ſtipulatio: ſin autem ita ſe habent, ſtatim valet. Quæ enim per rerum naturam ſunt certa, non morantur obligationem, licet apud nos incerta ſint.*

NOTÆ.

6. *Ad præſens vel præteritum tempus*] Conditiones ad præſens vel præteritum tempus relatæ revera conditiones non ſunt, ſed tantum κατὰ τὸ λέγεσθαι & figura verborum, *l.* 37. *& 39. de reb. cred. l.* 120. *h. t.*

Nihil valet ſtipulatio] Ex his verbis intelligitur, quomodo accipiendum, quod modo dixit, *ſtatim infirmant obligationem.*

Licet apud nos incerta] Dummodo jam ſint aut præterierint; ut ſi non à nobis, ſaltem ab aliis ſciantur, *l.* 38. *de reb. cred.* Nam in futuris, quæ & ipſa in rerum natura certa ſunt, non rerum naturam, ſed noſtram intuemur inſcitiam, *l.* 21. §. *ult. de judic.* quia futura nulli mortalium cognita, Demoſth. *orat. de Rhod. lib.* ἄδηλον τὸ μέλλον ἅπασιν ἀνθρώποις.

COMMENTARIUS.

In futuris inſcientiam noſtram inſpici, non rerum naturam; in præſentibus & præteritis contra.

CONditionis 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 præſens aut præteritum; nam futura tantum incerta ſunt; præſentia & præterita certa, etſi contrahentes veritatem ignorent. Et ideo placuit, ſermonem ad præſens vel præteritum tempus relatum vim conditionis non habere; veluti, ſi quis dixerit, *Si Rex Parthorum vivit, Si Cæſar victoria potitus eſt.* Sed in propoſito aut ſtatim obligationem perimi, aut omnino non differri. Perimi, ſi ita non ſit, ſi Rex Parthorum non vivit, Cæſar 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, quæ ad præſens] Hæ orationes, *Si Titius conſul factus eſt, Si Mævius vivit*, & ſimiles, quæ ad præteritum aut præſens tempus referuntur, vi & poteſtate conditiones non ſunt; quoniam obligationem non differunt, ſed efficiunt, ut ſtatim aut nihil debeatur, aut pure debeatur: nihil, ſi falſæ; pure, ſi veræ. Pugnant autem, pure deberi, & ſub conditione. Appellantur tamen & ipſæ conditiones, quia figura & conceptione verborum tales ſunt, ut ſignificatur in *l. Cornelius.* 69. *de hær. 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.* VINN. Non magis proprie conditionis nomen meretur conditio impoſſibilis, partim quod ea obligationem non ſuſpendit, ſed perimit, partim, quia eventus jam antea certus eſt, nempe quod conditio nunquam ſit exſtitura. Ergo & hæc improprie dicitur conditio. HEIN.

Aut ſtatim infirmant obligationem] Modeſtin. *l. conditio.* 100. *h. t. perimunt.* 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 ſuſpenſo eſt, utrum conditio extiterit, nec ne; cujus ipſius ignorantiæ ratione dicitur obligatio perimi aut infirmari, cum apud nos certum eſſe incipit, conditionem eſſe falſam.

Nihil valet ſtipulatio] Quod modo dixit, ſtatim in-

firmari 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.*

Quæ 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 etſi.* 28. §. *ult. de judic. & l.* 3. *ſi pars har. pet.* 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 inſcientiam noſtram intueri debeamus, non rerum naturam, cui alioqui etiam certa, quæ futura ſunt, *d. l.* 28. §. *ult. de judic.* quanquam in ſpecie illic propoſita variaſſe Juriſconſultos, conſtat ex *l. cum quidam.* 30. §. *ſuum.* 6. *de acq. har.* & 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 petitorem aut promiſſorem ferre non poterit, licet per ſe verum ſit & certum, valere aut non valere ſtipulationem. Nec tamen ideo Hotomano 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. Puram enim eam eſſe oſtendit hic locus, & *l. conditio.* 100. *hoc tit.* ſiquidem pura dicenda eſt, quæ obligationem omnino non differt, id eſt, cujus dies & ceſſit & venit, *l. cedere diem* 213. *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 a judice dabitur, ut recte Joan. Faber *hic.*

TEXTUS.

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, ac neceſſe ſit actori probare quod ejus interſit. Itaque ſi quis, ut fiat aliquid, ſtipuletur, ita adjici pœna debet,* Si ita factum non erit, pœnæ nomine decem aureos dare ſpondes? *Sed ſi quædam fieri quædam 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?

NOTÆ.

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, *dict. l.* 75. §. 7. Ratio eſt, quia id in ſtipulationem venit, quod ſtipulatoris intereſt. *l.* 68. *l.* 72. *eod. l.* 13. *in fin. de rejud.* 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 occurri poteſt ſubjecta ſtipulatione pœnæ. *l. ult. de ſtip. prat.*

COMMENTARIUS.

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 quæ in rei alicujus præſtatione conſiſtunt: tum quid hic juris hodie?*
4. *Id quod intereſt, incertum eſſe, & qua ratione?*
5. *Pœna ſtipulatione incertitudini obligationis occurri.*
6. *An per ſubjectam pœnalem ſtipulationem præcedens novetur obligatio?*

INſignis 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 fit; incertum quale ſit: ſed multo magis, 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 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

tenus tantum, ut promiſſor præſtando quod promiſit, liberetur. Poſtquam autem tranſiit 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 promiſit, adhuc audiendum eſſe, & faciendo liberari. *d. l. ſi inſulam.* 84. 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. VINN. Ita quidem vulgo. Sed nulla ex adductis legibus hoc probat. Non enim quæritur, an qui factum promiſſum non præſtitit debeat id, quod intereſt? Id leges adfirmant, & nemo negat. Sed quæſtio eſt, ſi, qui factum ſtipulatus eſt urgeat, ut promiſſa exſtent, an non remediis prætoriis compelli poſſit promiſſor, ut faciat, quod ſe facturum promiſit? Et id nunquam negant leges. Adeoque falſa ſunt illa quæ vulgo audiuntur: Ad factum nemo poteſt cogi. Item: Qui factum promiſit, liberatur, præſtando, quod intereſt. Vid Cujac. *ad l.* 72. *ff. de V. O.* Coraſ. *Miſcell. lib.* II. *cap.* 3. Perez. *Erotem. ad* §. *ult. Inſt. h. t.* B. Huber. *Prælect. ad Inſt. h. t.* §. 5. HEIN.

3 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 ædificare, foſſam fodere*; cujuſmodi in hac diſputatione exemplis etiam veteres utuntur. Hæc facta, inquam, hactenus 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. empt.* 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. ter art.* 275. *& ſeq. Inſtr. ſup. Cur. Holl. art.* 14. *& ſeqq ampl. Inſtr. Cur. provin.* Et ſanè probant hi textus, poſſe factum in petitionem & condemnationem deduci, quin & facere recuſantem in cuſtodia aliquamdiu detineri; quod a ratione juris Rom. alienum videtur. Utique tamen quia factum invito extorqueri non poteſt, ſi contumax eſſe perſeveret, recurrendum 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. §. *Cato.* 1. *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 4 quomodo hac ratione efficitur, ut ſtipulatio ſit incerta: nimirum quia id ipſum quod intereſt, eſt incertum, *l. ult. ſi quis in jus voc.* 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.* Ut ergo quid noſtra interſit, hinc pendet, ſi quid amiſimus 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 amittamus 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, æſtimatio facienda: *l. ſi quis.* 13. *in pr. de re jud. l. ſi quis ſtipulatus.* 112. §. 1. *hoc tit.* Inde dictum, quatenus cujuſque interſit, in facto, non in jure, conſiſtere, *l. quatenus.* 24. *de reg. jur.* Ratione quoque probationis incertum eſt id, quod intereſt: neque enim facilè probatu eſt, habuiſſe nos aliquid & propter ceſſationem aut factum promiſſoris amiſiſſe: 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 vero eſt, probari non poteſt, illud incommodum ſequitur, quod id quod intereſt, ad minimam ſummam deducatur, *l. ult. de præt. ſtipul.* Huic ergo incertitudini atque in- 5 commodis ſi occurri 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

non alia hic probatione opus, quam ut de ſtipulatione doceatur; quæ ipſa ſe oſtendit, quid complectatur. Neque vero hic pœnam promiſſor effugiet paratus præſtare quod intereſt: nam ex conventione pœnæ modus ſtatuitur, non ex taxatione ejus quod intereſt: nec amplius quæritur, an & quanti interſit, 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 interſit.

6 Illud non ineleganter quæritur, an per ſubjectam ſtipulationem pœnalem præcedens novetur obligatio: quod negamus, per *l.* 10. §. 1. *de pact. l. ita ſtipulatus.* 115. *in fin. pr. l. qui Romæ.* 122. §. 2. *hoc tit. l. ſi quis.* 41. *cum ſeq. l. duo.* 71. *pro ſoc. l. prædia.* 28. *de act. empt.* 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 priore obligatione facultas ei adimatur. Atque ut maximè jure veteri interdum novatio contigerit, puta ut vult D. Donell. ad *d. l. ita ſtipulatus.* 115. *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: quamquam alterum duntaxat peti poteſt, *l.* 4. §. *Labeo.* 7. *de dol. mal. exc. l.* 10. §. 1. *de pact. d. l. ita ſtipulatus.* 115. *hoc tit. l. ſi pro fundo.* 33. *C. de tranſact.* Hoc amplius, qui pœnam conſecutus eſt, rectè adhuc petet, quod pluris ſua intereſt, *d. l. prædia.* 28. *de act. empt. l. ult.* §. *ult. de eo per quem fact. erit, &c.* Quod ſi coërcendo 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. empt.* add. Papon. *lib.* 12. *tit.* 9. Charond. *lib.* 6. *reſp.* 59. Imbert. *enchirid. verb. pœna conventionalis.*

Clauſula hujuſmodi] Qua formula concipienda ſit pœnalis ſtipulatio, ſive quid fieri ſtipulemur, ſive quid non fieri, ſive ſimul quædam fieri, quædam non fieri, ex hoc loco ſatis perſpicuum eſt: adde tamen *l. cum quid.* 71. *l. continuus.* 137. §. *pen. hoc tit.*

TITULUS DECIMUSSEPTIMUS.

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.

IN duobus reis, quos Ulpianus *l.* 3. §. 3. *de lib. legat.* conreos appellat, ſi ſequeremur regulas juris de iis, qui ſtipulati ſunt, aut promiſerunt, non erat, cur de his ageretur ſeparatim. Nunc autem quia in his aliquid ſingulare eſt, quod à jure reliquorum ſtipulatorum & promiſſorum longè diſſidet, 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. cap.* 43. *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 conventione reorum fiunt.* 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 immineat periculum condemnationis: tamen verbi proprietatem in quibuſdam adhuc retinemus; nec ſolum reum promittendi, debendi, ſatiſdandi; verum etiam ſtipulandi, credendi, ſatis accipiendi, dicimus, ut paſſim in titt. hujus argumenti.

TEXTUS.

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

dare ſpondes? & Sei eoſdem decem aureos dare ſpondes? *ſi reſpondeant ſinguli ſeparatim*, Spondeo.

NOTÆ.

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 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 diſtributivæ & alternativæ 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.*

ET *ſtipulandi & promittendi*] Qui ſtipulatur, reus ſtipulandi dicitur; qui promittit, reus promittendi, *l. 1. hoc titul.* Itaque reus ſtipulandi idem eſt, qui ſtipulator; reus promittendi, qui ſuo nomine alteri quid promiſit. 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. Etenim 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 etiam ſeparatim reſpondet: nam utique ſi hoc actum appareat, ut duo rei ſtipulandi fiant, quominus fiant, non putarem obſtare hanc reſpondendi formam; ſicut ex converſo non obſtat, quominus duo rei promittendi fiant, ſi hoc actum ſit, quod ſinguli ſeparatim rogati ſunt & ſpoponderunt. *l. 3. in fin. h. t.*

2 *Duo reipromittendi*] 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, quo 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 etiam 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, 3 *Cuilibet, 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.* Plane poſt conſtitutionem Juſtiniani 4 *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. c. 7.* Chriſtin. *vol. 5. deciſ. 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 debitum accipiendo, vel alter ſolvendo omnium perimit obligationem; & omnes liberat.*

NOTÆ.

1. *Et ſtipulationibus*] Cujac. & Hotom. *ſtipulantibus.* Theoph. καὶ τῶν ἐπερωτώντων ἑκάστῳ ὁλόκληρον ἀφληθήσεται, *& 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 etiam 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 protrita.*
4. *An correus, qui totum ſolvit, eo nomine adverſus cæteros actionem habeat?*

IN cauſa plurium reorum etſi 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 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*
1 *novat.* Cæterum circa reos promittendi Novella Juſtiniani conſtitutione *de reis promitt.* 99. vetus jus hactenus 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 uſuque forenſi recepta. Mynſ. Schneidw. *hic.* 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. *introduct.* 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 *auth. hoc ita. C. hoc titul.* poſitam eſſe alieno loco: non enim de correis debendi in d. *Novell.* ági, ſed de mutuis fidejuſſoribus, quibus jure veteri beneficium diviſionis, quod ceteri fidejuſſores habent, non competebat, *l.* 11. *princ. eodem.* Argumento utuntur inſcriptione Græca, περὶ ἀλληλεγγύων, qua voce non duo rei, ſed mutui fidejuſſores ſignificentur. Ego vero 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 obſcurè confirmat. Planè, ſecundum generalem conſuetudinem Antwerpiæ 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. *Curiæ Hollandiæ.* VINN. Sed poſterior Novellæ interpretatio, quamvis à Vinnio rejecta, omnino verior eſt non ſolum ob inſcriptionem Græcam & verba ἀλληλεγγύως ἐπιδύνοι, quæ in iſta *Novella* XCIX. *cap.* 1. occurrunt, ſed cum maxime ob *l.* 11. *ff. de duob. reis* cui derogatum voluiſſe videtur Juſtinianus, dum ibi negatur beneficium hujuſmodi competere *correis promittendi*, VICE MUTUA *fidejuſſoribus.* HEIN.

Vel alter debitum 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, debitorem ſuum poteſt. Et igitur ſi uni pecunia ſo-2
luta ſit, ex hac cauſſa 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 & jusjurandum 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 ſolution.* Paciſcendo vero ne à promiſſore petat, correo non nocet; quoniam pactum non operatur ultra perſonas, inter quas interpoſitum eſt, nec remiſſio quicquam commune habet cum exactione, *l. ſi unus.* 27. *in fin. pr.* junct. §. 4. *verſ. ante omnia. de pact.* His porro conſequens eſt, quod traditur *l.* 2. *hoc tit.* etiam unius 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 proſit, *hoc text. & l.* 3. *in fin. eod.* Proinde & acceptum rogando, *l.* 2. 3
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 interſit, puta propter communionem, quia ſocii ſunt, aut ſi nominatim quoque correo ſuo paciſcatur, *l. & haredi.* 21. §. *ultim. cum.* 4. *ll. 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

cum Juſtinianus indicat, tum arguunt hi loci, *l.* 1. §. *ſive apud.* 43. *depoſ. l.* 8. §. 1. *de legat.* 1. *l. amiſſi.* 52. §. *ultim. de fidejuſſ. l. reos.* 23. *C. eodem.* collati *cum l. decem.* 116. illic, *non enim ſunt duo rei. de verb. oblig. l. ſi per imprudentiam.* 51. §. *ultim. de evict.* Illud ſemper conſtitit, unum ex reis promittendi non poſſe ex alterius perſona compenſationem objicere, *l.* 10. *hoc tit.* neque moram unius alteri nocere, *l. mora.* 32. §. *penult. de uſur.* id eſt, non efficere, quominus re poſtea peremta & teneatur, qui moram fecit, & liberetur, qui non fecit: quæ fuſius explicantur à D. Donello ad *tit. C.* 4 *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; etiamſi 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 negotiorum geſtorum) accommodari, 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. defin.* 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 communicare cogatur, tractat Bart. *in l. reos.* 11. *hoc tit. n.* 9. Weſemb. *parat. eod. n.* 7. Concludunt autem, non cogi, niſi vel ſocii 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.*

NOTÆ.

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. *depoſ. l.* 8. §. 1. *de leg.* 1. *l.* 5. *C. ſi cert. pet.*

COMMENTARIUS.

1. *Imparis cauſa ſuſceptionem impedire duorum reorum obligationem: at quæ in modo, tempore, loco imparitas eſt, non impedire.*
2. *Duos reos credendi aut debendi etiam citra ſtipulationem conſtitui poſſe.*

DUO rei debendi ita conſtitui non poſſunt, ut res diverſæ in eorum obligatione verſentur, *l. ſi id.* 15. *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. & Cantiunc. *hic.* Sed nec loci ſolutionis diverſitas impedit, quo minus duorum reorum contracta obligatio & par ab utroque cauſa ſuſcepta intelligatur. *d. l.* 9. §. *ult.* Obiter mo- 2
nendi ſumus, duos reos credendi aut debendi non tantum verbis ſtipulationis conſtitui, quanquam id uſitatius eſt, ſed aliis quoque contractibus, & denique etiam teſtamento. Credendi, veluti, ſi duo eandem rem deponant, aut commodent, 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. *depoſ.* Teſtamento, ſi teſtator eandem rem eandemve ſummam duobus leget disjunctim, hoc modo, *Titio vel Mævio 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. *depoſ.* Sic etiam ejuſdem pecuniæ mutuo datæ plures rei debendi fiunt, ſi omnes ſe conſtituant ejus pecuniæ debitores, *l.* 5. *C. ſi cert. pet.* & teſtamento, ſi ita ſcriptum ſit, *L. Titius hæres meus, aut Mævius 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 DECIMUSOCTAVUS.

DE STIPULATIONIBUS SERVORUM.

Dig. lib. 45. tit. 3.

TEXTUS.

An ſervus ſtipulari poſſit.

Servus ex perſona domini jus ſtipulandi habet. Sed & hæreditas in pleriſque perſonæ defuncti vicem ſuſtinet: ideoque quod ſervus hæreditarius ante aditam hæreditatem ſtipulatur, acquirit hæreditati, ac per hoc etiam hæredi poſtea facto acquiritur.

NOTÆ.

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. ὁ δοῦλος ἀνθρωπός ἐστι τοῖς νόμοις ἀπροσώπος ἐστι, τετέσιν οὐδὲ δοκεῖ ζῆν, ἢ ὑπάρχειν. Cæterum ex perſona dominorum χαρακτηρίζονται, ut ait Theoph. id eſt, *perſonantur*, ut Gloſſ. Gr. Lat. Hinc eſt, quod etiam cum ſervis teſtamenti factio eſt, *l* 31. *de hær. inſt. v. ſup. eod. tit.* & quod jus ſtipulandi habent, ut hic.

Perſonæ defuncti vicem] *l.* 34. *l.* 61. *de acq. rer. dom. v. ſup.* §. 2. *de hær. 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 attinet.* 32. *de reg. jur.* Sed tamen ex perſona dominorum æſtimantur: quod eleganter Theophilus his verbis Græcis expreſſit, Οἱ οἰκέται ἀπρόσωποι ὄντες ὅμως τὸ πρόσωπον τὸ οἰκείων δεσποτῶν χαρακτηρίζουσι. 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 mortem.* 12. *inf. de inut. ſtip.* Quæ tamen res non impedit, quominus inter ſervum, & qui cum eo contrahit, naſcatur obligatio naturalis, *l.* 14. *de obl. & act.* VINN. Fundamentum enim hujus juris eſt, quod ſervus ex principiis juris Romani eſt *res mancipi*, non perſona, adeoque ſibi non magis actione ulla quidquam acquirere poteſt, quam jumentum. Atqui hoc principium jus naturæ prorſus ignorat, adeoque conſequens eſt, ut naturaliter ſervus obligetur, tanquam homo intellectu voluntateque præditus. HEIN.

Hæreditas in pleriſque perſonæ defuncti vicem] Quoniam 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 perſonæ 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. hæreditas.* 34. *l. hæreditas.* 61. *de acq. rer. dom.* Ait, *perſonæ defuncti vicem ſuſtinet*, uti etiam ſupra §. 2. *de hæred. inſt.* & diſertè Juriſconſulti in *l. non minus.* 31. §. 1. *de hæred. inſt. l. in eo.* 33. *in fin. & l. ſeq. de acq. rer. dom.* Pomponius tamen contra ſcripſit, hæreditatem perſonam ſuſtinere hæredis, *l. novatio.* 24. *de novat.* Sed hanc pugnam alibi tollimus ſub *d.* §. 2. *de hæred. inſt.* Ait, *in pleriſque:* nimirum quia quædam ſunt, in quibus hæreditas vice perſonæ fungi non poteſt, quæ proinde nec hæreditati per ſervum hæreditarium acquiri queunt: qualia ſunt, quæ factum operamve perſonæ deſiderant: hæc enim conſtat in rem inanimem, qualis eſt hæreditas, non cadere. Hujus generis res eſt hæreditas: etſi enim ſervus hæreditarius rectè hæres inſtituitur, tamen quia ſine juſſu domini hæreditatem adeundo nihil agit, hæres expectandus eſt, *l.* 10. §. 1. *d. l.* 61. *de acquir. rer. dom.* Ejuſdem generis eſt uſusfructus: uſusfructus conſiſtere non poteſt, niſi ſit perſona, quæ fruatur, *d. l.* 61. *l.* 1. §. 2. *quand. dies uſuſf. leg.* & ideo ſervus hæreditarius inutiliter uſumfructum ſtipulatur, *l. uſusfructus.* 26. *hoc tit.*

TEXTUS.

Cui acquirat. De perſona, cui ſtipulatur. De ſtipulatione imperſonali.

1. *Sive autem domino, ſive ſibi, ſive conſervo ſuo, ſive imperſonaliter ſervus ſtipuletur, domino acquirit. Idem juris eſt & in liberis, qui in poteſtate patris ſunt, ex quibus cauſis acquirere poſſunt.*

NOTÆ.

1. *Ex quibus cauſis*] Repetenda hic eſt diſtinctio peculii filiorumfam. tradita & explicata *ſup.* §. 1. *per quas perſ.*

COMMENTARIUS.

SErvus ſtipulando domino acquirit, non tantum ſi ipſi domino dari ſtipuletur, verum etiam ſi ſibi aut conſervo ſuo: quinimo etſi imperſonaliter ſeu indefinitè non comprehenſa perſona, puta hoc modo: *Centum dare ſpondes? l.* 1. *l.* 15. *hoc tit.*

In liberis, qui in poteſtate] Filiifam. ex iis cauſis, ex quibus patri acquiritur, id eſt, ex cauſa profectitii pecu-

peculii, item adventitii quoad uſumfructum, ſtipulantis, eadem ratio eſt, quæ ſervi, patri ut ex his cauſis acquirat, propter jus ſcilicet poteſtatis, quod hactenus ſimile herili. *l. ſtipulatio iſta.* 38. §. *hi qui.* 6. *& §. alteri.* 17. *l. quodcumque.* 45. *pr. & fin. de verb. obl. inf. quod cum eo, qui in al. pot. in pr.* Repetenda hic eſt diſtinctio peculii filiifam. tradita & explicata §. 1. *ſup. per quas perſ. cuiq. acq.* Planè, ſi filius nominatim patri ſtipuletur, hoc caſu etiam ex cauſa adventitii peculii patri in ſolidum acquiret: quippe quacumque ex cauſa ita ſtipulatur, patri acquirit, non ſibi: per ſe enim ſibi acquirere non vult, per patrem non poteſt. Don. *ad d. l.* 38. §. *alteri.* 17. *n.* 25.

TEXTUS.

De ſtipulatione facti.

2. *Sed quum factum in ſtipulatione continebitur, omnimodo perſona ſtipulantis continetur; veluti ſi ſervus ſtipuletur, ut ſibi ire agere liceat: ipſe enim tantum prohiberi non debet, non etiam dominus ejus.*

COMMENTARIUS.

PRoponitur hic per modum exceptionis regulæ initio poſitæ, quod, cum ſervus factum in ſtipulationem deducit, idque, (quod ſubaudiendum eſſe exemplum ſubjectum oſtendit,) in ſuam perſonam confert, in hac ſtipulatione perſona ſervi, non domini, conſideretur. Cæterum revera nihilominus valet & ſubſiſtit hæc ſtipulatio ex perſona domini: quippe cui obligatio & facti illius emolumentum quæritur; juſque ſervum jubendi facere, puta ire agere, pro commodo ſuo, & cui commiſſa ſtipulatione actio in id, quod ſua intereſt, competit. Itaque dicendum eſt, hactenus tantum in hujuſmodi ſtipulatione perſonam ſervi ſpectari, ut ipſe ſolus, non etiam dominus ejus, ex mente promiſſoris facti illius exercitium habere debeat. *d. l.* 38. §. *hi qui.* 6. *& ſeq. de verb. obl.* Atque hoc ſenſu alibi dictum eſt, ea quæ facti ſunt, non tranſire ad dominum. *l. qui hæredi.* 44. *pr. de cond. & dem.*

Ire agere liceat] In hac ſtipulatione non jus, ſed factum verſatur; ideoque perſona ſervi tantum comprehenſa intelligitur, ut is ſolus ire agere prohiberi non debeat, non etiam dominus ejus, *d. l.* 38. §. 6. *verſ. cum vero.* quanquam ſervus non ibit aget pro arbitrio ſuo, ſed pro domini, cui illa ſtipulatione jus quæritur ſervum tranſmittendi. Quod ſi ſervus viam, vel iter, vel actum ad fundum domini ſtipuletur, etiamſi ſervi, non domini perſona comprehenſa ſit, domino jus eundi agendi acquiret: quoniam ea ſtipulatione non ſimplex factum, ſed jus ſervitutis continetur. per *l.* 17. *hoc tit.*

TEXTUS.

De ſervo communi.

3. *Servus communis ſtipulando unicuique dominorum pro portione dominii acquirit: niſi juſſu unius eorum, aut nominatim alicui eorum ſtipulatus eſt: tunc enim ſoli ei acquiritur. Quod ſervus communis ſtipulatur, ſi alteri ex dominis acquiri non poteſt, ſolidum alteri acquiritur: veluti ſi res, quam dari ſtipulatus eſt, unius domini ſit.*

NOTÆ.

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 acquiretur, huic pro una, *l.* 5. *l.* 7. *hoc tit.* Sed tamen non eſt hoc perpetuum. Nam primum intereſt, utrum hoc modo ſervus communis ſtipuletur, *Dominis meis 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 aliquot ſeqq. l.* 17. *l. ſi ex re.* 28. §. 3. *eod.* Eſt & quartus caſus ejuſdem naturæ, ſi ſtipuletur ex re unius. *l. ſi alienus.* 19. *junct. d. l.* 28. §. 1. *eod.* Extra has cauſas ſive ſibi quid dari ſtipuletur, ſive imperſonaliter, pro partibus dominicis acquirit. Atque hæc etiam ἀναλόγως 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 bonæve 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 etiamſi non nominatim ei, qui juſſit, ſtipulatus fuerit, nihilominus tamen huic ſoli acquiret. Sunt enim hæc duo diſtincta membra, ejuſdemque poteſtatis eſt ſtipulatio juſſu unius facta, cujus facta uni 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. Exſtat conſtitutio ejus in *l. ult. C. per quas perſ. nob. acq.*

TITULUS DECIMUSNONUS.

DE DIVISIONE STIPULATIONUM.

Ratio ordinis. Unde ſumpta diviſio hic propoſita: eaque ad bimembrem revocata.

PRæceſſere duæ ſtipulationum diviſiones. Quarum prima ducta eſt à diverſo contrahendi modo; unde aliæ puræ, aliæ in diem, aliæ conditionales, §. 2. *ſup. de verb. obl.* altera à diverſitate materiæ, rebus ſcilicet & factis, quæ in ſtipulationem deducuntur; unde aliæ dandi, aliæ faciendi. §. *ult. d. tit.* Profertur hic & tertia ex *l.* 5. *eod.* quod aliæ ſint judiciales, aliæ prætoriæ, aliæ communes tam judiciales quam prætoriæ, aliæ conventionales: quæ tamen ſpecies non ideo ſic diſtinguuntur, quod poſtrema à cæteris differt conventione, 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 prætoris aut judicis injunguntur: voluntarias, quæ concipiuntur ex voluntate atque arbitrio contrahentium; quæ veteribus dictæ ſunt conventionales, eo quod ex ſola conventione partium fiunt. *d. l.* 5. *pr. verſ. conventionales.*

TEXTUS.

Diviſio.

Stipulationum aliæ ſunt judiciales, aliæ prætoriæ, aliæ conventionales, aliæ communes tam prætoriæ, quam judiciales.

1. *Judiciales ſunt duntaxat, quæ à mero judicis officio proficiſcuntur: veluti de dolo cautio, vel de perſequendo ſervo, qui in fuga eſt, reſtituendove pretio.*

NOTÆ.

Aliæ judiciales, aliæ prætoriæ] 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 recuſantem condemnat in id quod adverſarii intereſt.

COMMENTARIUS.

1. *Uſus ſtipulationum judicialium, & in his officium judicis.*
2. *Exempla harum ſtipulationum, & quædam non allegata in textu.*

Quæ à mero judicis officio] Mero, id eſt, ſolo. 1 Quod additum in definitione, ut removeantur communes: nam prætoriæ etiam eo omiſſo ſatis excluduntur. Igitur judiciales ſtipulationes ſunt, quæ à judicis officio proficiſcuntur, 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 judicium 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 re jud.* Ergo ſi quis judex lite conteſtata jubeat aliquid pro officio caveri, & parere recuſantem condemnet in id, quod adverſarii intereſt, aut reum abſolvat, ſciamus, hoc proficiſci ab officio judicis, ſtipulationeſque juſſu ejus interpoſitas *judiciales* nominari, etiamſi prætor ſit, aut alius magiſtratus, qui de cauſa cognoſcit: quippe cum in eo non magiſtratus, ſed judicis pedanei partibus fungatur. Alio ſenſu, atque hoc loco, judiciales dicuntur in *l.* 1. *de prat. ſtipul.* nimirum, quæ propter judicium interponuntur, ut id ratum ſit; ſeu judicii futuri ſtabiliendi cauſa, ut judicatum ſolvi, & ex operis novi nuntiatione; quæ ſpecies ſunt prætoriarum. Stipulationum judicialium duæ ſpecies hic afferuntur, 2 de dolo cautio in actione in rem vel quod metus cauſa: nam judex in reſtituenda re, de qua agitur, cavere jubet, dolum malum abeſſe, *l. præterea.* 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 legat.* 1. *l. item ſi.* 14. §. *quod ſi homo.* 11. *quod met. ca.* Sunt & multæ aliæ, veluti quæ interponuntur officio judicis familiæ erciſcundæ, *l. & puto.* 16. *l. hæredes.* 25. §. *contra.* 10. *famil. erciſc.* itemque officio judicis addicti vindicationibus ſervitutum, *l.* 7. *l.* 12. *ſi ſerv. vind.* & aliis actionibus.

TEXTUS.

De prætoriis.

2. *Prætoriæ ſunt, quæ à mero prætoris officio proficiſcuntur; veluti damni infecti, vel legatorum. Prætorias autem ſtipulationes ſic audiri oportet, ut in iis etiam contineantur ædilitiæ; nam & hæ à juriſdictione prætoris veniunt.*

COMMENTARIUS.

1. *Unde cognoſcantur ſtipulationes prætoriæ? earum uſus & varia exempla.*

2. Qui-

2. *Quibus in cauſis locus ædilitiis? & mendum è textu ſublatum.*
3. *Diſtinctio judicialium & prætoriarum; qua alias 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.
1 Hoc ex eo cognoſcemus, ſi extra judicium 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. prat.* cautiones, quæ præſtantur ex cauſa damni infecti & legatorum ſervandorum, ſtipulationes eſſe prætorias, id hinc intelligimus recte dici, quoniam extra judicium injunguntur, & niſi caveatur, mittitur adverſarius in poſſeſſionem bonorum ejus, qui non cavet. *l.* 7. *de damn. inf. tit. ut leg. nom. cav. & tit. ut in poſſeſſ. leg.* Similiter cautiones judicatum 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 ſatiſd. 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.* 43. §. *pœna.* 4. *de procur.* Ejuſdem generis eſt & cautio fructuaria: nam ſi uſusfructus nomine non caveatur, denegatur petitio aut retentio uſusfructus, *l.* 7. *uſusfr. quemadmod. cav.* Plures recenſet D. Cujac. in *l.* 5. *de verb. obl.*
2 *Contineantur etiam ædilitiæ*] Ædilitiæ ſunt, quibus venditor cavet de morbis & vitiis 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 ædil. 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 judicio, ac niſi interponantur, venditorem non condemnat, ſed actionem adverſus eum dat ad redhibendum intra duos menſes, vel quanti emptoris interſit, intra ſex menſes, *l. ſi venditor.* 28. *de ædil. edict.* in quo licet agnoſcere ædilis, quatenus ædilis, id eſt, magiſtratus & jus dicentis, auctoritatem. *l.* 1. *de juriſd.* VINN. Prætoris ergo vocabulum hic in ſenſu latiſſimo accipi videtur pro quovis magiſtratu, cui eſt juriſdictio. Unde & procos. in provinciis ſi ſtipulationem interponi jubebat: prætoria hæc dici poterat ſtipulatio. Quo obſervato nec admodum neceſſaria videtur emendatio, de qua paullo poſt auctor noſter. Jus enim Ædilitium fere ſub prætorio comprehendebatur §. 7. *Inſt. de J. N. G. & C.* Conf. Rittershuſ. *h. t. p.* 438. HEIN.

A juriſdictione prætoris] Vox *prætoris* abeſt à *l.* 5. *de verb. obl.* unde totus hic locus ad verbum deſcriptus eſt: & expungendam cenſeo cum Ruſſard. Baron. Donell. Cujac. Hotom. Etenim ædilitiæ ſtipulationes non poſſunt dici venire à jurisdictione prætoris, cum veniant à jurisdictione ædilium; quod expreſſit Theophilus; ſed quod de prætoriis tanquam principali ſpecie ſtipulationum honorariarum dicitur, id etiam ad ædilitias recte refertur, quoniam & hæ ab officio jus dicentis veniunt, communemque cum prætoriis originem & cauſam habent, videlicet jurisdictionem magiſtratus. Neque aliud Juſtinianus hic, aut Pomponius in *d. l.* 5. ſentiunt. Hodie hæc prætoriarum 3
& judicialium ſtipulationum diſtinctio minus conſpicua eſt, poſtquam judices à magiſtratu dari deſierunt, idemque nunc judex, qui prætor ſeu magiſtratus. Diſtinguunt vero nunc interpp. inter officium judicis nobile, quod eſt judicis, qua magiſtratus eſt, & quod vi jurisdictionis atque imperii ſui exercet; & mercenarium, quod eſt ejuſdem, qua judex, & nudæ notionis, ſubſerviens actioni inſtitutæ. Itaque prætoriæ ſtipulationes etiamnum ſunt & dici poſſunt, quæ extra judicium aut ante litem conteſtatam interponi jubentur propter cogendi remedia, *l.* 4. *de juriſd.* judiciales, quæ poſt litem conteſtatam inſtituti judicii promovendi cauſa.

TEXTUS.

De conventionalibus.

3. *Conventionales ſunt, quæ ex conventione utriuſque partis concipiuntur; hoc eſt, neque juſſu judicis, neque juſſu prætoris, ſed ex conventione contrahentium: quarum totidem ſunt genera, quot (pene dixerim) rerum contrahendarum.*

COMMENTARIUS.

E*X conventione utriuſque partis*] Pomponius ex conventione reorum, *l.* 5. *hoc tit.* Ex conventione autem ſic accipe, ex conventione ſola: nam & cæteræ ſtipulationes ex conventione partium conſtant: at non inde ſolum proficiſcuntur, ſed prima earum cauſa eſt auctoritas jubentis. Unde exiſtit & hæc differentia, quod prætoriæ ſtipulationes ex ipſius prætoris, conventionales ex mente contrahentium interpretationem accipiunt, *l.* 1. §. *ult. l. in prætoriis.* 9. *de prat. ſtip.* & quod in prætoriis, ſi quid addi, vel detrahi, vel mutari oporteat, id jurisdictionis prætoriæ ſit; in cæteris contra. *l. in conventionalibus.* 52. *de verb. obl. l.* 1. §. *ult. de ſtip. prat.*

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 dixerim*) tantum modeſtiæ 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*

fore pupillo, (nam & prætor jubet rem ſalvam fore pupillo caveri, & interdum judex; ſi aliter hæc res expediri non poteſt,) vel de rato ſtipulatio.

NOTÆ.

4. *Et prætor jubet rem ſalvam*] Et quidem regulariter; unde etiam hæc cautio inter prætorias numeratur. *l.* 1. §. 2. *de ſtip. prat.*

De rato ſtipulatio] Hæc eſt, quæ exigitur à procuratore alieno nomine actionem poſtulante; quæ & ipſa prætoria fere eſt. *l.* 1. §. 2. *de ſtip. prat.* Cæterum ſi in lite conteſtanda omiſſa ſit, & poſtea certum eſſe cœperit, falſum eſſe procuratorem, recte judex hanc ſatiſdationem ab eo exigit, per *d. l.* 1. *C. de ord. jud.* Add. Pomp. *l.* 5. *de verb. obl.* & ſtipulationem duplæ; qua ſc. venditor caveat *rem vitioſam non eſſe*, &c. *l.* 32. *de evict.* aſſidua dicitur *l.* 31. §. 20. *de ædil. ed.* & hæc interdum juſſu judicis interponitur, interdum imperio ædilis, *d. l.* 5. *de verb. obl.* Caute hic legendus Theoph.

COMMENTARIUS.

1. *Cur duas ſtipulationes hic propoſitas Ulpianus prætorias, & quo ſenſu quaſdam communes appellet?*
2. *Rem pupilli ſalvam fore quando prætor cavere jubet, quando judex? Et Theophilus notatus.*
3. *Idem quæritur de ſtipulatione rem ratam haberi.*
4. *An ſtipulatio duplæ, & quando communis?*

1 STipulationes communes ſunt, quæ rebus ita exigentibus interdum auctoritate prætoris aut ædilis interponuntur, interdum jubente judice, *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. prat.* 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 Ulpiano *l.* 1. *de ſtip. prat.* nimirum ex prætoriis illæ, quæ & judicii conſtituendi firmandique cauſa interponuntur, & ſimul cautionales ſunt, ut inſtar actionis habeant; quales ſunt, quæ fiunt judicio ſiſtendi cauſa. *d. l.* 1. §. 3.

Rem ſalvam fore pupillo] Hæc ſtipulatio regulariter juſſu prætoris interponitur nullo interveniente judicio aut cauſæ cognitione; & ni caveat tutor pignoribus captis aut mulcta indicta coërcetur, ſup. *de ſatiſd. tut. pr.* junct. §. *pen. l.* 1. *de adm. tut.* quorum nihil eſt judicis; qui nudam duntaxat notionem habet. *l.* 5. *de re*
2 *jud.* junct. *l.* 4. *de juriſd.* Sed finge, debitorem pupilli conventum à tutore poſt litem conteſtatam demum inter moras judicii cognoviſſe non ſatiſdediſſe tutorem, atque ad hanc exceptionem confugere: utique audiendus erit, *arg. l.* 3. *C. de tut. qui ſat. non ded.* & officio judicis injungetur ſtipulatio. Quippe quæ propria magiſtratus ſunt & jurisdictionis, ſi de his principaliter agatur: ea ſi in judicium per conſequentiam inciderint, ad judicis cognitionem & officium pertinere incipiunt, *l.* 1. *C. de ord. jud.* Aperte autem hic lapſus eſt Theophilus, bonus alioqui & non contemnendus interpres; qui dum probare cupit, ſtipulationem rem pupilli ſalvam fore aliquando judicialem eſſe, pro judiciali attulit exemplum prætoriæ, ejus nimirum, quæ ante litem conteſtatam interponi jubetur ab eo, qui de ea re in jus aditus eſt. Quo caſu non poteſt non eſſe prætoria, cum eo tempore nullum adhuc judicium, nullus judex 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 judicium ſeu rem, de qua judicio contenditur. Cautio enim ſemper per prætorem expediri poteſt, ſi ab eo poſtuletur: judicium vero non ſemper, niſi juſſu judicis 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 regu- 3
lariter juſſu prætoris atque ante litem conteſtatam interponitur. Cæterum ſi in lite conteſtanda omiſſa ſit & poſtea certum eſſe cœperit, eum qui tanquam procurator expertus eſt, falſum procuratorem eſſe, recte poſtulante adverſario hanc judex ſatiſdationem ab eo exigit. Nam quod dicitur, in *l. Pomponius.* 40. §. *pen. de procur.* lite ſemel conteſtata procuratorem ad cautionem ratihabitionis 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 procuratoriæ, 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 judicii. Cujuſmodi inter alias eſt exceptio falſi procuratoris, *l. licet.* 24. *C. de procur.* ubi Sichard. *num.* 2. & 3. Gail. 1. *obſ.* 37. *n.* 2. Pompo- 4
nius *d. l.* 5. *de verb. obl.* communium ſtipulationum numero adſcribit & ſtipulationem duplæ; eamque ait vel ab judice venire, vel ab ædilis edicto, id eſt, interdum judicis juſſu interponi, interdum imperio ædilis. Nam ut edictum ædilium publicum hic interpretemur, neque verba Pomponii patiuntur, quia illud non eſt unius ædilis, ſed plurium; *l.* 1. & *paſſim. de ædil. edict.* neque ſententia; quod manifeſtè 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, *tot. tit. de evict.* Sed eſt præter vulgarem illam ob evictionem & alia, quæ ob eas cauſas petitur, de quibus edicto ædilium cavetur, puta rem vitioſam non eſſe, morboſam non eſſe, &c. *l. quia dicitur.* 32. *de evict.* ſtipulatio *aſſidua* ab Ulpiano appellatur, *l. quod ſi nolit.* 31. §. *quia aſſidua.* 20. *de ædil. edict.* De his rebus qui ſibi duplam promitti

mitti 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. Don. *in d. l.* 5. *pr. n.* 27. *&* 28.

TITULUS VIGESIMUS.

DE INUTILIBUS STIPULATIONIBUS.

C. Lib. 8. *Tit.* 39.

Continuatio. Quot modis accidat, ut inutilis ſit ſtipulatio?

HActenus 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 ſubjici 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 agens exceptione ſubmoveatur. *inf. de except.*

TEXTUS.

De his quæ ſunt in commercio.

Omnis res, quæ dominio noſtro ſubjicitur, in ſtipulationem deduci poteſt, ſive ea mobilis ſit, ſive ſoli.

NOTÆ.

Dominio ſubjicitur] Id eſt, ſubjici poteſt, aut ſolet, ὑποπίπτειν δύνασθαι. Theoph. verba enim in diſciplinis potentialiter accipiuntur.

COMMENTARIUS.

Dominio noſtro ſubjicitur] Id eſt, ſubjici 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. interdum.* 73. *l. ubi autem.* 75. *§. illud.* 4. *de verb. obl. §. ea quoque.* 7. *ſup. de legat.*

Sive mobilis ſit, ſive ſoli] Potuit adjungi *ſive ea corporalis ſit, ſive incorporalis*: nam & jura in ſtipulationem recte deducuntur, veluti uſusfructus & ſervitutes prædiorum. *§.* 1. *ſup. de uſufr. §. ult. ſup. de ſerv. prad.* Quin etiam non modo res in ſtipulationem utiliter deducuntur; verum etiam facta, ut ſuperius docuimus ſub *§. ult. de verb. obl.*

TEXTUS.

De his quæ non ſunt.

1. *At ſi quis rem, quæ in rerum natura non eſt, aut eſſe non poteſt, dari ſtipulatus fuerit, veluti Stichum, qui mortuus ſit, quem vivere credebat, aut Hippocentaurum, qui eſſe non poſſit, inutilis erit ſtipulatio.*

NOTÆ.

1. *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. *v.* 878. Sen. *Epiſt.* 58. Cic. 2. *de nat. Deor. c.* 2. *Quis*, inquit, *Hippocentaurum fuiſſe credat?* Plinius tamen fuiſſe tradit *lib.* 7. *cap.* 3.

Inutilis erit ſtipulatio] *d. l.* 1. *§.* 9. *de obl. & act.* adeo ut nec æſtimatio debeatur, nec pœna eo nomine promiſſa committatur, *l.* 69. *l.* 103. *de verb. obl.*

COMMENTARIUS.

1. *Canones, qui obſervandi circa materiam ſtipulationum: tum conſectaria inde deducta.*
2. *Quid ſi in ſtipulatum deducta res, quæ eſſe deſiit?*
3. *Quid ſi quæ nec eſt, nec unquam fuit: ubi de Hippocentauris.*

HOC *§. & 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 ſtipulatori. Hinc jam apparet, duobus modis in univerſum fieri; ut ratione materiæ inutilis ſit ſtipulatio, ſi dari fierive natura aut jure non poteſt, quod promiſſum eſt, *l. ſi ſtipuler.* 35. *de verb. obl.* eoque pertinet

tinet regula juris *l. impossibilium.* 185. *de reg. jur.* si propter incertitudinem non potest intelligi, quid sit, & quam habeat utilitatem. *l. triticum.* 94. *l. ita stipulatus.* 115. *d. tit.* Quando in stipulatione faciendi hoc accidat, videbimus *inf. sub §. quod turpi.* 23. Rerum, quæ dari non possunt, tria fere sunt genera; quæ non sunt in rerum natura nec esse possunt; quæ commercio sunt exemptæ; quæ stipulatoris sunt propriæ. *l.* 1. §. *si id quod.* 9. *& §. seq. de obl. & act.* De primo genere agitur *hoc* §. de reliquis §. *seq.* Incertitudinis, quæ stipulationem vitiat, exempla habemus in *d. l. triticum.* 94. *& d. l. ita stipulatus.* 115. *pr. de verb. obl.*

Quod in rerum natura non est] Primum genus rerum, quæ dari non possunt, ac proinde inutiliter in stipulationem deducuntur, earum rerum est, quæ non sunt, nec esse possunt in rerum natura. Id iterum in duas abit species. Nam harum rerum aliæ fuerunt, sed defierunt esse; aliæ ne fuerunt quidem unquam.

2 Illarum numero sunt, homo mortuus, ædes deustæ, &c. *l.* 1. §. *si id quod.* 9. *de obl. & act. l. homo.* 69. *de verb. obl.* Quod autem harum rerum stipulationem inutilem esse dicimus, hoc eo maxime spectat, ut intelligamus, nec æstimationem earum deberi, *l. liber homo.* 103. *de verb. obl.* §. 4. *sup. de legat.* nec pœnam eo nomine promissam committi. *d. l. si homo.* 69. *de verb. obl.* Plane, si res, quæ dari poterat, ab initio in obligationem deducta, culpa debitoris dari posse desierit, aut si is in re præstanda moram fecerit, placet creditorem eas res, quamvis extinctas, utiliter adhuc stipulari, *l. inter stipulantem.* 83. §. *pen. eod.* quoniam culpa & mora debitoris obligationem perpetuant. *l. si ex legat.* 23. *l. si servum.* 91. §. 3. *eod.*

3 *Hippocentaurum, qui esse non possit*] Exemplum rerum, quæ ita non sunt, ut nec unquam fuerint. Cic. 2. *de nat. Deor. c.* 2. *Quis*, inquit, *Hippocentaurum aut Chimæram fuisse putat?* Lucret. *lib.* 5. *v.* 878.

Sed neque Centauri fuerint, neque tempore in ullo
Esse queat duplici natura & corpore bino
Ex alienigenis membris compacta potestas.

Stoici apud Senecam Epist. 58. *In rerum*, inquiunt, *natura quædam non sunt. Et hæc autem, quæ non sunt, rerum natura complectitur, quæ animo succurrunt, tanquam Centauri, Gigantes, & quicquid aliud falsa cogitatione formatum habere aliquam imaginem cœpit, quamvis non habet substantiam.* Plinius tamen *lib.* 7. *cap.* 3. testatur, Claudium Cæsarem scribere, Hippocentaurum in Thessalia natum, eodem die interiisse. *Et nos*, inquit, *principatu ejus allatum illi ex Ægypto in melle vidimus.* Cæterum ut hoc verum sit, tamen quia portenta & monstra hæc sunt, etiam naturæ quodam peccato genita, eorum ratio nulla ducitur. Centauri, qui idem & Hippocentauri dicti, populi fuere Thessaliæ juxta Pelion montem, anteriore corporis parte, (ut Poëtæ fabulantur,) hominum, posteriore equorum effigiem referentes. Fabulæ occasionem præbuit, quod Centauri primi equitarunt, non sine horrendo vicinorum populorum spectaculo, à quibus primum conspecti equis insidentes, crediti sunt habere membra partim humana, partim equina. Idem Indis occidentalibus patrum nostrorum memoria evenit.

TEXTUS.

De his quæ non sunt in commercio.

2. *Idem juris est, si rem sacram, aut religiosam, quam humani juris esse credebat, vel publicam, quæ usibus populi perpetuo exposita sit, ut forum, vel theatrum; vel liberum hominem, quem servum esse credebat; vel cujus commercium non habuerit; vel rem suam dari quis stipuletur. 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, licet initio utiliter res in stipulatum deducta sit, si tamen postea in aliquam eorum causam, de quibus supra dictum est, sine facto promissoris devenerit, extinguitur stipulatio. At nec statim ab initio talis stipulatio valebit.* Lucium Titium, cum servus erit, dare spondes? *& similia. Quæ enim natura sui dominio nostro exempta sunt, in obligationem deduci nullo modo possunt.*

NOTÆ.

2. *Humani juris esse credebat*] Et multo magis si sciebat eam humani juris non esse, *arg. l.* 31. *de obl. & act.*

Nec rem suam dari] *l.* 82. *de verb. obl. l.* 1. §. 10. *de obl. & act.* cui consequens est, nec pretium rei ex ea stipulatione deberi. Sed pretium rei meæ recte stipulor, & rem meam mihi restitui. *d. l.* 82.

Protinus inutilis] Protinus, id est, statim, εὐθέως, ἀθρόχρημα. Huc pertinet regula: *Quod initio vitiosum est*, &c. *l.* 29. *de reg. jur.*

Licet initio utiliter] *l.* 51. *l.* 83. §. 5. *de verb. obl.* sunt hæc exempla regulæ, quæ definit, etiam ea, quæ recte gesta sunt, resolvi, si in eum casum inciderint, à quo non poterant incipere. *l. pen.* §. *ult. eod. l.* 11. *de servit.*

Sine facto promissoris] Secus est, si facto aut culpa promissoris res commercio exempta, *d. l.* 83. §. 5. aut postquam moram in ea præstanda feciflet. *l.* 23. *l.* 91. *pr. & §.* 3. *eod.*

Quæ natura sui] Aliud juris est in his, quæ per accidens non possunt acquiri, puta quia stipulatoris sunt. *l.* 31. *de verb. obl.*

COMMENTARIUS.

1. *Genera rerum, quæ non sunt in commercio.*
2. *Etiam earum rerum, quarum nullum omnino commercium est, stipulationem prorsus inutilem esse.*
3. *Quid si stipulator sciat, rem non esse in commercio?*
4. *Quid si ille ignoret, promissor sciat?*
5. *Quando earum rerum, quæ secundum quid extra commercium, stipulatio utilis aut inutilis?*

6. *De*

6. *De ſtipulatione rei noſtræ.*
7. *Ampliatio regulæ initio poſitæ.*
8. *Ampliatio ſecunda.*
9. *Quid ſi columna promiſſa facto alieno ædibus juncta?*
10. *Diſſenſio veterum circa caſum, quo res initio rectè promiſſa, deinde commercio exempta, poſtea rurſus dari poſſe cœpit.*
11. *Reſtrictio ampliationis ſecundæ.*
12. *Ampliatio tertia, ejuſque reſtrictio.*

SEcundum genus rerum, quæ dari non poſſunt, eſt earum, quæ ſunt quidem in rerum natura, 1 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 alioqui 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 Eccleſias habentia hæreticis, mancipia Chriſtiana iiſdem & Judæis. *l. ſi quis.* 10. *C. de hæret. tit. C. ne Chriſt. manc. hæret.* Enimvero non omnia hæc ſtipulationem vitiant eodem modo, quædam nec vitiant, eſtque in ſingulis, quod ſeorſum conſiderandum.

2 *Si rem ſacram, &c.*] Quarum rerum nullum omnino commercium eſt, eæ 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 ſtipulor.* 35. *l. inter.* 83. §. *ſacram.* 5. *l. liber homo.* 103. *de verb. obl.* Quamobrem neque hoc caſu magis, quam ſuperiore, aut æſtimatio debebitur, aut pœna promiſſa peti poterit, *d. l. liber homo.* 103. *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 æſtimatio. Diverſum omnino eſt, ſi quis ædem ſacram aut locum religioſum ædificari ſtipulatus fuerit: hic enim in ſtipulationem deducitur, quod & natura fieri poteſt, & jure facere licet, *l. ſtipulatio.* 38. §. *ult. de verb. obl.* VINN. Sed cur liber homo, res ſacra, religioſa, publica in ſtipulationem deduci nequit, quum tamen conſtare ſoleat earum rerum liberique hominis emtio venditio, bona fide facta? *l.* 4. *l.* 5. *l.* 6. *ff. de contrah. emt.* Cur, inquam, tam varie? Immo non varie. Vere enim hujuſmodi emtio non valet, niſi eatenus, ut deceptus poſſit agere ad id quod intereſt. §. *ult. Inſt. de emt. vend.* Ad traditionem enim agi non poteſt. *d.* §. *ult. l.* 103. *ff. de V. O.* adeo ut tametſi in eum caſum venditus fuerit liber homo, ſi ſervus factus fuerit, non valeat ea venditio, quia nefas eſt tales caſus exſpectare. *l.* 34. §. 2. *ff. de contr. emt.* Ergo in *legibus* 4. *& ſequ.* ſupra adductis tantum eatenus emtio intelligenda dicitur, quia emtor, ignorans rei qualitatem agere poteſt ad id, quod intereſt, vel re jam tradita & b. f. poſſeſſa ad præſtandam evictionem. HEIN.

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 di- 3
vini 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 rectè Weſembecius reſpondet, verba iſta addita eſſe, propterea quod in ignorante major eſt cauſa dubitandi, an non ſaltem æſtimatio, 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 ſo- 4
lus 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 pronuntiatur, inutilem eam eſſe & nullius momenti. Emptionis alia cauſa eſt: nam etſi nec emptio hominis liberi, loci ſacri aut religioſi, hactenus 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 interfuit 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.

Quæ uſibus populi] Quæ in uſu publico habentur. Additum ad differentiam eorum, quæ ſunt in pecunia ſeu patrimonio populi aut Principis, *l.* 6. *l. pacta.* 72. §. *ult. de contr. empt.* quæ quidem & ipſa publica dicuntur, *l. quod in littore.* 14. *de acq. rer. 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. *ne quid. in loc. publ.*

Cujus commercium non habuerit] Etiam earum re- 5
rum, 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. cætera* 41. *de legat.* 1. Et igitur cum etiam hoc caſu res ipſa non debeatur, nec debebitur rei æſtimatio, quæ promiſſa non eſt, quod tamen non puto eſſe perpetuum, ſed exemplo legati, harum rerum aliquando etiam ex ſtipulatione æſtimationem peti poſſe, *d. l. cætera.* 41. §. *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 va- 2

lere, *d. l.* 34. quippe posteriore hoc casu præstatio rei non est promissori impossibilis. Nam etsi ipse rem, quam promisit, 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. aliud.* 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.*

6 *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. Sane rem nostram nobis restitui, tum etiam pretium rei nostræ nobis dari, utiliter stipulamur. *d. l. nemo.* 82. Sed & rem furtivam dominum à fure recte stipulari placet, modo tanquam furtivam stipuletur, *l. scire.* 29. §. *ult. de verb. obl.* cujus rei ratio petenda ex *d.* §. *sic itaque.* 14. *inf. de act.*

Nec in pendenti, &c.] Sequuntur aliquot ampliationes, quæ tamen non pariter ad omnes superiores
7 species pertinent. Prima significatur hoc vers. & apud Paulum *l. inter.* 83. §. *sacram.* 5. *vers. quamvis sacra profana fieri, &c. de verb. obl.* estque hæc, quod etsi res sacra postea profana, publica privata, homo liber servus factus sit, nihilomagis stipulatio vires habeat aut sumat, vetante nimirum regula Catoniana, quod initio vitiosum est, tractu temporis convalescere. Quæ regula ad stipulationes quoque translata est, *arg. l. cætera.* 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 fuerint separata, *d. l. cætera.* 41. §. 1.

8 *Licet initio utiliter, &c.*] Ampliatio secunda. Non solum inutilis est stipulatio, in quam ab initio res, quæ commercio exemtæ sunt, aut alias dari non possunt, deducuntur, sed etiam si quid recte atque utiliter promissum postea in talem casum sine facto promissoris devenerit, placet stipulationem extingui, & dissolvi obligationem, licet ab initio recte contracta sit; ut puta, stipulatus sum rem profanam aut Stichum mihi dari, ea res postea sacra, aut Stichus liber esse cœpit sine facto promissoris, placet eum liberari, & satis esse, quod eventu præstatio facta sit impossibilis, *d. l. inter.* 83. §. *sacram.* 5. *vers. nam & cum. l. is qui.* 51. *de verb obl.* Suntque hæc exempla regulæ, quæ definit etiam ea, quæ rectè 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 causa jam facta sit stipulatoris: sed hoc ita, si utraque causa fuerit lucrativa, non si altera onerosa, *d. l. inter.* 83. §. 6. *l. omnes debitores.* 17. *de obl. & act.* rationem diversi juris reddidi sub §. *si res.* 9. 6. *sup. de leg.* Quid si columna promissa facto alieno juncta sit ædibus? Non putarem, hoc casu stipulationem evanescere, *l. cætera.* 41. §. *si duobus.* 4. *de legat.* 1. De illo inter veteres non convenit si res initio rectè 10
promissa, deinde commerciis hominum exempta, rursum mutata conditione cœpit dari posse, veluti si servus liber factus in servitutem reciderit, an obligatio, quæ semel sublata fuit, restituatur. Celsus censuit restitui, magisque 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 sublatam: quemadmodum enim homo mortuus vitæ restitui non potest, ita nec in perpetuum extinctam obligationem posse resuscitari, *d. l. inter.* 83. §. *sacram.* 5. *vers. nec revocamus. l. qui res.* 98. §. *aream.* 8. *de solut.* quibus locis etiam Celsi argumentis occurritur. Eadem dissensio & circa servum legatum interim manumissum, & postea servum iterum factum, inter Celsum & alios fuisse videtur, *l. si chorus.* 79. §. *ult. de legat.* 3. junct. *l. servus.* 27. §. 1. *de adim. legat.* quos tamen locos distinctione conciliare nititur Don. *in d. l. inter.* 83. §. *sacram.* 5. *n.* 8.

Sine facto promissoris] *d. l. inter.* 83. §. 5. Additum ideo, 11
quoniam si per promissorem factum sit, ut res dari posse desierit, veluti si servum promissum manumiserit, locum 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 postquam debitor in re præstanda moram fecit, ea perempta aut commercio exempta sit: quoties enim aut culpa, aut mora debitoris intervenit, placet obligationem continuari, 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 erit] Ampliatio tertia. 12
Rem commercio exemptam non tantum purè inutiliter stipulamur, sed etiam sub conditione, licet nominatim in eum casum nobis caveamus, si dari posse cœperit. Itaque improbata est etiam hujusmodi stipulatio, *illum, cum servus erit, dare spondes?* item, *eum locum, cum ex sacro profanus esse cœperit, dare spondes?* nimirum quia nec præsentis temporis obligationem recipit, & ea duntaxat, quæ natura sui possibilia sunt, in obligationem deduci possunt. Sed & mali ominis causa istiusmodi stipulationem detestamur, quoniam non solet ea mutatio contingere sine interitu civitatis, quod Paulus *d. l. inter.* 83. §. *sacram.* 5. & 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 absolutè & natura sua commercio exemptæ sunt; ad eas res non pertinet, quæ cum per se sint in commercio, nunc tamen non sunt propter impedimentum aliquod extrinsecus accedens & temporarium. Etenim ea, quæ ædibus juncta sunt, sub conditione stipulari non prohibemur, cum & sub conditione legari possint, *d. l. cætera.* 41. §. 1. *de legat.* 1. Sed nec pertinet ad stipulationem rei nostræ. Quippe & hanc sub conditione rectè stipulamur, ut stipulatio teneat, si tempore existentis conditionis nostra non sit, *l. si rem.* 31. *l. existima.* 98. *de*

verb.

verb. obl. d. l. cætera. 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. cætera.* 41. §. 1. aut vitium rei, quod nullum eſt; poteſtque ea, mutato interim domino nobis præſtari, nec incivile eſt hanc mutationem expectare. Non caruit tamen hæc ſententia dubitatione, ut apparet ex *d. l. exiſtimo.* 98. *de verb. obl.* Illud ei adverſari videtur, quod etiam conditionales ſtipulationes ex præſenti vires accipere traditur *l. uſusfructus.* 26. *de ſtip. ſerv.* & generaliter in omni ſtipulatione id tempus ſpectari, quo contrahimus, *l. filiusfam.* 78. *de verb. obl.* Sed hoc rectè dicitur, cum de perſona ſtipulantis agitur, aut ejus, cui inde acquiritur: ad res, quæ in ſtipulationem deducuntur, non pertinet. Ut enim ſtatum capiat ſtipulatio, neceſſe eſt eum, qui ſtipulatur, ſive purè ſtipuletur, ſive ſub conditione, ſtipulandi capacem eſſe: eademque ratio ejus, cui ex ſtipulatione acquiri volumus. At rei, quæ uſibus hominum non exempta in ſtipulationem deducitur, præſtatio & obligatio in eventum differri poteſt, ut ante illum eventum neque peti poſſit, neque quicquam debeatur, *l. cedere diem.* 213. *de verb. ſign.* ſed tantum ſpes ſit, debitum iri, quam in hæredem transmittamus, §. *ſub conditione.* 4. *ſup. de verb. obl.*

TEXTUS.

De facto vel datione alterius.

3. *Si quis alium daturum facturumve 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, neque 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.*

1 QUi alium daturum aut facturum 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 hactenus eum, qui alium daturum aut facturum promiſit, obligari dicimus, ut curare debeat, ut ille alius det, aut faciat? Dicendum eſt, ne hactenus quidem eum obligari: alioqui ſtipulatio hæc non eſſet inutilis; ſed factum alienum utiliter promitteretur, contra, quam in univerſum definit Hermogen. *l. ſicut.* 65. *de fidejuſſ.* & Ulpian. *l. ſtipulatio.* 38. *in pr. de verb. obl.*

Qui effecturum ſe.] Aut *ſe curaturum*, aut alius det, 2
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 alter daret, curaturum ſe promiſit, per *l. ſi hæres.* 73. *de legat.* 1. aut ſi promiſerit curaturum ſe, ut alius aliquid faciat, tenebitur in id, quod ſtipulatoris intererit. Communiter receptum tradit Weſembecius, promiſſorem liberari, ſi omnem diligentiam adhibuerit ad rem conficiendam, nec profecerit, quaſi hoc ſolum promiſiſſe intelligatur; ut proinde non aliter conveniri poſſit, quam ſi negligentia aut culpa ejus arguatur, allegans Bart. *conſ.* 236. Boër. *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 3
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 cujus mandato dubitatur, promiſerit, rem ratam dominum habiturum. *tot. titul. rat. rem hab.* Eſtque poſterior hæc ſtipulatio prætoria: 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 promiſit, *ſe facturum*, ut decem dentur, ipſe dare cogitur, nec liberatur dando expromiſſorem. *l. ſi hæres.* 73. *de legat.* 1. At qui *curaturum ſe*, ut decem dentur, promiſit, placet eum liberari alium reum locupletem dando. *l. ult.* §. 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. Noſtris & multorum aliorum moribus, qui factum alienum promittit, tacitè intelligitur promittere, ſe curaturum aut effecturum, ut alius det aut faciat. Grot. 2. *introduct. cap.* 3. Goris *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. Plane 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, quæ tibi acquiri poſſunt.

NOTÆ.

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 acquirit, 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 intercidit. *l.* 16. *de fidej. l.* 57. §. 1. *de ſolut.* aut ſtatu ejus in cauſam deteriorem mutato, *l.* 38. *d. t.* 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. *l. ult. C. de impub. & al. ſubſt.* Eſt enim filius veluti portio patris. Ariſt. 1. *magn. mor.* 34.

Quæ 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. *eod.*

COMMENTARIUS.

1. *Qui alteri ſtipulatur, emit, conducit, &c. nec ſibi nec alteri obligationem acquirere.*
2. *Quæ cautiones hic adhibendæ?*
3. *An tabellarii ſtipulando alteri acquirant? & quid juris hodie?*
4. *Quibus in cauſis admiſſum, ut alteri ex conventione alterius utilis actio detur, præter caſus 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 ſtatum mutaverit?*
9. *Quid juris, ſi quis conjunctim ſibi & alteri ſtipuletur, tum ratione eorum, 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 facturum- 1
ve promittens aut ipſe obligatur, aut alium obligat; ita nec alteri ſtipulando aut ſibi, aut alteri, obligationem acquirit. *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 comparatæ ſunt, ut unuſquiſque acquirat ſibi, quod ſua intereſt: ut vero alteri detur, nihil intereſt noſtra. *d. l. ſtipulatio.* 38. §. *alteri.* 17. Neque hoc ad ſtipulationes tantum pertinet, ſed ad cæteras quoque conventiones. §. *pen. ſup. per quas perſon. l. ſi ita.* 126. §. 2. *verſ. reſpondit. de verb. obl. l. ſolutum.* 11. §. *pen. de pign. act. l. quo tutela.* 73. *in fin. de reg. jur.* In ſumma; ut Paulus ſcribit, *quæcumque gerimus, cum ex noſtro contractu originem trahunt, niſi ex noſtra perſona initium ſumant,* (id eſt, ut nunc vulgo loquuntur, niſi in perſona noſtra radicentur,) *inanem actum noſtrum efficiunt: & ideo,* inquit, *neque ſtipulari, neque emere, vendere, contrahere, ut alter ſuo nomine recte agat, poſſumus. l. quæcumque.* 11. *de obl. & act.* Verum hic cautiones quæ- 2
dam 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.* 38. §. *alteri.* 17. *l. quodcumque.* 45. *de verb. obl. ſup. tit. de ſtip. ſerv. & inf. per quas perſ. nob. obl.* Sed & hæredibus noſtris paciſcendo & ſtipulando quidvis acquirimus, *d. l. ſtipulatio.* 38. §. *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 action. ab hared.* Deinde etſi ex aliena ſtipulatione non acquiritur alteri actio directa: ſunt tamen quædam perſonæ, per quas ratione officii acquiritur alteri actio utilis. In hoc genere ſunt, tutor, curator, actor civitatis: nam ſi tutor pupillo, curator adoleſcenti, actor civitati quid dari aut fieri ſtipulentur, placet, pupillo, adoleſcenti, civitati utilem actionem dari. *l.* 5. §. *penult. de pec. 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 adopt. l.* 2. & 3. *rem 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 præſente, *l. ſi procuratori.* 79. *de verb. obl.* 3. ſi utilitas id exigat, nec aliter domino res ſalva eſſe poſſit. Receptum id primum in contractu inſtitoris, *l.* 1. *in fin. l.* 2. *de inſtitut. act.* inde eadem conditione tranſlatum ad contractus procu-

procuratoris, *l.* 13. §. *ſi procurator.* 25. *de act. empt. l.* 5. *de*
3 *prat. ſtipulat. l. damni.* 18. §. *ult. de damn. infect.* Quæſitum de tabulariis, ſeu, ut nunc vulgo appellantur, notariis publicis, an etiam hi civibus abſentibus rectè ſtipulentur, iiſque obligationem acquirant. Quod omnino negandum eſt, ſi quidem de jure civili Romanorum quæratur: quippe quo jure nec ſervus publicus id potuit, niſi in duabus illis, quas dixi, cauſis, ac magiſtratu jubente ſtipulationem interponi. Si vero de jure hodierno, ubique ferè locorum invaluit error veterum interpretum, receptumque ut notarii aliis rectè ſtipulentur, & ſtipulando actionem acquirant. De eo tamen nondum ſatis convenit, an ex hujuſmodi ſtipulatione aliave conventione notarii alteri abſenti jus 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.* 9. *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. Grot. 2. *de jur. bell. & pac. cap.* 11. *num.* 18. & ideo moribus horum temporum id paſſim obtinet. Groenew. *de legib. abr. ad* §. 18. *inf. hoc tit. & ibi. cit.* Cy-
4 prian. *cenſ. Belg. ad* §. 3. *ſup.* Poſtremo etiam illud in quibuſdam cauſis admiſſum eſt, ut alteri ex pactione & ſtipulatione alterius actio utilis quæratur, 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, condictionem 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, condictio acquiritur, *l.* 9. §. *pen. de reb. cred. d. l. ſi ita.* 126. §. 2. *de verb. obligat.* Similia exempla ſunt in *l.* 6. *C. de cond. ind. l.* 13. *de pign. action.* Poſtremo etiam affectioni perſonarum conjunctæ cum favore cauſæ hic aliquid tributum, *l. Cajus.* 45. *ſolut. matrimon. l.* 7. *C. de pact. conv.* rigorque juris poſteriorum Impp. conſtitutionibus nonnihil mitigatus eſt. *l.* 3. *C. de donat. quæ 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 inferatur, regula non prohibet. Atque hoc eſt, quod hic dicitur, ſolutionem etiam in extraneam perſonam conferri poſſe.

Mihi aut Sejo dare ſpondes] Conferri in alium ſolutio ſeu poteſtas alteri ſolvendi fieri promiſſori intelligitur, ſi quis disjunctim ita ſtipuletur, *Mihi 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. eum qui.* 56. §. 2. *l. ultim.* §. 3. *de verb. obl. l. ſi mihi.* 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 5
& *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, apertè ſtipulatur decem ſolida utrique; nec perſona adjecti impedire poteſt, quominus in id totum, quod ſibi quoque ſtipulatus eſt, obligationem & actionem acquirat. At ex contrario 6
Sejo adjecto ex ſtipulatione propoſita nihil debetur: quippe cui nihil ex conventione aliena acquiri potuit. Itaque Sejus neque petere poteſt id, quod in ſtipulatum 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 mihi.* 23. *de fidejuſſ. l. is 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 7
etiam adjecto ſolvere poſſit, eaque ſolutione ipſo jure liberetur, ut hic expreſſum eſt. Et quamvis partem ſolverit ſtipulatori, nihilominus tamen reliquum rectè 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 rectè ſolvitur, *l.* 9. *de ſolut.* Stipulatus quis eſt ſibi aut pupillo placet promiſſorem etiam ſine tutoris auctoritate pupillo ſolvendo liberari, *l.* 11. *d. tit.* Hoc ideo, quia dum adjecto ſolvitur, ipſi 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 apertè liberationi modum facit, quem excedere non licet, uti in mandatis accidit, *l.* 6. *mandat.* ut proinde facultas hæc duabus rebus contineatur, certo facto 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 paciſcendo, 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, omniſque conventio liberandi debitoris cauſa interpoſita, ſed tum ſolummodo cum à creditore proficiſcuntur, cujus ſolius eſt debitorem liberare. Adjectus

jectus vero creditor non est. Deinde nihil agit promissor, si alii solvat, quam adjecto: nam neque personam adjecti, quæ à stipulatore electa & probata est, egredi potest: in tantum ut etsi persona servi adjecta sit, nec domino rectè solvatur, nisi ex voluntate servi, *l. 9. l. Stichum. 95. §. nam si. 7. de solut.* Ad rem nihil pertinet, quod quæcumque per servum acquiruntur, ea acquirantur domino: nam persona aliena hic non adjicitur, 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 procuratori similis est, nec hæredi ejus rectè solvitur; quippe cum mandatum morte finiatur, *l. cum quis. 55. de verb. obl.* Cæterum omnis adjecto solvendi potestas lite cum stipulatore contestata intercidit, *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 fue-
8 rit, *l. 3. §. idem scribit. 11. de pecul. l. aliam. 29. de novat.* Illud ex sententia contrahentium placuit, ut ita demum adjecto rectè solvatur, si in eodem statu maneat, quo erat, cum stipulatio interponeretur, quasi hæc conventio tacitè stipulationi insit, *si in eadem causa maneat.* Itaque si vel in adoptionem se dedefit, vel deportatus sit, aut servus factus, non rectè ei solvitur, *l. cum quis. 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. eum qui. 26. §. 2. de verb. obl.* add. Donell. *l. 55. d. titul.* ubi refellit Cujacium contra sentientem atque alios vellicantem, ostenditque esse aliquid proprium usufructus in specie, quæ proponitur à Papiniano in *l. Stichum. 95. §. qui usumfr. 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 alia 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, *Mihi aut Titio dare spondes?* qua placet solutionem saltem utiliter in Titium conferri, quæsitum est, propter similitudinem conceptionis, num idem efficiatur conjun-
9 ctim stipulando, *Mihi & Titio decem dari.* Sed diversa hic omnia constituta sunt tum in persona stipulatoris, tum in persona adjecti. Ad stipulatorem 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. At 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 dabis?* id est, mihi quinque, & Titio quinque. Atque hoc est, quod Julianus ait, una decem communiter in hac stipulatione comprehendi, *l. eum qui. 56. pr. de verb. obl. fac. l. cui fundus. 56. de cond. & dem. l. reos. 11. §. 1. de duob. reis.* Hinc etiam efficitur, ut etiamsi non pecunia, sed certum corpus stipulatione comprehensum sit, non amplius tamen quam pars debeatur, 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. præd. §. 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. empt.* De Titio adjecto nihil nominatim à veteribus definitum legimus. Cæterum hoc posito in hac specie, *Mihi & Titio decem dabis?* stipulatorem videri tantum quinque sibi stipulari, reliquum Titio, satis intelligitur, Titio nec ullam obligationem, utpote extraneo, acquiri, nec ei quicquam à promissore rectè solvi; cum 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. eod. cap. utile. 37. ff. de reg. jur. in 6.* Hinc vulgo colligunt 10
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 insubtiliter 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 fit, 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.* VINN. Quoties itaque copulative concipitur stipulatio: *Mihi & Titio decem dare spondes?* stipulatio tantum ratione mei utilis habetur, mihique debentur quinque. Enimvero an non turbat *l. 38. §. 19. ff. de V. O.* ubi Ulpianus respondet: *Eum, qui dicat mihi decem, & Titio decem, eadem decem, non alia decem dicere credendum est?* Turbaret sane, si Ulpianus diceret, Titio eadem decem deberi: sed id non dicit. Potius sensus est, eum qui sibi decem & Titio decem stipuletur, non stipulari viginti, sed decem tantum, adeoque non decem, sed quinque tantum accipere. Aliud tamen in ultimis obtinet voluntatibus.

Nam

Nam *ſi quis teſtamento ſuo Titio & Sejo decem dari juſſerit, nullam hæc verba recipiunt ambiguitatem, ut* DENA *dixiſſe videatur, qui decem dixit.* Ita Julianus *l.* 79. *ff. de legat.* 1. In ultimis enim voluntatibus quin & alii abſenti ab alio legari poſſit, nemo dubitat. HEIN.

Qui tuo juri ſubjectus eſt] Interdum qui verbis ſtipulatur alteri, vi ipſa ſibi ſtipulari intelligitur, ſibique actionem acquirit: idque toties accidit, quoties ſtipulantis pecuniariter intereſt alteri dari: de quo dice-
11 mus *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. eum 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 ſtipuletur, non idem probandum eſt, *l. ſi genero.* 26. *C. de jur. dot.* Sed nec ipſi filio emancipato ex ſtipulatione patris obligatio ulla aut actio acquiritur, *d. l. ſi genero.* 26. Nec obſtat *l. quodcumque.* 45. §. 2. *de verb. oblig.* nam illud duntaxat ex eo loco rectè colligitur, quibus in cauſis pater filiæ emancipatæ ſtipulari poteſt, in his etiam huic filiæ rectè ſtipulari poſt mortem ſuam, ut utilis actio filiæ detur. At hoc tantum receptum in cauſa dotis, cum pater dotem & quidem à ſe profectam ſtipulatur reddi filiæ, cujus nomine data eſt, *l. Cajus.* 45. *ſolut. matr. l.* 7. *C. de pact. conv.* Neque vero uteretur Juriſconſultus exemplo filiæ, 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 hac adjectione, cum per filium patri acquiritur, *hoc text.* Quod ſi pater filio ſtipuletur, quod confiſtat 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 ei ire agere liceat, *l. quod dicitur.* 130. *de verb. oblig.* Deinde & illa, ſi ſtipuletur quidem filio id, quod juris ſit, ſed quod leges ei acquiri non permittunt, *l. dominus.* 39. *eod. & hoc text.* veluti ſi quid ſtipuletur filio ex cauſa caſtrenſis peculii, aut adventitii, quod patri nullo modo acquiratur: nam ubi uſusfructus patri quæritur, ſaltem uſque ad quantitatem uſusfructus eum actionem habiturum exiſtimo; quia hactenus ejus intereſt.

TEXTUS.

De interrogatione & reſponſione.

5. Præterea inutilis eſt ſtipulatio, ſi quis ad ea, quæ interrogatus fuerit, non reſpondeat, veluti ſi quis decem aureos à te dari ſibi ſtipuletur, tu quinque promittas, vel contra: aut ſi ille purè ſtipuletur, tu ſub conditione promittas, vel contra: ſi modo ſcilicet id exprimas, id eſt, ſi cui ſub conditione vel in diem ſtipulanti tu reſpondeas, præſenti die ſpondeo. *Nam ſi hoc ſolum reſpondeas,* Promitto: *breviter videris in eandem diem vel conditionem ſpopondiſſe. Neque enim neceſſe eſt in reſpondendo eadem omnia repeti, quæ ſtipulator expreſſerit.*

NOTÆ.

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 reſponſionem excurrit: quoniam cum in majori ſumma ſemper inſit minor, hactenus quoque aptè reſponſum hîc 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 æſtimanda?*
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?*

AD 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* §. Interro- 1
gationis & 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. quæ 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 text. 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 deductam, an
2 circa ſtipulationis qualitatem. Cum in re ipſa diſſentit reſponſio, non quidem quando reſpondetur plane aliud, veluti pro Sticho Pamphilus, (nam iſto modo nullam omnino contrahi obligationem convenit,) ſed cum reſpondetur plus aut minus, placet non in totum ſtipulationem eſſe inutilem, ſed tantum quatenus plus aut minus eſt in reſponſione aut interrogatione; idque ſive certa ſumma ſive 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 reſponſionem 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 vitiatur 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 hæ ſtipulationes valeant; & quatenus conſiſtunt, etiam ſine ea conſiſtunt. *l. inter.* 83. §. *item ſi.* 4. *eod.* §. *quoties.* 17. *inf. eod.* VINN. Ita quidem Ulpianus *d. l.* 1. §. 4. *ff. de V. O.* Sed neſcio an omnes veteres idem ſenſerint. Saltim Cajus *lib.* II. *Inſt. tit.* IX. §. 10. *Si creditor*, inquit, *decem ſolidos debitorem interroget, & debitor quinque promittat, hoc ordine totum debitum vacillare cognoſcitur.* Idem ſenſus videtur §. noſtri. Utrum ergo hanc contrarietatem nullo pacto conciliari poſſe dicemus cum Hotomano? An cum Accurſio dicemus, quoad minorem ſummam valere promiſſionem, ſi alter ſtatim in eam conſenſerit, & de novo ſtipulatus ſit. Poſterius ſane magis placet, quam ut ſine ea limitatione paragraphum noſtrum ex Ulpiani *l.* 1. *ff. de V. O.* interpre-
3 tentur. HEIN. 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 aut in diem interrogatus reſpondet purè, id eſt, ſic ut expreſſè dicat ſe ſtatim daturum: hic 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?
4 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 quæritur, 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 confeſtim placeat, ut quidam exiſtimaverunt, an etſi non placeat? Ajo, etſi non placeat: hoc enim evidenter demonſtrat ratio Ulpiani, *Licet enim*, inquit, *oportet congruere ſummam: attamen 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 5
eſt, ſi plures res conjunctim aut in interrogationem aut in reſponſionem 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 vitiari non debent, *d. l.* 1. §. 5. *l. ſcire.* 29. *d. l. inter.* 83. §. 4 *l. quod dicitur.* 86. *eod.* At enim 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 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 cohærent; 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, etiamſi in partem, (dummodo certam & diviſam) non autem ad omnia reſpondeas. *l.* 1. §. 4. Quo igitur pertinet? Ad ſpeciem illam alteram, cui & ſubjicitur, cum ſcilicet reſpondetur mutata interrogationis forma, conditione aut die obligationi adjecta vel detracta; quo caſu alias in totum vitiaretur ſtipulatio, ſive plus ſive minus promittatur: quoniam neutiquam congrua illa reſponſio, quæ aliam formam & qualitatem obligationis facit. VINN. Immo *l.* 1. §. 3. omnino videtur ad eum caſum pertinere ſi ſtipulanti res plures vel pauciores ſpondemus, quam rogavit. Exemplum eſt apud Plaut. *in Trinum. Act.* V. *ſcen.* 2. *v.* 33. ubi quum Charmidas interroganti Lyſiteli: *Sponden' ergo tuam gnatam uxorem mihi?* reſponderet: *Spondeo, & mille auri Philippum dotis:* Lyſiteles ſtipulationem repetit, quia ſtipulatori diverſitas reſponſionis illico non placebat. Et tamen plus promiſerat Charmidas quam fuerat interrogatus. HEIN. Cæterum quia hic circa 6
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, debeatur. D. Tulden. *comm. hoc tit. cap.* 2. Conditio 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 Sti-

chum

chum 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 daturum te spoponderis, 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 respondetur servata stipulationis forma, *d. l.* 83. §. 2. *d. l.* 1. §. 3. In summis vero etiam hic, quod minus recte sponderi intelligitur, *d. l.* 83. §. 3. Fuse Don. *ad d. l.* 1. §. 3. 4. 5. sed melius ad *l. scire.* 29. *eod. sub fin.* Gomez. 2. *resol.* 10. *num.* 4. Hodie postquam vis pacti & stipulationis exæquata est, non usquequaque 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 vitiari obligationem, sed valere saltem in summam minorem: quoniam hactenus apte atque ad interrogatum responsum est.

7 Non est existimandum, id negare Imperatorem, cum hic ita proponit, *inutilem esse stipulationem, si quis ad ea, quæ 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, & hanc stipulationem hactenus 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. sive is Anianus fuit, sive quis alius, nihil moror. Plane alia ratio est contractuum oneroforum, in quibus quid vicissim præstandum est, veluti in emptione & locatione, ubi qui decem pro pretio aut mercede 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 pure stipuletur, tu sub conditione promittas, vel contra] Exemplum stipulationis, quæ ideo inutilis, quia respondetur 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 præivit, ita respondisse intelligitur. Quid si interrogatus, *Dabis?* responsum personaliter, *Dabitur?* Puta, recte atque ad interrogatum responsum videri debere, *arg. d. l.* 1. §. 2. *de verb. obl.* neque obstat *auth. si quando. C. de const. pecun.* ubi Justinianus cavet, ne obligetur de pecunia constituta, qui ita dicit, *Satisfiet 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.* 8

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 furt.* 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.*

Filiifam. 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.* τοῖς δούλοις οὐκ ἔστι μετουσία πολιτείας. Liban. *dec.* 16. At filiifam. extra patrem & causam mutui etiam civiliter, ut reliqui cives, *l.* 39. *de obl. & act. l.* 57. *de jud. l. ult.* §. 2. *de verb. obl.*

COMMENTARIUS.

QUi stipulatur ab eo, quem in potestate habet, cujusve ipse est in potestate, nihil agit: cujus rei ratio petenda ex eo, quod superius diximus *sub* §. 4. *hoc tit.* 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. *tit. 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.* 56. §. *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 stipule-

puletur, 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 ἐνότης illa una cum veteris patriæ poteſtatis effectu exolevit.

Filii vero familiarum aliis 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. tit. quod cum eo, qui in alien. poteſt.*

TEXTUS.

De muto & 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.

CUm 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 mutus & 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.* Etenim quod ſervus ſtipulatur, id domino volenti recte acquirit, cui etiam nullo ejus juſſu præcedente acquireret, atque adeo invito. §. *item vobis. 3. 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 jubebunt? 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. diſcretis. 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.* VINN. Prius non Juſtinianus, ſed Celſus dixit, forte ex philoſophi alicujus veteris traditione, quales traditiones de rebus naturalibus ſæpe fallunt. Experimento quodam rem firmare voluit Caſp. Schott. *Schol. Steganogr. Claſſ. VIII. cap. 17. Annot. 2. p. 339.* ſed fides ſit penes auctorem. Magis certum eſt ſurdum à nativitate articulatam vocem edere poſſe. Artem hic ſuperare naturæ vitium exemplis pluribus mihi conſtat. Conf. Præceptoris, & μακαρίτου Sam. Strykii *de Jure ſenſ. Diſſ. IV. cap. 1. §. 21. p. 223.* HEIN.

TEXTUS.

De furioſo.

8. *Furioſus nullum negotium gerere poteſt quia non intelligit, quod agit,*

COMMENTARIUS.

VErbis 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 pact.* Proinde quicunque animum habent voluntatis & judicii expertem, hi non magis ex ſtipulatu, quam ex quovis alio contractu obligari poſſunt. In hoc genere ſunt furioſi, mente capti, prodigi, 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 furore non corripitur: 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 acquirat, *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. furioſi. 40. de reg. jur.* Obiter hic illud admonendi ſumus, quod furioſus geſſit in intermiſſione furoris, ratum haberi, neque ullum negotium antea recte geſtum furore poſtea interveniente perimi, §. 1. *ſup. quib. non eſt perm. fac. teſt. l. 9. C. qui teſt. fac. & ibi DD.*

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*

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 infantiæ proximus eſt, non multum à furioſo diſtant: quia hujuſmodi ætatis pupilli nullum habent intellectum. Sed in proximis infantiæ 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. Macrob. 1. *in Somn. Scip.* 6.

Infantiæ proximus] Qui ſeptennium egreſſus adhuc conſiſtit intra 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 infantiæ quis dicatur, & quando ita appellari deſinat, vocarique incipiat pubertati proximus?*
3. *Iterum de infante & infantiæ proximo.*
4. *De proximis 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?*

PUpillus 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.* Cæterum, 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 intelligetur. 1 Ætatis pupillaris tres ſunt partes ſive gradus. Eſt infans; eſt infantiæ proximus; eſt proximus pubertati. Infans dicitur, quaſi fandi impos. Atque hæc duo idem valent, infans, & qui fari non poteſt: ſicut ex converſo per eum, 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. & act. l. mulier.* 70. *de verb. obl. l.* 6. *rem pup. ſalv. for. l.* 5. *de reg. jur.* At enimvero 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. infanti.* 18. *C. de jur. delib. d. l.* 1. §. 2. *de adm. tut. l.* 14. *de ſponſal.* Etſi enim, qui ſeptem annos nondum natus eſt, natura fari poteſt, tamen jure id facere non poſſe exiſtimatur; quoniam quid loquatur, non intelligit. Proximus infantiæ dicitur, qui ſeptennium 2 nuper ſuperavit, ἑπτάετης, ſeptuennis. Macrobius 1. *in Somn. Scip. cap.* 6. *Anno ſeptimo plene 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 infantiæ faciunt annum duodecimum completum, Pet. Fab. *ad d. l.* 5. *de reg. jur.* Rævard. *ad l. pupillum.* 111. *eod.* Alii annum decimum tertium, Hotom. *hic.* Robert. 2. *recept. lect.* 17. Quibuſdam pubertati proximus dici incipit, qui vel decimum tertium, vel decimum quartum annum attigit. Cujacio, cui ad pubertatem ſemeſtre 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 infantiæ proximus: qui hanc egreſſus conſiſtat intra poſteriorem, is dicatur proximus pubertati; quia revera huic ſit proximior, quam infantiæ. Itaque pupillum proximum infantiæ eum haberi, qui ſeptem annis major conſiſtat adhuc intra annum decimum & dimidium: qui exceſſit, eſſe proximum pubertati. Pupillam autem infantiæ proximam eam eſſe, quæ infantiam egreſſa, conſiſtat intra annum nonum & dimidium: quæ eam ætatem exceſſit, eſſe pubertati proximam. Idem cenſent Bart. & Caſtr. *in d. l.* 1. *de novat.* communemque hanc eſſe ſententiam teſtantur Decius *ad d. l. pupillum.* 111. *de reg. jur.* Vigl. *in* §. *teſtes.* 6. *ſup. de teſt. ord.* Gomez. 3. *reſol.* 1. *n.* 57. Schneid. *ad pr. ſup. de auct. tut. n.* 12. *& ſeq.* Sunt denique, qui judicis poteſtati & arbitrio hoc committendum exiſtimant, ut is non tam ex ætate, quam captu & aſtutia impuberis æſtimet, qua ætate vel infantiæ 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 Joan. Fab. *hic.* & Salic. *ad l.* 7. *C. de pœn.* eamque probant Dec. Vigl. *citatis loc.* Coraſ. 6. *miſc.* 23. Covar. *de matr. p.* 2. *c.* 5. *n.* 7. Menoch. 2. *arbitr. c.* 57. *n.* 20. *& ſeqq.* Gœdd. *de contr. ſtip. c.* 7. *n.* 185. *& ſeqq.* Philipp. Matth. *ad l. fere.* 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 infantiæ, & 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 medietas.

Infans & infantiæ proximus non multum à furioſo] 3 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, judiciumque 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 infantiæ proximo hic dicitur, nullum eum habere intellectum: in *l.* 9. *de acq. hær.* 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 infantiæ 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 & infantiæ proximi cum mica ſalis 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 infantiæ 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 infantiæ proximus, ſponſalia contrahere, item ſine auctoritate tutoris incipere poſſidere queat, quam quod ea ætas jam aliquem intellectum habere credatur, ut diſerte teſtantur Juriſconſulti *l.* 14. *de ſponſal. l.* 1. §. *furioſus.* 3. *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. hær. & hoc text.* ſciamus, in aliis adhuc differentiam manere; veluti quod, qui tam impubes eſt, ut adhuc infantiæ ſit proximus, expers doli & injuriæ habeatur, quorum & pœnæ 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 furt. l.* 13. §. 1. *de dol. mal.* Gomez. 3. *reſol.* 1. *num.* 57. Et cum infantiæ 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
4 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 conventione ſua 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 infantiæ proximus ſeparatur à proximo pubertati, quod ille non intelligat, quod agitur, hic intelligat; ille doli expers ſit, hic capax. Nam quod generaliter de impuberibus omnibus Juſtinianus pronuntiat, nullum eſſe eorum animi judicium, §. 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 judicium requiritur, quam in ullam partem pupillaris 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. dies leg. l. ſi pupillus.* 21. *ad leg. Falc. l. Stichum.* 95. §. 2. *de ſolut.* Idemque & effecta huſc obligationi jure civili tributa arguunt; veluti quod fidejuſſor acceptus pro eo, quod pupillus promiſit, 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 corruit 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 fit 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 ſolutum 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 conventione naſcitur, potiſſimum cernitur in jure compenſandi & 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, aliiſve 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
5 naturali obligantur puberes minores 25. annis. Quippe qui ſi curatorem non habent, etiam jure civili ex conventione ſua obligantur, 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 int. reſt. min.* cui è diametro obſtare videtur *l. puberes.* 101. *de verb. obl.* niſi dicamus, verbum *ſuis* in *d. l.* generalem tantum reſpectum curatorum & adultorum, tanquam correlatorum, exprimere. Modeſtinus haud dubie Græce ſic ſcripſit, ἔφηβοι οἱ ἄνδρες γεγονότες, &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

in horum locorum conciliatione, vid. *d. c.* 14. *de pact.* Ubi *num.* 16. probo ſententiam Tim. Fabri *anniverſ. diſput.* 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 præſentia: ut intelligamus, hoc inter impuberes puberesque intereſſe, quod tutor in ipſo negotio præſens eſſe, & ſtatim auctor fieri, debeat; *l.* 9. §. *penult. de auct. tut.* curatoris autem conſenſus etiam poſtea accedens, atque ejus etiam, qui præſens non fuit, ſufficiat. VINN. Acuta hæc, ſed parum ſolida. Modeſtinum hæc Græce ſcripſiſſe, æque incertum eſt, ac quod ſcripſerit: οἱ ἄνευ κηδεμόνων. Nec principiis juris ſatis convenit commentum Timæi Fabri, quia ſic minor facile poſſet curatori ſuo illudere, & quaſcumque contrahere obligationes, modo eo abſente promitteret. Veriſſimum itaque eſt, pupillum ſine tutore naturaliter quidem, ſed non civiliter: minorem ſine curatore & naturaliter & civiliter obligari, ejuſque rei conſultiſſimam hanc eſſe rationem, quod tutor perſonæ: curator rebus datur. Unde & minor non reſtituitur, niſi in rebus ſuis detrimenti quidquam paſſus ſit. Luculenter hanc minorum obligationem præter *l.* 101. *ff. de V. O.* probat *l.* 43. *ff. de V. O.* Adde quod & jusjurandum deferre poteſt, *l.* 9. §. 4 *ff. de jurej.* & ex confeſſione ſua tenetur. *l.* 6. §. *pen. de confeſſ.* Eleganter & ſolide hæc demonſtravit vir ampliſſimus Zachar. Hub. *Diſſ. de obligatione puberum*, ubi & *l.* 3. *C. de in integr. reſtit.* his principiis non adverſari docet capite VII. HEIN.

6 *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 fari poſſe cœperit, obligetur auctore tutore. Sed ſciendum, tutoris & patris, pupilli & impuberis, qui in poteſtate eſt, diſſimilem eſſe rationem. Pupillus non tutori, 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.* §. *ſin autem.* 4. *in fin. C. de bon. quæ lib. &c.* Et ita utimur.

TEXTUS.

De conditione impoſſibili.

10. *Si impoſſibilis conditio ſtipulationibus adjiciatur, nihil valet ſtipulatio. Impoſſibilis autem conditio habetur, cui natura impedimento eſt, quominus exiſtat; veluti ſi quis ita dixerit*, Si digito cœlum attigero, dare ſpondes? *At ſi ita ſtipuletur*, Si digito cœlum 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 cœlum non attigero] Hæc ſtipulatio non continet conditionem impoſſibilem, ſed ἀναγκαίου τι. Nam cujus affirmatio eſt impoſſibilis, ejus negatio eſt neceſſaria. Ariſtot. περὶ ἑρμ. *cap. pen.* conſentiunt JCti, *l.* 7. *&* 8. *eod.*

COMMENTARIUS.

1. *Cujus affirmatio impoſſibilis, ejus negatio neceſſaria.*

EX 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: ſiquidem 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 mendi detrahitur, & pro non ſcripta habetur, *l.* 1. *de cond. inſt.* vid. *ſup.* §. *impoſſibilis.* 10. *de har. 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. continuus.* 137. §. *cum quis.* 6. *de verb. obl.* De turpi ſtipulatione ſeparatim agitur inferius §. *quod turpi.* 26. *hoc tit.*

Si digito cœlum 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

si per rerum naturam fieri non potest, conditionem habet impossibilem: sin potest, possibilem: quod si etiam fieri non potest, quin eveniat, necessariam. Itaque hæc stipulatio, *Si digito cœlum non attigero, dare spondes?* non continet conditionem impossibilem, ut prior illa in faciendum concepta, *Si digito cœlum tetigero:* sed necessariam, & quam certum est extituram
1 esse. Thom. *in* 4. *distinct.* 29. *art.* 3. *q.* 3. Nam cujus affirmatio est impossibilis, ejus negatio est necessaria, ex regula Dialecticorum. Arist. *de interp. 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 inferatur stipulationi, *Si digito cœlum non attigero*, pure contractam obligationem intelligi, & protinus ex ea agi posse. Consentiunt 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 litium contentiosis hominibus præstabat, forte post tempus tales allegationes opponentibus, & non præsentes fuisse vel se vel adversarios suos contendentibus: ideo nostra constitutio propter celeritatem dirimendarum litium introducta est, quam ad Cæsarienses advocatos scripsimus; per quam disposuimus, tales scripturas, quæ præsto 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.*

NOTÆ.

11. *Toto eo die, &c.*] Igitur quod dicitur, factum negantis per rerum naturam probationem nullam esse, *l.* 23. *C. d. t.* 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 constit.* in l. 14. C. de contr. stip.
3. *Probatio negativa arctata loco & tempore.*

Inter absentes concepta inutilis est] Si stipulatio confici non potest, ut aliquoties dictum est, nisi utroque loquente & altero alterum audiente, perspicuum est, absentem 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 quæ.* 57. *de* 1
don. inter vir. & uxor. ubi profert epistolam, qua continetur sponsio absenti viro ab uxore absente missa: intelligi enim debet stipulationem antea inter præsentes conjuges interpositam fuisse, ut est lex & conditio stipulationis, cujus inter præsentes interpositæ 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 præsentes stipulatio fieri potest, occasionem litis caperent homines contentiosi, objiciendo, se vel adversarium suum, quo die stipulatio celebrata dicitur, absentes fuisse, nec satis expeditum esset, actorne stipulationem factam esse affirmans, partium præsentiam, an reus factam negans, suam vel adversarii absentiam probare deberet, Justinianus hujusmodi litium materiam constitutione sua amputavit, quæ extat in *l. optimam.* 14. *C. de cont. stip.* Vo- 2
luit fidem haberi scripturæ, idoneæ nempe ad probandum, qua continetur, partes præsentes 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 judici fidem faciat. Per *l. precibus.* 18. *C. de probat. DD. ad d. l. optimam.* 14. *C. de contr. stip.*

Scripturas tales esse credendas] Id est, veras esse præsumendum. Quæ tamen præsumptio non est juris & de jure, ut loquuntur, cum adversus eam admittatur contraria probatio: sed juris tantum. Atque hanc pro instrumento præsumptionem interpretes appellant præsumptionem veritatis, eo quod verum esse præsumitur & creditur, quod in instrumento scriptum est, donec contrarium probetur. Est enim pro instrumento & alia præsumptio, quæ dicitur solennitatis. De qua *inf.* §. *si scriptum.* 16.

Toto eo die, quo conficiebatur instrumentum] Facti, quod 3
tempore & loco circumscribitur, negatio probari potest; veluti si, quod me Lugduni promisisse, aut mihi numeratum fuisse dicitur Calendis Januariis, id me promisisse aut mihi numeratum esse negem, quia eo die Romæ 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 præterea. Quod si quis prius aliquid affirmet & probet, unde id, quod negat, per necessariam consequentiam colligatur, hac ratione etiam id, quod negat, probari videtur: quanquam ne sic quidem revera quicquam probat, quatenus negat, sed quatenus affirmat tan-

tantum. DD. *in d. l. actor.* 23. *C. de prob.* Duar. *cap.* 4. *de probat. in poſt. comment.* Donell. *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, à quo ſtipulabatur. Ac nec is, qui in alicujus poteſtate eſt, poſt mortem ejus ſtipulari poterat: quia patris vel domini voce loqui videretur. Sed & ſi quis ita ſtipuletur:* Pridie quam moriar, *vel,* Pridie quam morieris, dare ſpondes? *inutilis erat ſtipulatio. Sed cùm, 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 propoſitæ olim pro inutilibus habitæ?*
2. *Qua ratione motus Juſtinianus jus vetus mutarit?*

1 OLim nemo ſtipulari poterat poſt mortem vel ſuam vel promiſſoris ſibi dari: cujus rei hæc una & vera ratio eſt, quod ita jus erat, ut obligationes & actiones, quæ non cœperant à defuncto vel contra defunctum, à perſona hæredis vel contra eum non inciperent: quaſi in his nec defunctum repræſentaret: eandemque ob cauſam etiam poſt mortem hæredis aut legatarii inutiliter legabatur, §. *poſt mort.* 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, dabis?* incidere in ſpeciem præcedentem, cum quis poſt mortem aut ſuam aut promiſſoris ſtipulatur, propterea quod illud pridie certo ſciri ac definiri non poteſt, niſi poſt reorum mortem. Qua de cauſa hujuſmodi quoque legatum, *Pridie quam hæres aut legatarius morietur*, inutile eſſe cenſebant. *d.* §. *poſt mortem.* 35. *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. C. ut act. ab hær.* In hujus juris 2
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 hac ratione efficitur, ut & hæc quoque ſtipulatio, *cum moriar*, vel *cum morieris, dabis?* apud veteres inutilis fuerit, contra §. *ita autem.* 14. *inf. eodem*, & tale legatum; *Hæres meus poſt mortem ſuam Titio centum dato*, utile, arg. eorum, quæ notavimus ad calcem §. *locu.* 5. *ſup. de verb. obl. & ad* §. *impoſſibilis.* 10. *ſup. de hæred. inſtit.*

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 inclytæ 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.

STipulationes hoc modo aut ſimili conceptæ; *ſi navis cras venerit, hodie dare ſpondes?* præpoſteræ dictæ ſunt: quoniam qui ita ſtipulatur, filiam vult naſci ante matrem, id eſt, obligationem conſtitui ante eventum conditionis; quod eſt ὕστερον πρότερον, cum in omni ſtipulatione conditionali obligatio ex eventu conditionis pendeat, §. 4. *ſup. de verb. obl.* Itaque hujuſmodi conceptiones, ut futiles, & 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 præpoſteram 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 & Theoph. ἐὰν ἡ ναῦς αὔριον ἔλθῃ ἀπὸ Ἀσίας. Et quamvis quidam codices non habeant verbum *cras*, eo tamen addito clarior fit præpoſteratio. Pac.

Sed quum Leo inclytæ recordationis] Cum præpoſteræ ſtipulationes in dotibus à Leone admiſſæ 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 inve 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. qua de re olim quæſitum. Gell. 6. *c.* 13.

15. *Poſt mortem alterius*] In hac formula, *poſt mortem Titii dare ſpondes?* apertè ceſſat ratio, ob quam placebat ſtipulationem poſt mortem contrahentium conceptam non valere: ideoque nunquam improbata fuit.

COMMENTARIUS.

AUctores noſtri ex ſententia quorundam philoſophorum (vid. Gell. *lib.* 6. *cap.* 13.) momentum moriendi vitæ potius, quam morti dandum cenſuerunt: cui conſequens eſt, ut 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 hujuſmodi, *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 mori; ſed vitæ attribuatur, 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 morientur. *l. quodcumque. 45. §. 1. de verb. obl.*

Poſt mortem alterius] Stipulatio quoque hoc modo concepta, *Poſt mortem Titii dare ſpondes?* nunquam improbata 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 extiturum eſſe, etſi ignoretur quando, in contractibus conditionem non facere, neque hujuſmodi ſtipulationes, *cum moriar, cum morieris, cum Titius morietur*, jure conditionalium cenſeri, 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 quæſita fuit.

TEXTUS.

De promiſſione ſcripta in inſtrumento.

16. *Si ſcriptum in inſtrumento fuerit, promiſiſſe aliquem, proinde habetur, atque ſi interrogatione præcedente reſponſum ſit.*

COMMENTARIUS.

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, promiſiſſe 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, fidejuſſiſſe aliquem, præſumitur, id factum rite atque utiliter, interpoſita ſcilicet ſtipulatione. §. *ult. tit. ſeq.* Cæterum adverſus hoc quoque genus præſumptionis contrariam admitti probationem, verius eſt, *l. juris gentium. 7. §. quod fere. 12. de pact.* Donell. *ad d. l. ſciendum. 30. de verb. oblig.*

TEX-

TEXTUS.

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 ſpoponderit, obligatio in iis, pro quibus ſpoponderit, contrahitur. Ex pluribus enim ſtipulationibus una vel quædam videntur eſſe perfectæ: ſingulas enim res ſtipulari, & ad ſingulas reſpondere debemus.*

NOTÆ.

17. *Propter omnes tenetur*] Sive univerſæ verbo collectivo in ſtipulatum deductæ ſint, veluti, *Quadrigam illam dare ſpondes?* ſive nominatim ſingulæ, veluti, *Stichum, Pamphilum & Erotem 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 ſpoponderit] *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 purè promittit, mutata forma interrogationis. *v. ſup.* §. 5.

Et ad ſingulas reſpondere] Quarum ſc. præſtatione adſtringi volumus: neque enim indiget hic locus emendatione Hotomanni.

COMMENTARIUS.

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 improbata.*

RES plures duobus modis una conceptione in ſtipulatum deducuntur: vel nominatim, ut verbis ſtipulationis ſingulæ exprimantur, veluti, *Stichum & Pamphilum dare ſpondes? Decem & quindecim dabis? Servum fugitivum non eſſe, erronem non eſſe, furem non eſſe, ſpondes?* vel collectim, ut verbo uno generali ſive communi res plures ſignificentur, ut, *Summam illam*, aut *Acervum illum pecuniæ dabis? Quadrigam*, aut *Familiam*, aut *Lecticarios dabis?* Illic plures intelliguntur eſſe ſtipulationes, tot videlicet, quot ſunt ſummæ 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.* 1 *Titia.* 134. §. *ult. de verb. obl.* De poſteriore ſpecie nullum dubium eſt, quin promiſſore ſimpliciter reſpondente, *Dabo*, obligatio rectè conſtituta ſit. De priore 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 præivit. §. *præterea.* 5. *ſup. eod.* Itaque intelligendum eſt, etiam, in una illa reſponſione plures eſſe reſponſiones. Extat apud Livium *lib.* 1. *cap.* 38. deditionis Collatinorum hæc formula: *Deditisne vos populum Collatinum, urbem, agros, aquam, terminos, delubra, utenſilia, divina 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 ſpoponderis, teneris in hunc unum: quia ad unam ex duabus ſtipulationibus videris reſpondiſſe. *l. inter.* 83. §. 4. *de verb. obl.* Diverſa 2 cauſa eſt rerum plurium disjunctim in ſtipulationem deductarum; veluti ſi ſtipulante me Stichum aut Pamphilum, tu unum te daturum ſpoponderis: hic enim quia mutata qualitate ſtipulationis reſpondes, purè promittens, quod ſub conditione ſtipulatus ſum, vitiatur tota obligatio, *d. l. inter.* 83. §. 2. junct. *l.* 1. §. 3. *eod.* In pluribus tamen ſummis hic quod minus eſt ſponderi intelligitur, *d. l. inter.* 83. §. 3. dixi *ſup.* §. *præterea.* 5. *hoc tit.*

Et ad ſingulas reſpondere debemus] Siquidem in res 3 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.*

TEXTUS.

De pœna adjecta ſtipulationi, alii dari.

18. *Alteri ſtipulari (ut ſupra dictum eſt) nemo poteſt. Inventæ 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 pœnæ ſtipulatio etiam ei, cujus nihil intereſt. Pœnam enim cum ſtipulatur quis, non illud inſpicitur, quod interſit ejus, ſed quæ ſit quantitas in conditione ſtipulationis. Ergo ſi quis ita ſtipuletur.* Titio dari? *nihil agit. Sed ſi adjecerit pœnam.* Niſi dederis, tot aureos dare ſpondes? *tunc committitur ſtipulatio.*

NOTÆ.

Nihil intereſt ſtipulatoris] Pecuniariter ſc. Affectio-

ni autem tantum tributum non eſt, ut propter eam extraneo obligatio acquiratur.

COMMENTARIUS.

1. *Etiam inutili ſtipulationi pœnalem ſubjectam valere.*
2. *Pœnam committi etiam ei, cujus nihil intereſt.*
3. *Quantacumque pœna promiſſa ſit, tantam deberi.*
4. *Citramontanorum circa hunc articulum reſtrictio.*

QUI alteri dari aut fieri ſtipulatur, neque ſibi obligationem aut actionem acquirit, quia ſibi ſtipulatus non eſt; neque alteri, quia hoc pugnat cum fine 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: qua 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, qua quod alteri ſtipulando recta 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 promiſit, cum ſi id ita factum non ſit, committatur pœnæ ſtipulatio etiam ei, cujus nihil intereſt.

Pœnam ſtipulari conveniet] Tria hoc loco & *d. l. ſtipulatio.* 38. §. *alteri.* 17. 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 interſit 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, 1 videndum eſt. Adverſus primum objici poteſt, quod pœnæ ſtipulatio videtur pendere ex priore, cui ſubjicitur, ejuſque eſſe acceſſio quædam & ſequela: ideoque priore 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 æquè 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 impoſſibili 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.* 69. *de verb. oblig.* Alterum quod 2 hic diſcimus, eſt, quod pœna committatur etiam ei, cujus nihil intereſt; intellige cujus nihil intereſt alteri dari aut fieri: utique enim pœnam 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 affici hominem, hominis intereſt.* Reſpondeo, propriè id, quod intereſt, ſignificat, quod noſtra intereſt pecuniariter: ſic enim definitur, *quantum nobis abeſt, quantumque lucrari potuimus, l.* 13. *ratam rem hab.* Non lucramur, non conſequimur, niſi quod pecuniam noſtram & patrimonium augeat. Unde intelligimus, abuſivè dici intereſſe noſtra, cum ex ſola affectione intereſt: cui affectioni tantum jure tributum non eſt, ut propter eam extraneo obligationem acquiramus. Poſtremum eſt, 3 quod quantacumque pœna fuerit, tanta debeatur & peti poſſit. Hoc ex eo intelligimus, quod dicitur in pœnali ſtipulatione non inſpici, quid interſit, ſed quæ ſit quantitas & conditio ſtipulationis, hoc eſt, id ſolum, quanta pecunia in ſtipulatum deducta ſit, & utrum conditio pœnæ extiterit, necne: quorſum, niſi ut ſi extiterit conditio, ea pecunia, quantacumque ſit, præſtetur? Igitur etſi duplo, triplo aut etiam quadruplo plus comprehenſum ſit ſtipulatione pœnali, quam efficit id, quod alteri dari aut fieri debuit, valebit nihilominus ſtipulatio. Non enim uti pœnis legitimis certus modus conſtitutus eſt, ut ne excedant 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. prat.* Non obſtat quod conſtitutum eſt, ne promiſſor ultra duplum periculum ſubeat. *l. unic. C. de ſentent. quæ pro eo quod int. prof.* Quantumcumque enim eſt, quod in ſtipulatione pœnali promittitur, ſimplum tantum eſt, non duplum, triplum, &c. alterius rei, cum ad id quod intereſt, aut alterum ſimplum non referatur. Donell. *lib. de eo quod int. circa fin.* & in *d. l. ſtipulatio.* 38. §. *alteri.* 17. *n. ult.* Cæterum hanc ſen- 4 tentiam Citramontani exiſtimant tunc ſolum procedere, cum pœnali ſtipulatione certa quantitas expreſſa eſt; ſecus autem eſt, ſi, ut loquuntur, pœna fuerit promiſſa per nomina multiplicativa, veluti *Tabulam mihi pingere ſpondes? Si non pinxeris, triplum*, aut *quintuplum dare ſpondes?* Hic volunt, pœnam reduci ad id, quod intereſt; quia manifeſtè ad priorem ſtipulationem fit relatio, neque aliud triplum aut quadruplum &c. conſiderari poteſt, quam ſimpli ejus, quod in priorem ſtipulationem deductum fuit: itaque non poſſe ultra duplum exigi, per *d. l. un. C. de ſent. quæ pro eo quod int.* aut certè non poſſe ultra quadruplum pœnam extendi, per *l. ſi dictum.* 56. *de evict.*

Tunc committitur ſtipulatio] Id eſt, tunc committi poteſt, videlicet ſi non dederis. Nam committi tum demum ſtipulatio conditionalis dicitur, cum conditio extiterit, & pecunia deberi cœpta eſt, §. *ſub conditione.* 4. *ſup. de verb. obl.*

TEX-

TEXTUS.

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 cœperit, ceſſerit adminiſtrationem contutori ſuo, & ſtipuletur rem pupilli ſalvam fore, quoniam intereſt ſtipulatoris fieri, quod ſtipulatus eſt, quum obligatus futurus ſit pupillo, ſi malè 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 pœna committatur, vel prædia diſtrahantur, quæ pignori data erant, valet ſtipulatio.*

NOTÆ.

19. *Cum ejus intereſſet*] *d. l.* 38. §. 20. Ratio perſpicua, quia tum non tam alteri, quam ſibimetipſi ſtipulari videtur. *l.* 118. §. *ult. eod.* Ideoque & ſibi actionem acquirit, 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 cedit, 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.

COMMENTARIUS.

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 acquiritur ei, in cujus perſonam ſtipulatio collata eſt, *in explicatione* §. 4. *hoc tit.* Hic poſteriorís partis exceptio proponitur, & tres caſus ſive exempla proferuntur, quibus is, qui alteri dari ſtipulatus eſt, ſibi actionem acquirit. 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.* 38. §. *ſi ſtipuler.* 20. Ubi Marcellus ait, valere hanc ſtipulationem, obligationemque parere ſtipulatori, quia ſtipulatoris intereſt fieri, quod ſtipulatus eſt: quippe qui periculum & exitum illius adminiſtrationis præſtet. Etenim qui tutelæ adminiſtrationem contutori cedit, non liberatur periculo tutelæ, ſed pupillo, ſi malè res geratur, obligatus manet. *l.* 3. §. 2. *de admin. 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 interſit, puta ne vel pœna, ſub qua pecuniam certa die debebat, committatur, vel bona diſtrahantur, quæ pignori dederat, & propter moram diſtrahi poterant. *d. l. ſtipulatio.* 38. §. *unde.* 23. *d. l. liber homo.* 118. §. *ultim. eodem.* Sunt & aliæ perſonæ, per quas ratione officii placet etiam alteri actionem utilem acquiri, vid. *ſup.* §. 4. *num.* 2. *eod.* VINN. Alia hujus rei exempla, hanc doctrinam egregie illuſtrantia exſtant in *d. l.* 38. §. 20. *ſequ. ff. de V. O.* HEIN.

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.

FActi 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 promoverat. Sed aſſentior iis, qui contra ſentiunt, *arg. l. ſancimus.* 26. *C. de fidejuſſ. d. l. ſtipulatio.* 38. §. 2. & *hujus text.* 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 ſatiſd. cog.* atque ob hanc ipſam difficultatem promiſiſſe videtur id, quod in poteſtate ſua habet, hoc eſt, pœnam. vid. Fachin. 3. *contr.* 20. Diod. Tuld. *in comm. hic. cap.* 5.

TEXTUS.

De re ſtipulantis futura.

21. *Item nemo rem ſuam futuram, in eum caſum, quo ſua ſit, utiliter ſtipulatur.*

COMMENTARIUS.

QUemadmodum 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. *inſ. de act.* & tralatitium eſt, actum in id tempus inutiliter conferri, quo pure 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 à te quis ſtipulatus fuerit, tu de Pamphilo ſenſeris, quem Stichum vocari credideris.*

NOTÆ.

22. *Tu de Pamphilo*] Hic non ſimplex in nomine error eſt, ut putat Schol. Theoph. 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 obſtet, aut non obſtet?*
2. *Quid, ſi non in ipſo corpore, ſed in materia rei erratum?*

SÆpe 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 juriſd. 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 juriſd. & d. l.* 2. *de judic. fac. l.* 9. *pr. de hær. inſt.* 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.*

2 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.*

COMMENTARIUS.

STipulationes 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 apertè 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 inut. 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 abſtineas. *l. jurisgentium.* 7. §. 3. *de pact.* VINN. Nec magis valent quæ legibus civilibus duntaxat prohibentur, veluti ſtipulatio pœnæ, ſi quis uxorem hanc non duxerit. *l.* 134. *pr. ff. de V. O. l.* 2. *C. de inutil. ſtipul.* ſtipulatio quotæ litis. *l.* 7. *ff. mand. l.* 53. *ff. de pact.* Non autem valere dicuntur, quia ipſo jure inutiles ſunt, quod copioſe contra Cujacium probavit Donellus. HEIN.

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. t.*

COM-

COMMENTARIUS.

HIc 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 rectè petet. Si fundum dari ſtipuleris, vel hominem, non poteris continuo agere, niſi tantum ſpatium præterierit, quo traditio fieri poſſit.*

NOTÆ.

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 inciviles, ſtatim cum ſacco venire creditorem. *l.* 105. *de ſolut.*

COMMENTARIUS.

DUo hic docemur. Primum eſt, quod obligatione in diem conſtituta ante agi non poſſit, quam totus ille dies præterierit. Alterum quod etiam ei, qui purè 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. *eod.*

TITULUS VIGESIMUSPRIMUS.

DE FIDEJUSSORIBUS.

Dig. lib. 46. *tit.* 1. *C. lib.* 8. *tit.* 41. *Nov.* 4.

Continuatio, & argumentum tituli.

OBligatur quiſque aut proprio nomine, ſive principaliter, aut nomine alieno, ſive acceſſoriè, 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. §. *tua 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. Conjunguntur 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 ſubjicitur 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 permiſte, quatenus obligetur, quaque forma conſtituatur?

TEXTUS.

Cur accipiuntur.

Pro eo, qui promittit, ſolent alii obligari, qui fidejuſſores appellantur: quos homines accipere ſolent, dum curant, ut diligentius ſibi cautum ſit.

NOTÆ.

Solent alii obligari] Acceſſoriè videl. 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.* & maximè, qui, quod alius debet, fide ſua eſſe jubet interpoſita ſtipulatione, de quibus ſolis hîc agitur: conjungatur *l. ult. C. de conſt. pec.*

COMMENTARIUS.

1. *Fidejuſſoris obligationem eſſe acceſſionem principalis.*
2. *Fidejuſſor idem, qui & adpromiſſor, expromiſſor alius.*
3. *Sponſores, prædes, vades.*

PRo eo, qui promittit, ſolent alii obligari] Intellige 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 1
alio obligetur, ut nihilominus ille alius obligatus maneat, ex eo intelligimus, obligationem fidejuſſoris eſſe acceſſionem quandam 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, fidejuſſores omni obligationi accedere poſſe.

Qui fidejuſſores appellantur] A juſſione & fide, ut 2
apparet ex formulis, quas paſſim legimus. Dicuntur & adpromiſſores, *l.* 5. §. 2. *de verb. obl. l. in omnibus.* 43.

de

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 juris 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. libert. 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.* 8. *de dol. mal. d. l.* 64. §. 4 *ſolut.*
3 *matr.* Veteres, quos noſtri fidejuſſores poſtea dixerunt, appellabant *ſponſores.* Cicero *ad Attic. lib.* 1. *Ep.* 8. *Tullio-la, noſtræ deliciolæ, tuum munus flagitat, & me ſponſorem appellat.* Et alibi; *Famil. lib.* 6. *Ep.* 18. *De negotio tuo, quod ſponſor es pro Pompejo, ſi Galba conſponſor tuus redierit,* &c. Species ſponſorum ſunt, qui dicebantur *prædes,* & item, qui *vades.* Prædes dicti, teſte Aſcon. Pædiano *Verr.* 3. *ſatisdatores locupletes pro re, de qua apud judicem lis 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, prædem dictum eſſe, quod interrogatus à populo ſi præs eſſet reſpondebat, Præs, ſupple, ſum. Præſeſſe antiquitus ſignificat præſentem eſſe, παρεῖναι. Unde ſupereſt participium Præſens. Quam notationem confirmat Auſonius, qui in ludicro dramate ſeptem Sapientum de Thalete loquens, ſic ait, Spondere qui nos, noxa quia præſeſt, vetat.* Idem Scaliger apud Varronem 5. *de ling.* ſic legendum exiſtimat; *Itaque præs, qui à magiſtratu interrogatus in publicum, an præſeſt; 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 Auſonio, vades appellati, qui dabantur in rebus criminalibus; prædes, qui in cauſis civilibus. Sic enim ille in *monoſyllab. Idyll.* 12.

Quis ſubit in pœnam capitali judicio? vas.
Quid ſi lis fuerit nummaria, quis dabitur? Præs.

Sed tamen quicunque pro altero vadimonium promittebat, etiam in re pecuniaria, vadem appellatum conſtat. vid. Hering. *de fidejuſſ. cap.* 3. *n.* 43. & *vai vai* Clariſſ. Salmaſ. *lib. de mod. uſur. c.* 16.

Ut diligentius ſibi cautum ſit] Fidejuſſores & pignora ſponſionum fideique funt vincula & firmamenta, *l.* 9. *in fin. de ſup. leg.* Senec. *de benef.* 7. 14.

TEXTUS.

In quibus obligationibus.

1. *In omnibus autem obligationibus adſumi poſſunt, id eſt, ſive re, ſive verbis, ſive literis, ſive conſenſu contractæ 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 à ſervo accipiat, ſive ipſe dominus in id, quod ſibi naturaliter debetur.*

NOTÆ.

1. *In omnibus obligationibus*] *l.* 1. *l.* 2. *l.* 8. §. 1. *l.* 16. §. 3. *h. t.* etiamſi obligatio ex delicto oriatur, *d. l.* 8. §. 5. *l* 56. §. *ult. l.* 70. §. *ult. eod.* utique ſi agatur civiliter: nam ſi criminaliter agatur ad coërcitionem corporalem, fidejuſſio inutilis eſt, *arg. l.* 13. *ad leg. Aq. 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. *h. t.* ut ut arctius hoc caſu aſtringatur fidejuſſor, quam reus. add. Theoph.

COMMENTARIUS.

1. *Fidejuſſorem pro omni obligatione ex contractu recte 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?*

OBjectum 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 improbata 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 perfidiæ in conjugio generetur, *l.* 1. *& 2. C. ne fidej. dot. dent. l.* 1. *C. Theod. de fidej. dot.* quamvis recentiorum nonnulli fidejuſſorem à marito eo nomine ultro datum obligari contendant. vid. Fachin. 8. *contr.* 76. Gail. 2. *obſ.* 84. Ant. Fab. *C. ſuo, d. tit. defin.* 1. Ant. Merend. 6. *contr.* 13. Chriſtin. *vol.* 3. *deciſ.* 141. VINN. Nolim tamen ego his auctoribus adſentiri, quum non modo rubrica tituli *C. ne fidejuſſ. dot. dent.* prohibitionem involvat, verum etiam *l. un. C. Th. de fidej. dot.* ex qua *l.* 1. *C. Juſtin. eod.* deſumta eſt, diſerte *omnium ſponſorum vel fidejuſſorum in cavenda dotis ſponſione promiſſiones deinceps abſolvat.* Accedit quod ratio hanc fidejuſſionem prohibendi æque in maritum ultro fidejuſſores dantem cadat, ac in eas, qui inviti dederint. Eadem enim abſurditas, eadem turpitudo, idem fidei ac amoris conjugalis contemtus hic verſa-

verſatur, ut recte monuit Harprecht. *ad h. §. n.* 11. Poteſt tamen pignus à marito pro dote dari, *l.* 7. §. 6. *ff. de don. int. vir. & ux.* quia hic alienam fidem uxor non ſequitur, ſed mariti. Poteſt & fidejuſſor accipi pro dote ab uxore promiſſa, ab alio expromiſſa. *l.* 55. *ff. de jure dot.* Poteſt denique ſatisdatio exigi de ſolutione dotis poſt certum tempus. *l.* 24. §. 2. *ff. ſol. matr.* Quemadmodum enim illo caſu maritus non uxoris, ſed tertii fidem in dubium vocat: ita hoc non de conſtante, ſed de ſoluto matrimonio agitur. HEIN. Sed etſi 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 hoc civiliter agatur, & ad pœnam pecuniariam: nam ſi agatur criminaliter & ad coërcitionem 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.* 13. *ad leg. Aquil.* neque juſtitiæ ratio patitur, eum, qui non deliquit, pœnam hujuſmodi ſuſtinere, *l. ſancimus.* 22. *C.*
3 *de pœn.* Alia vero quæſtio eſt, utrum reus criminis non uſque adeo atrocis, qui nondum convictus eſt, neque ſatis evidentibus indiciis 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 multentur, quanta ſcilicet vel cautione vel decreto magiſtratus comprehenſa eſt, aut ex conſuetudine inferri ſolet: alioqui magiſtratus arbitrabitur. Quod ſi dolo fidejuſſorum fiat, ne reus exhibeatur, graviori animadverſione extra ordinem coërceri 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.*
4 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 promiſit, 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.* Rævard. 2. *var.* 9. Robert. 2. *recept. lect. ult.* Cont. 2. *lect.* 3. Lyclam. 6. *memb.* 8. Quid ſi obligatio 5
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. Etſi enim ſummo jure ex nuda civili obligatione agi poteſt: tamen cum & actio inſtituta oppoſita perpetua exceptione elidatur, & tale debitum neque ſolutum 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 judicati, item jurisjurandi ab actore judice deferente præſtiti: atque hujus generis etiam ea eſt, quæ literarum dicitur. Nam ſi quis chirographo ſuo confeſſus eſt, ſe pecuniam mutuam accepiſſe, ea confeſſio, poſt ſilentium biennii, auctoritate juris pro veritate habetur, perindeque is, qui confeſſus eſt, ex eo tempore tenetur, ac ſi revera ei pecunia numerata ſit. De quo uberius *tit. ſeq.*

Utrum civilis] 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 obligetur] 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 *tit. præced.* §. *item inutilis.* 6.

TEXTUS.

De hærede.

2. *Fidejuſſor non tantum ipſe obligatur, ſed etiam hæredem relinquit obligatum.*

COMMENTARIUS.

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 etiamſi nulla in contrahendo hæredum

dum facta sit mentio, *l.* 13. *C. de cont. 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 lis contestata fuerit. *d.* §. 1. *inf. de perp. & tem. act. l. omnes.* 26. *l. sciendum.* 58. *de obl. & act. l. pœnalia.* 164. *de reg. jur. l.* 10. §. 2. *& ibi* Costal. *si quis caut. jud. sist.* Nam quoties principalis obligatio in hæredes debitoris transit, toties etiam fidejussoria transit in hæredes fidejussoris: at principali sublata evanescit & fidejussoria. VINN. Aliquando fidejussio in herede fit obligatio principalis, quæ in defuncto accessoria tantum fuerat, si nimirum fidejussor minori, pro quo fidejusserat, heres fiat. De quo casu intelligenda videtur *l.* 95. §. 3. *de solut.* ut non opus sit ibi emendatione Cujacii, pro *principalis* legentis *personalis*. Conf. Viri amplissimi Zach. Hub. *Diss. de Chirogr. Paulli cap.* 1. §. 6. *p.* 67. HEIN.

TEXTUS.

Si fidejussor præcedat, vel sequatur obligationem.

3. *Fidejussor & præcedere obligationem & sequi potest.*

COMMENTARIUS.

ET *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. constit.*

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 contestatæ 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 imputare 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 confidejussores 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 remissive.*
4. *Beneficium ordinis non pertinere ad fidejussores judiciales, &c.*
5. *Obligationem plurium fidejussorum non dividi ipso jure, sed ope exceptionis: & quid inter hæc interfit?*
7. *Conditiones, sub quibus beneficium divisionis conceditur.*
8. *Quando opponi debeat exceptio divisionis, quando ordinis?*
9. *Quando locus exceptioni cedendarum actionum?*
10. *Renuntiatione superiora beneficia amitti.*

PLures 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 *auth. hoc ita. 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 promisisse 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 possent. 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 portioni-

tionibus 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* 3 *pec. conſt.* Vim beneficii mox latius explicabimus. Noviſſime & aliud beneficium fidejuſſoribus tributum conſtitutione Juſtiniani *Nov.* 4. *cap.* 1. unde *auth. præſente. 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 judice 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. Vaſq. *illuſt. quæſt. 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. Fachin. 8. *cont.* 53. Ant. Fab. *C. ſuo. hoc tit. defin.* 3. Suprema apud nos Curia aliquando cenſuit, non eſſe, *deciſ.* 13. An ei competat, qui fidejubendo ſimul ſe debitorem principalem conſtituit, Gail. *d. lib.* 2. *obſ.* 28. Schneid. *ad hunc* §. 4 *num.* 11. Chriſtin. *vol.* 5. *deciſ.* 214. *num.* 46. Illud conſtat, fidejuſſores judicio ſiſti, & judicatum ſolvi, exceptionem ordinis non habere: quippe hujuſmodi ſtipulationes ex auctoritate prætoris interponuntur, ut judicium ratum ſit, *l.* 1. *de ſtip. præt.* contra cujus mentem foret, differri executionem judicati, *arg. l. in conventionalibus.* 52. *de verb. obl.* Ant. Fab. *C. ſuo. defin.* 5. *hoc tit.* Chriſtin. *vol.* 2. *deciſ.* 145. *n.* 7. *& vol.* 4. *deciſ.* 179. *n.* 25. Sed nec ille, qui pro naturaliter tantum obligato intervenit, hoc beneficio uti poterit. Gail. *d. obſ.* 27. *num.* 20. Conſule porro de beneficio ordinis DD. *in auth. præſente. 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] Etiamſi 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. *arreſt.* 23. Cæterum in hac diviſione hoc 5 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 nemo 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 & *d. l. inter.* 26. *l. ſi teſtamento.* 49. §. 1. *in fin. eod.* Deinde non aliter pluribus fide- 6 juſſoribus auxilium diviſionis indulgeri, quam ſi confidejuſſores ſint; id eſt, ſi ut ejuſdem ſummæ, ita ejuſdem quoque debitoris ſint fidejuſſores: inter plures diverſorum debitorum, licet ejuſdem ſummæ, 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 conventione ſua plures fidejuſſores acceperunt; pluribus fidejuſſoribus tutorum aut curatorum non competere, *l. ult. rem pup. ſalv. for.* ubi & ratio additur.

Solvendo ſunt litis conteſtatæ tempore] Duæ ſunt con- 7 ditiones, ſub quibus beneficium diviſionis fidejuſſoribus datur. Una eſt, ſi fidejuſſores non negent, ſe fidejuſſores eſſe. Inficiantibus 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 text. l. inter.* 51. §. 1. *eod.* Quod placet, in hac re ſpectari tempus litis conteſtatæ, id eo pertinet, primum ut ſciamus, ſi quis è 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 cœperint, quamvis ante ſententiam, eam rem ad onus ejus, qui ſolvendo eſt, non pertinere, *d. l. inter.* 51. §. *pen.* Illud hic quæſitum eſt, 8 quando exceptio diviſionis opponenda ſit, poſtulandumque, ut actio dividatur. Sed expreſſe 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. Sichard. *n.* 10. *& ſeqq.* Don. *n.* 2. *& ſeqq.* Ordinis vero & excuſſionis exceptio cum ſit dilatoria, ante litem conteſtatam opponenda eſt, vid. Ant Fabr. *C. ſuo hoc tit. defin.* 38. Fachin. 8. *contr.* 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: quanquam fateatur, omiſſam ex officio à judice ſuppleri non poſſe, add. D. Jo. à Sande *lib.* 1. *rer. jud. tit.* 7. *defin.* 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 impu-

imputet, quod beneficio ufus non fit: neque enim vel à creditore partem repetere poteft, quia ſolidum ipſo jure debuit, & humanitatem beneficii contempſit: neque ullam actionem habet adverſus confidejuſſores: denique nec pignora perſequi poteſt, quæ creditori 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 is.* 36. *l. ut fidejuſſor.* 39. *hoc tit. l.* 2. *l.* 11. *l. mandati.* 14. *C. eod. l. Modeſtinus.* 76. *de ſolut.* Quanquam 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 actionum 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. Sichard. *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, *l. pen. C. de pact.* Hinc cautio conſultorum creditorum uſitata notariis in inſtrumentis fidejuſſionis, ut qui fidejuſſores accipiuntur, renuntient beneficiis ordinis, excuſſionis & 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.*

NOTÆ.

Ut minus debeant, obligari poſſunt] Vel in minorem ſummam, quam quæ debetur à reo principali, vel alias in cauſam leviorem, *dict. 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. *Tranſpoſitione Haloandri in* l. 8. §. illud. 7. hoc tit. *everti ſententiam Ulpiani, falſamque effici ejus definitionem.*
4. *Explicatur* l. rogatus. 33. mandat.
5. *Conſtituti & fidejuſſionis quam diſſimilis ſit ratio?*
6. *Removetur obſtaculum ex* l. 1. §. ſi ſtipulanti. 4. de verb. obl.
7. *Media Bachovii ſententia non improbabilis, & quid hodie ad quæſtionem propoſitam reſpondendum.*

CUM fidejuſſores accipiantur firmandæ principalis obligationis cauſa, nihil prohibet, quominus efficacius obligentur, fortiorique vinculo conſtringantur, quam reus principalis, veluti per inſtrumentum garantigiatum ſeu paratæ executionis, per hypothecam, per jusjurandum, per pœnæ adjectionem, 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. *ſupr. eod.* In cauſam vero duriorem 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 intenſive obligari poteſt, extenſive non poteſt.* Cæterum de illo non ſatis inter interpretes convenit, utrum fidejuſſor in majorem ſummam acceptus, quam debet reus principalis, prorſus non obligetur, an ſaltem obligetur in ſummam concurrentem. Gloſſa & Bart. in *d. l.* 8. §. *illud.* 7. omneſque fere interpretes veteres ſentiunt, fidejuſſorem ita acceptum plane non obligari: quorum ſententiam ſequuntur & defendunt Connan. 6. *comm.* 6. Hotom. Bachov. *in hunc.* §. Fachin. 8. *controv.* 51. Gœdd. *c.* 4. *de contr. ſtip. concl.* 4. *n.* 65. *& ſeqq.* Timæ. Fab. *diſp.* 23. At major pars neotericorum & ex veteribus Petrus & Cynus, contra differunt, 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. Tul-

2 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.* 7. *hoc tit.* eos, ſi in duriorem cauſam adhibiti fuerint, *omnino non obligari*, ut habent Codices vulgati omnes, & ipſum exemplar Florentinum. Latinis autem *omnino non* idem valet, quod *neutiquam, plane, prorſus, penitus non:* niſi cavillamur. Neque alio ſenſu à noſtris uſurpatur, ipſove Ulpiano, *l. ſi non ſortem.* 26. §. *indebitum.* 3. *de cond. ind. l.* 3. §. 2. *in fin.* 3 *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 duriorem cauſam acceptum teneri in eo tantum & quatenus reus ipſe obligatus eſt; evertitur ſententia illius loci, quæ generalis eſt, falſaque efficitur Juriſconſulti definitio in fidejuſſoribus omnibus in duriorem cauſam acceptis extra caſum propoſitum. Nam certum utique eſt, fidejuſſores plane non obligari, qui in duriorem cauſam accipiuntur, extra quam ſi in majorem ſummam accepti fuerint, puta ſi pure ſpoponderint, quod reus ſub conditione aut in diem debebat, vel ſi pure reus interrogatus fidejuſſor cum adjectione loci acceptus ſit, ſive quid aliud adjectum, quo conditio fidejuſſoris deterior fiat. Neque enim alia ratio eſt, cur Juriſconſulti paſſim tam ſolicite quærant, an & quando fidejuſſor in duriorem cauſam adhibitus videatur, quam quod eo caſu, quo ita acceptus eſt, prorſus non obligetur; uti & ſimpliciter ubique reſpondent, eum non obligari. *d. l.* 8. §. *illud.* 7. *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 cum ea, de qua quæritur, comparat, & eodem jure cenſere videtur: maxime vero quod reſponſum eſt, fidejuſſorem in duriorem cauſam acceptum contra juris formam acceptum intelligi, *d. l. ſi teſtamento.* 49. *in fin.* ut proinde nulla in parte fidejuſſio, quacunque ratione deterior illa ſit obligatione 4 principali, valere poſſit. Nihil admodum pro contraria ſententia facit *l. rogatus.* 33. *mand.* Nam ut recte Gloſſ. & Bart. *in d. l.* 8. §. *illud.* 7. reſpondent, non quæritur 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.* 8. *inſ. de mandat.* neque ullum in *d. l. rogatus.* 33. 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.* 33. 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, detrahere autem de ea aliquid aut deminuere valeat. 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. mand. & ibi* Salic. *de fidejuſſ.* Non obſtat *l. hactenus.* 11. §. 1. *de pec. conſt.* 5 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 citeriorem diem, *l.* 1. §. *an poteſt.* 5. *l.* 4. *eod.* quorum nihil admittit fidejuſſio, *d. l.* 8. §. *illud.* 7. *& ſeq. l.* 16. *pr. l. ſi ita.* 42. *hoc tit.* Unde apparet, à conſtituto ad fidejuſſionem firmum argumentum duci non poſſe. Illud majoris momenti eſt, quod 6 in majori 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 hactenus 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 hactenus apte reſponſum ſit, nulla ratio dari poſſe videtur, cur ob eandem cauſam in totum vitiari debeat acceſſoria fidejuſſoris. Reſp. Non ideo dicimus in totum vitiari obligationem fidejuſſoris majorem ſummam ſtipulanti creditori promittentis, quam reus debet, quia in totum ad interrogationem creditoris non apte reſpondet: ſed quia durius eum creditor 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. hoc tit.* VINN. Hactenus Vinnius probaſſe ſibi viſus eſt, fidejuſſorem in duriorem cauſſam obligatum omnino nihil debere. Quæ etiam ſententia fuit Joannis Boſſiani ex primis Gloſſographis, & poſtea ipſius Cujacii *in Recit. ad lib.* XI. *Reſp. Papinian. in l.* 9. *ff. de uſur.* Sed is ipſe hanc ſententiam deſeruit in *Notis ſecundis ad Inſt. h.* §. & in *Recit. ad lib.* IV. *Jul. & Minic. in l.* 33. *ff. mand.* ubi fidejuſſorem in duriorem cauſſam datum, ſaltim in minorem obligari docet. Id quod ſane principiis juris magis conſentaneum videtur, partim ob *l.* 33. *ff. mand. & l.* 11. §. 1. *ff. de pec. conſt.* quibus non uſquequaque ſatisfactum videtur à Vinnio, partim quia fidejuſſio eſt ſtipulatio, cujus ea natura eſt, ut qui ſtipulanti decem, viginti promiſerit, decem debeat. *l.* 1. §. 4. *ff. de V. O.* Accedit axioma illud generale, quod utile non debeat per id, quod inutile eſt, vitiari. *l.* 9. *ff. de uſur. l.* 1. §. 4. *de V. O. l.* 35. §. *ult C. de donat.* Nec aliter Græci videntur docuiſſe. In Baſilicis enim in *l.* 8. §. 7. *de fidejuſſ. & mand.* pro *omnino non* legimus οὐδὲ ὅλως, *non omnino*, id eſt, non in totam ſummam majorem, in quam datus eſt. Conf. Em. Merill. *Variant. ex Cujac. lib.* I. *cap.* L. *p.* 199. HEIN. D. Bachov. 7 exiſtimat intereſſe, utrum creditor majorem ſummam à fidejuſſore ſtipulatus ſit, quam reus debebat, an eandem, & fidejuſſor majorem promiſerit; veluti ſi cum decem reus revera deberet, creditor quoque non amplius, quam decem, ſtipulatus ſit à fidejuſſore, & is viginti fide ſua eſſe juſſerit: illo caſu in totum

vitiari 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 duriorem causam. Plane nunc in consulendo & judicando sequerer 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. Autumn. *confer. du droict. 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 etiamsi 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 rer. div. l. cum aurum.* 19. §. *perveniamus.* 13. *& seqq. de aur. arg. leg. l. si in emptione.* 34. *de contr. empt.*

Ut minus debeant, obligari possunt] Fidejussor in leviorem 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.* 7. *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 explicabitur, §. *si quis agens.* 33. *inf. de actionib.*

TEXTUS.

De actione fidejussoris adversus reum.

6. Si quid autem fidejussor pro reo solverit, ejus recuperandi causa habet cum eo mandati judicium.

NOTÆ.

6. *Mandati judicium*] *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. t. l.* 6. *C. eod.*

COMMENTARIUS.

FIdejussor ejus nomine, quod pro reo solvit, mandati actionem cum eo habet, *l.* 10. §. *fidejussores.* 11. *mandat.* Sed enim hoc ita, si præcesserit mandatum, id est, si rogatus à reo sit, ut fidejuberet, *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. *mandat. l.* 6. *C. eod.* Quod si vero pro reo absente quis fidejusserit, ei non potest competere actio mandati: sed si ut negotium gerens interceserit, negotiorum gestorum dabitur, *d. l.* 6. §. 2. *d. l. ex mandato.* 20. §. 1. *eod.* Itaque fidejussor nunc mandati, nunc negotiorum gestorum actionem habet, *l.* 4. *hoc tit.* 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, τῇ ἐμῇ πίστει κελεύω ἐγώ. Sed & si dixerit, Θέλω, sive βούλομαι, sed &, Φημὶ, 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. *supr. de verb. obl. l.* 1. §. *ult. eod.* Descriptus hic §. est ex *l.* 8. *pr. hoc tit.* ubi concinnius sic legitur; *Græcè fidejussor ita accipitur, τῇ ἐμῇ πίστει κελεύω, λέγω, Θέλω, sive βούλομαι, sed & si Φημὶ dixerit, pro eo erit, ac si dixerit, Λέγω.* Atque ita etiam hic locus restituendus videtur. Sanè τὸ λέγω præcessisse, arguit subsequens interpretatio & Φημὶ 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.

NOTÆ.

8. *Videri solemniter acta*] *l.* 30. *de verb. obl.* nempe partes præsentes fuisse, & stipulationem rite interpositam, citra quam fidejussor non constituitur, *l.* 5. §. 3. *d. t. l.* 12. *C. hoc tit.* fac. §. 11. & 16. *tit. præc.*

COMMENTARIUS.

CUM fidejussisse aliquem scriptum est, omnia rite acta creduntur, *l. sciendum.* 30. *de verb. obl.* nimirum ut pro instrumento præsumtio est, verum esse quod in eo scriptum est: §. *item verborum.* 11. *sup. tit. præced.*

præced. 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 promisisse aliquem, creditur is ad interrogationem præcedentem respondisse, §. *si scriptum.* 16. *tit præc.* Eademque ratione si scriptum fuerit, fidejussisse aliquem, præsumitur id factum adhibita à creditore præsente stipulatione; quoniam de essentia fidejussionis hoc est, ut stipulatio interveniat. *l.* 5. §. *satis.* 3. *de verb. obl. l.* 12. *C. hoc tit.*

TITULUS VIGESIMUSSECUNDUS.

DE LITERARUM OBLIGATIONIBUS.

C. Lib. 4. *Tit.* 30.

TEXTUS.

Olim scriptura fiebat obligatio, quæ nominibus fieri dicebatur: quæ nomina hodie non sunt in usu. Planè, si quis debere se scripserit, quod sibi numeratum non est, de pecunia minimè numerata, post multum temporis, exceptionem opponere non potest. Hoc enim sæpissimè constitutum est. Sic fit, ut & hodie, dum quæri non potest, scriptura obligetur, & ex ea nascatur condictio, 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 minimè extendatur.

NOTÆ.

Quæ nominibus fieri dicebatur] Nomen faciebat creditor, qui in tabulas suas accepti & expensi nomen illius, cui pecuniam dabat mutuam, perscribebat. Id fiebat præsente debitore, qui & ipse quoque in suas tabulas referebat, quod deberet: quæ tabulæ prolatæ in judicio fidem faciebant debiti. Cic. *pro Rosc. Comœd. cap.* 1. & 2. 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 queri non potest] Vel conventus excipere de pecunia non numerata, *l.* 8. & 2. *seqq. l.* 14. *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: condictio cautionis sive chirographi, *l.* 7. *C. eod. l. ult. C. de 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.

COMMENTARIUS.

1. *Cautiones & confessiones debiti inutiles.*
2. *Quæ cautiones ad probationem tantum valeant?*
3. *Cautionem pecuniæ 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. *Rectène obligatio hic proposita dicatur literarum, cum veteres eam numeraverint inter eas, quæ re contrahuntur? & alia quædam.*
6. *Obligationem, quæ nominibus fieri dicebatur, obsoleviſſe: qualis illa? & alia quædam.*
7. *Confessum post biennium ita scriptura obligari, ut etiamsi postea probare velit pecuniam sibi numeratam non esse, non audiatur.*
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. *Usus circa hanc exceptionem hodiernus.*

INterdum 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, pa-

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 profeſſionem debiti continente, etiamſi id à tabulario confectum ſit. Gloſſ. *in l. 3. C. de non num. pecun.* Sichard. *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. emptor.* 47. *§. ult. de pact.* Exigimus, ut ſcriptum mutuo conſenſu traditum ſit creditori: nam ſine conventione 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 hanc vim eſſe, ut confitentem obliget: ſunt enim quædam cautiones & confeſſiones debiti planè inutiles, quales ſunt, quæ cauſam debendi non continent; quas indiſcretas 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 cautio. 4. ff. de fid. inſtr.* vid. D. Andr. Gail. 2. *obſ.* 13. Damhoud. *prax. civil. c.* 175. *num.* 14. ubi notat, in emptoriis inter mercatores ex conſuetudine etiam ex obligatione non cauſata jus reddi ſolere, add. Groenew. *de ll. 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 ſo-
2 lius. Ad ſolam probationem valent confeſſiones debiti omnes, quæ non ſunt de pecunia mutua. Placet haſce ſcripturas valere ad probationem: & merito placet, cum nihil æquius ſit, quam unumquemque proprio teſtimonio acquieſcere, confeſſumque ſtare ſuæ confeſſioni, *d. l. cum de indebito. 25. in fin. de probat. d. l. generaliter.* 13. *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. 25.*
3 *& d. l. generaliter.* 13. 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 emiſſa 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 emiſſa 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 4
intra biennium confeſſionem tria confitenti ſunt prodita. 1. condictio 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 faciēda, 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 differentiæ ſignificatur in *l. 10. C. eod.* quod facultate negandi reo conceſſa non debuerit ab eo exigi probatio, propterea quod negatio facti per rerum naturam directo probari non poteſt, *l. actor. 23. C. de probat.* Ad quam rationem accedit præſumptio pro confitente, 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 numerationem: & ſpe numerationis futuræ, qua ne fruſtrentur, qui pecunia indigent, nihil non facere ſolent ad nutum creditoris, Rebuff. *ad conſtit. reg. de chirogr. & cedul. art. 2. num.* 18. Chriſtin. *vol. 3. deciſ.* 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. deciſ. n.* 13. Exacto vero biennio convertitur vis cautionis in contrarium, omninoque confeſſus, qui beneficio juris uſus non eſt, neceſſitate ſolvendi adſtringitur, *hoc text. l. 8. l. 14. C. d. tit.* Hæc ergo obligatio rectè 5
dicitur literarum, ſeu ex literis naſci, ſiquidem poſt biennium non amplius quæritur, 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 confitentem. 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.* Gudelin.

lib.

lib. 2. de jure noviſſim. cap. 6. Caveat autem quiſque, ne temere inficietur chirographum ſuum aut numerationem confeſſam: nam mendacii convicto pœnam dupli & amiſſionis cæterarum defenſionum noviſſima Juſtiniani conſtitutio imponit; *auth. 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 annal. except.*

6 *Quæ 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. cap.* 14. 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. Aſconius autem Pædianus in *Verrin.* 3. ſcribit, nomina in tabulis dici conſueſſe 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 præſens non numerabatur. Atque hinc eſt, quod obligationes ſeu debita appellantur nomina. Referri 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 abſolutè 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 & expenſi. Majorem lucem expectamus à D. Salmaſio in libro, quem præ manibus habet, de uſuris Juſtinianeis. VINN. Ita quidem vulgo litterarum obligationem veterem explicant. Sed ita non quadrat deſcriptio Caji *Inſt. lib.* II. *tit.* 9. §. 12. ubi *litteris obligatio fieri dicitur aut à re in perſonam, aut à perſona in perſonam.* Inde enim adparet, hanc obligationem novationis ſpeciem fuiſſe, & rectè eam definiri à Theophilo *h. t.* τὸ παλαιὸν χρέος εἰς κοινὸν δάνειον μεταχηματιζόμενον ῥήμασι καὶ γράμμασι τυπικοῖς; *veteris nominis in novum creditum per ſollemnia verba & ſollemnes litteras transformatio.* Nimirum, ſi quis mihi ex locatione vel alia cauſſa deberet centum, egoque mallem eum ex litteris obligatum habere, verba proferebat: CENTUM AUREOS, QUOS MIHI EX CAUSSA LOCATIONIS DEBES, EXPENSOS TIBI TULI? ſimulque eadem inſcribebat tabulis. Reſpondebat alter: EXPENSOS MIHI TULISTI, eademque referebat in tabulas, addito procul dubio nomine. Eo facta prior obligatio extinguebatur, & nova naſcebatur, quæ ex litteris ſolis ſubſtantiam capiebat. Ita fiebat litterarum obligatio à re in perſonam. Unde facile intelligitur, quo pacto à perſona in perſonam facta ſit. Plura V. C. Ant. Schulting. *Juriſp. Antejuſt. p.* 163. & nos in *Antiq. Rom. h. t.* §. 3. 4. HEIN.

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 contrahentis manu ſubſcriptis atque obſignatis. Poſterior tamen ætas non συγγραφὰς, ſed συμβόλαια appellavit: Latini *inſtrumenta* & *cautiones*, voce generali ad chirographa quoque producta: qua de re conſule doctiſſ. Salmaſ. *lib. de mod. uſur. c.* 10.

Dum queri non poteſt, ſcriptura obligetur] Si confeſſus 7
poſt biennium ſcriptura obligatur, conſequens omnino eſt, eum 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 facto ſuo, quam ſi ſolvat aut ſatisfaciat 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, anne ſic quidem audiendus erit? Accurſius de quorundam veterum ſententia putat, audiendum eſſe: quod & Bartolo & comm. DD. viſum in *l. 3. & l. 14. C. d. t.* Gomez. 2. *reſol.* 6. *n.* 7. Moz. *de contr. 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, quod exceptiones natura ſua 8
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, etiamſi ceſſare dicamus exceptionem non numeratæ pecuniæ. Adhæc non ſunt admittendæ, ajunt, illicitæ exactiones, *l. 6. de off. præſ.* 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, 9
neceſſitate ſolvendi, quæ ex literis, non ex re aut numeratione naſcitur, omnino conſequens eſt, eum 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 facienda, 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.* Loci juris in eandem ſententiam manifeſti ſunt. In *l. aſſeveratio.* 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, eum, 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.* περὶ ἀναγνῳ. *num.* 4. ὁ λέγων ὅτι ὁ γέγονεν ἀρχθῆναι εἰ μὴ ἐντὸς διετίας ἢ ἐναχθῇ, ἢ ἀμφισβήτησις περὶ τούτου, ἀδεμίαν ἔχει δικαιολογίαν. 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. manifeſtæ.* 38. *de jurejur.* adeoque facilius admittenda ſit jurisjurandi delatio, qua actor teſtis & judex in ſua cauſa conſtituatur, ut rem uno verbo tranſigere poſſit, quam prolixæ & adverſus invitum ſuſceptæ probationes, *arg. l.* 1. *& 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 condici 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
10 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 concurrit, non eſt exceptio doli ſpecialis, quæ adverſus eum, 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. defin.* 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 luere, ut confeſſioni ſuæ literis teſtatæ omnimodo ſtare, & confeſſam pecuniam ſolvere cogatur. Quod ad tertium contrariæ opinionis argumentum reſponſum eſto. 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. *& d. l.* 14. *C. eod.* Hanc noſtram ſententiam jam olim amplexus eſt Jo. Fab. *hic.* aliique nonnulli citati à Fachin. 2. *controv.* 18. eaque nunc neotericis ferè probatur. Duar. *ad d. tit. C. cap.* 4. Don. *ad d. l.* 8. *num.* 21. *& ſeqq.* Fachin. *d. loc.* Weſemb. *hic.* Gudelin. *lib.* 2. *de jur. noviſſ. cap.* 6. Tulden. *in comment. hic. cap.* 3.

Ceſſante verborum obligatione] Si cautio intervenerit, & ſimul interpoſita ſit ſtipulatio, non naſcetur 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 11
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 nonnihil ſtatutum *l. ultim. & auth. ſeq. C. de dot. caut. non num.* Datur querela & exceptio ſeu replicatio potius non numeratæ pecuniæ etiam creditori, apocha confeſſo, 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 12
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 probet, ſecundum ſententiam Accurſii, Bartoli & aliorum, quos ſuperius allegavimus. Ant. Fab. *C. ſuo de non num. pec. defin.* 1. Chriſtin. *vol.* 3. *deciſ.* 37. Zang. *de exc. p.* 3. *c.* 12. *n.* 24. Grot. 3. *manuduct. c.* 5. In Gallia receptum, ut debitor poſt biennium etiam jusjurandum creditori deferre poſſit. Autumn. & Mornac. *in d. l.* 14. *C. de non num. pec.* Secundum quod & Curiam Hollandiæ aliquando judicaſſe refert Groenew. *de ll. abrog. ad rubr. C. d. tit.* Eadem conditione auditur & creditor poſt triginta dies adverſus apocham ſeu profeſſionem pecuniæ ſolutæ, Ant. Fab. *d. tit. defin. ult.* Apud Gallos, quæ conditio eſt cæterarum cautionum, ut ſcilicet ſtatim fidem faciant, transferantque

onus

onus contrariæ probationis in eum, qui cautionem expoſuit, eadem eſt & cautionis pecuniæ creditæ, teſtibus Imbert. 1. *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 cauſa 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. *defin.* 1. D. Deckher. *lib.* 1. *diſſert.* 6. *n.* 4. qui etiam refert, Curiam Brabantiæ judicaſſe, locum non eſſe exceptioni 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 Chriſtinæo *d. vol.* 3. *deciſ.* 37. *num.* 16. quamvis contraria obtineat, Groenew. *d. loc. & ibi cit.* Notetur obiter D. Grotii ἀμάρτημα μνημονικὸν *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 *namptiſare & namptiſſement* 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. deciſ.* 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 præfat. n.* 44. *& ſeqq.* & DD. *in auth.* modo citata.

TITULUS VIGESIMUSTERTIUS.

DE OBLIGATIONIBUS EX CONSENSU.

Continuatio.

SEquitur poſtremo 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 mutuam contrahentium voluntatem. Solo conſenſu obligationem pariunt conventiones & contractus juris gentium quatuor, emptio-venditio, locatio-conductio, ſocietas, mandatum; quæ ſingula ſingulis titulis explicabuntur. VINN. Quibus quatuor ſpeciebus hodie quinta accedit, Emphyteuticus contractus, qui quum olim inter emtionem venditionem & locationem conductionem fluctuaret, ſingularis contractus naturam ſortitus eſt à Zenone Imp. *l.* 1. *C. de jur. emphyt.*

TEXTUS.

Conſenſu fiunt obligationes in emptionibus, venditionibus, locationibus, conductionibus, ſocietatibus, mandatis. Ideo autem iſtis modis obligatio dicitur conſenſu contrahi: quia neque ſcriptura, neque præſentia 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 alius ſtipuletur, alius promittat.

COMMENTARIUS.

1. *Quibus modis conſenſus declaretur?*
2. *Obligationum ex conſenſu pinguiorem eſſe naturam, quam obligationis verborum.*

NEque ſcriptura] Hoc dicit ad differentiam obligationis literarum, ad quam conſtituendam ſcriptura requiritur. Cæterum nec obligationes, quæ re aut verbis contrahuntur, magis ſcripturam deſiderant, quam eæ, quæ conſenſu. Quod vero in his etiam ſcriptura ſæpè adhibetur, ideo fit, ut facilius

bari 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 præsentia] Ut in conficienda stipulatione: nam quæ obligationes re aut literis contrahuntur, similiter partium præsentiam non desiderant.

Ac nec dari quicquam necesse est] Ut in mutuo, commodato, cæterisque contractibus, in quibus res tradita demum initium obligationi præbet.

1 *Sed sufficit, &c. consentire*] Declaratur consensus aut certis indiciis, 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 præsente, nec tamen apertè 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.* hujusmodi 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 contr. empt.*

Alter alteri obligatur in id, quod ex bono & æquo] His 2 verbis indicatur alia proprietas contractuum, qui solo consensu perficiuntur, quod obligationem producant pleniorem & pinguiorem, 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. quicquid.* 99. *de verb. obl.* Non est vero hoc contractuum, qui consensu fiunt, proprium quarto modo, sed ad cætera quoque judicia bonæ fidei pertinet: nam in omnibus his placet tantum valere officium judicis ex bono & æquo, quantum in stipulatione nominatim facta rei interrogatio, *l.* 7. *de neg. gest. l. Lucius.* 24. *depos.* §. *in bonæ.* 30. *inf. de action.* quanquam 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 judiciorum bonæ fidei & stricti juris dicemus ex professo infra *sub* §. *actionum.* 28. *de action.*

TITULUS VIGESIMUSQUARTUS.

DE EMPTIONE ET VENDITIONE.

Dig. Lib. 18. *&* 19. *Tit.* 1. *C. Lib.* 4. *Tit.* 38. *&* 40.

1. *Ratio ordinis. Emptionis origo & utilitas.*
2. *Emptionis definitio, cum explicatione singularum partium.*
3. *Summa hujus tituli.*

1 EXplicaturus ordine contractus, qui solo consensu perficiuntur, orditur ab emptione & venditione, specie hujus 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 succurritur, causam esse, quod nummus inventus, & emptio introducta sit: quod etiam docet Aristot. 5. *Ethic.* 5. ubi nummum ait hominum instituto factum esse τὸ ἀνταπόδομα τῆς χρείας succedaneum & οἷον ἐγγυητὴν; quasi sponso-
2 rem futuræ indigentiæ. 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 juncta 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 separatæ, 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 judicio 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 nec esse, 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 mutuæ præstationis, juris gentium, bonæ fidei, nominatum, consensu constantem; quoniam ex verbis definitionis satis intelligitur, præter consensum ad perficiendam emptio-

ptionem nihil desiderari: cætera vero insunt generi, nullus enim contractus est ex iis, qui consensu fiunt, qui non sit δίπλοῦς, bonæ fidei, juris gentium, nominatus: nam conventio de pignore, pactum donationis, constitutum, huc non pertinent; quia non sunt contractus. De cæteris hujus generis contractibus idem judicium 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
3 æstimanda & definienda fuit. Justinianus hoc titulo explicat, quomodo contractus emptionis & venditionis perficiatur tum sine scriptura, tum etiam, cum convenit, ut per scripturam fieret: inde de materia, forma, fine & effectu disputat, quanquam nonnihil confuse. Postremo de rebus, quarum venditio non constitit.

TEXTUS.

De emptione pura. De pretii conventione, arrhis & scriptura.

Emptio & venditio contrahitur, simul atque de pretio convenerit, quamvis nondum pretium numeratum sit, ac ne arrha quidem data fuerit: nam quod arrhæ nomine datur, argumentum est emptionis & venditionis contractæ. Sed hoc quidem de emptionibus & venditionibus, quæ sine scriptura consistunt, obtinere oportet: nam nihil à nobis in hujusmodi emptionibus & venditionibus innovatum est. In iis autem, quæ 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, & pœnitentiæ locus est, & potest emptor vel venditor sine pœna recedere ab emptione & venditione. Ita tamen impunè 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, siquidem est emptor, perdit quod dedit: si vero venditor, duplum restituere compellitur, licet super arrhis nihil expressum sit.

NOTÆ.

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: sin 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, defungi.*
4. *Præcipua hujus sententiæ firmamenta.*
5. *Verius esse, venditorem prædicto casu præcise teneri tradere.*
6. *Hujus sententiæ 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 arrhæ intervenerint.*
13. *Accurata contrariæ opinionis confutatio.*

UT primum de re & pretio convenit, emptio 1
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 sive 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 utrinque obligatio, teneturque emptor actione ex vendito, ut nummos, quos pretii nomine pro re vendita promisit, solvat; venditor actione ex empto, ut rem venditam tradat emptori, *tit. ff. & C. de act. emt.* Est vero præstatio 2

hæc emptoris & venditoris nonnihil diversa. Emptor enim nummos, quos pretii nomine præstat, venditoris facere cogitur: venditor vero tantum vacuam 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 hujus contractus impediatur. Nam etsi venditor non præcise obligatur ad dominium rei venditæ 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 perfecte faciant accipientis, *l. si à substituto.* 45. §. 1. *de legat.* 1. *l. qui concubinam.* 29. §. *pen. de legat.* 3. *l. hæres.* 58. *de evict.* Quam ob causam & in venditore generis idem probandum crediderim, puta si quis in genere vendidit bovem aut equum, cum
3 Bartolo in *l.* 2. *si cert. pet. num.* 7. Illud non satis expeditum 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.*) censuerunt, venditorem etiam tum, cum facultatem tradendi habet, non posse præcise compelli, ut tradat, sed solvendo interesse liberari. Consentiunt Alciat. *ad l. un. C. de sent. quæ pro eo quod inter.* Duar. *de in lit. jur. n.* 22. Don. *ad d. l.* 4. *C. de act. empt.* Fachin. 2. *contr.* 30. Gœdd. *de contr. stip. cap.* 9. *num.* 65. *& seqq.* Atque eo quoque inclinant Covar. 2. *var. resol. cap.* 19. *n.* 1. Bachov. *in Treutl. 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 Senatum Mechlinensem secundum hanc sententiam sæpe pronuntiasse.
4 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 re jud. l. stipulationes.* 72. *pr. ver. Celsus. de verb. obl.* at talis est obligatio, qua tenetur venditor, *arg. l. si rem.* 28. *d. l. stipulationes.* 72. *eod. tit.* 2. Non uno in loco traditum legimus, si res vendita non tradatur, in id, quod interest, agi, venditorem non tradentem, quanti interfit, condemnari, *l.* 1. *l.* 11. §. *idem ait.* 9. *l.* 12. *de act. empt. l.* 10. *quib. mod. pign. solv.* 3. Hoc amplius diserte scriptum est in *l.* 4. *C. de act. empt.* etiam tum venditorem, quanti emptoris interest, condemnandum, cum procacia ejus fit, 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,
5 *l. contractus.* 17. *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.* 72. *de verb. obl.* item Bart. & Castr. *ad d. l.* 1. *de act. empt.* Bald. *in d. l. contractus.* 17. *C. de fid. instr. num.* 14. Salic. *in d. l.* 4. *C. de act. empt.* Alex. Dec. Jas. *ad l.* 9. *si cert. pet.* ex modernis Gomez. 2. *resol.* 10. *n.* 22. Oldend. *class.* 4. *act.* 1. Moz. *col.* 4. *de natur. empt. n.* 26. *& seqq.* Ant. Fab. 6. *conject.* 17. qui tamen, ut est inconstans, in alteram partem transit *decis.* 85. *error* 4. sed in *Cod. suo tit. de pact. defin.* 11. refert, Senatum Sabaudiæ secundum hanc posteriorem sententiam judicasse. Ita quoque decidunt *Rot. Genuens. decis.* 214. Soar. *in thesib. recept. sent. lit. V. Venditor, si facultatem.* Pinell. *in l.* 1. *C. de bon. matern. part.* 3. *num.* 25. Fundamenta hujus sententiæ 6 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. præt.* 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 infertur: Si emptor duplo pretii sibi oblato ab emptore recedere non cogitur; igitur nec oblata præstatione ejus, quod interest, utpote cujus æstimatio in venditionibus duplum excedere non potest. *l. un. C. de sent. quæ pro eo quod int. 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 aut 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 posset 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

tatem tradendi ſibi adimens, dici frangere, rumpere contractus fidem, ut in *l. 6. C. de hæred. vend. l. 10. C.* 7 *de act. empt.* Ad argumenta diſſentientium non quæram operoſas reſponſiones. Fefellit eos primum, quod putaverunt, omnes obligationes faciendi eſſe ejuſdem naturæ, factaque nuda & ſimplicia, ſeu quæ in meris faciendi finibus conſiſtunt, qualia ſunt, exempli gratia, Romam ire, tabulam pingere, inſulam fieri, foſſam fodere, ſimilia 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 ſolut.* 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 promiſit, obligari, imo factum hactenus 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, 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 facto ejus ipſius, qui ad tradendum obligatus eſt, non fiat, judicis 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 ſubjicimus. Obligationes, 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 demonſtratum. Obligatio autem venditoris certa eſt, quia non continet nudum factum, ſed cauſam bonorum, *l. 52. §. 1. d. tit.* id eſt, certæ rei præſtationem cum tranſlatione dominii aut juris uſucapiendi, *l. 80. §. 3. hoc tit. l. 3. l. 11. §. 2. l. ſervus. 30. §. 1. de act. empt.* 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 judicem 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 faciendo ante litem conteſtatam liberetur, *l. ſi inſulam. 84. de verb. obl.* Quamobrem non minus vere, quam elegantèr mihi ſcribere videtur Fayius 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 facto habendum eſſe, *arg. l. in conventionalibus. 52. §. 1.* junct. *l. ubi. 75. §. ult. de verb. obl.* uti 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 committere dicitur? *l. qui duobus. 21. ad leg. Corn. de falſ.* aut certè ſtellionatus, ſi non dixerit mercem liberam eſſe? *l. 3. §. 1. ſtellionat.* 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 arbitratu judicis. Quo pertinet ſpecies *l. 4. C. de act. empt.* & in hanc quoque ſententiam tandem conceſſit Bachov. *not. in paratit.* Weſemb. *tit. de act. empt.* Vinn. Quæ hic prolixe admodum diſputat Vinnius, maximam partem vera, ſed ſupervacua ſunt. Contraria enim ſententia nititur præjudicata opinione, eum, qui factum nudum promittit, liberari, præſtando id, quod intereſt, quum tamen *l. 72. ff. de V. O. l. 13. §. ult. de re jud. l. 71. §. 2. ff. de cond. & dem. l. 2. ff. de lib. hom. exhib.* non dicant, promittentis in arbitrio eſſe, factumne an id, quod intereſt, præſtare malit, ſed ſtipulantem optionem habere, factum exigere, an id, quod intereſt, petere malit. Vid. Cujac. *ad l. 72. ff. de V. O.* Coraſ. *Miſcell. lib. 11. cap. 3.* Huber. *Prælect. ad Inſt. h. t. §. 5.* & quem honoris cauſſa nomino, celeberrimus Thomaſ. *Diſſ. ſing. an, qui factum promiſit, liberetur, præſtando id, quod intereſt?* Hein.

Argumentum eſt emptionis contractæ] Sæpe arrhæ nomine aliquid dari ab emptore ſolet: ſed quod ita datur, datur 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, 8 ut ſit argumentum duntaxat & probatio emptionis contractæ, veluti ſi annulus detur; vel ut ſimul poſtea cedat in partem pretii data certa pecunia, *l. 11. §. is, qui vina. 6. de act. empt. l. ult. de leg. commiſſ.* Cum arrha tantum ut ſymbolum data eſt, impleta emptione,

id

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. empt.* 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. empt.* junct. *l.* 2. *C. quand. lic. ab empt. disc.* Et cum ergo utroque casu etiam arrhis intervenientibus solo communi consensu ab emptione recedi possit, apparet, datione arrharum neutrubi 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. *& l.* 2. *C. quand. lic. ab empt. disc.* §. *ult. inf. quib.* 9 *mod. toll. obl.* Quando igitur res integra esse definit, 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. *& l.* 2. *C. quand. lic. ab empt. disc. & 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 & conventione partium aliam naturam adsciscere, quam est ea, quam ex jure communi & gentium habet, ut scilicet ad vim & constitutionem obligationis scripturam intervenire necesse sit, cum absque tali conventione foret, ut nudo & simplici consensu, aut alias sine scriptura, perficeretur; nam non in emptione solum, sed etiam in aliis causis id usu venit, ut in permutatione, transactione, donatione, quæ non excedit 500. solidos. 10 &c. *l. contractus.* 17. *C. de fid. inst.* 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 facilioris 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 convenerit, 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. contractus.* 17. Consentit Gloss. *hic*, Castr. *in d. l. contractus.* 17. Sichard. *ibid. n.* 3. Qua 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 sciptura nihil actum voluisse, censeri debent. Quæ sententia etiam rebus judicatis confirmata est, teste Ant. Fab. *C. suo, de testibus, defin.* 23. *& de fid. instr. defin.* 14. quanquam dissentit Salic. *in d. l. contractus.* 17. & nonnulli alii, quos allegat. Et, ut causæ serviat, 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 dicetur. 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 convenerit, 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 interveniisse, 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.* 17. *C. de fid. instr.* Christin. *vol.* 3. *decis.* 29. *num.* 15. *& seq.* Andr. Fachin. 2. *contr.* 97.

Nisi & instrumenta emptionis] Quoties placet, ne- 11 gotium scriptura confici, non ante id pro perfecto habetur, quam in scripturam redactum est, instrumentumque ejus negotii rite confectum. Si privata fit scriptura, sufficit ad completionem instrumenti, propria contrahentium manu id perscriptum esse; modo ne, quod scriptum est, pro prima scheda & deletitia, in qua partes aliquid addi aut detrahi & deleri voluerint, habitum fit; 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.* 17. De requisitis instrumenti publici, & quæ de more inseri soleant, vid. Covar. *pract. q.* 20. Wesemb. *parat de fid. instr.* Althus. *lib.* 3. *c.* 42. *n.* 13. *& seqq. cum ibi citatis.*

Donec aliquid deest, pœnitentiæ locus est] Cum contractum in scriptis fieri placuit, scriptura ad substantiam con-

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.* 17. *C. de fid. instr. & hoc nostro text.*

12 *Sive in scriptis sive sine scriptis venditio celebrata sit*] 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.* 17. Id elucet clarius, *verb. super facienda emptione.* Item *non procedente contractu.* Item *qui vendere pollicitus est, qui emere pactus est.* Quæ omnia manifeste ostendunt, nec arrhis datis pœnitentiæ locum esse, nisi contractu 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 facienda emptione ei, qui vendere pollicitus est, quæ sunt verba *d. l. contractus.* 17. 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, accessionum 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 ven-
13 ditori liceat impune recedere. Concedunt 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. & act.* Atque hoc vel maxime valet in contractu emptionis & venditionis, *l. ab emptione.* 58. *de pact. l.* 1 & 2. *C. quand. lic. ab empt. disc.* Usque 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 text. & l. quod sæpe.* 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 nominatim 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.* Id enim 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 fit, posterior cautio præcedentem obligationem magis confirmat, *l.* 4. §. *si ex conventione.* 4. *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 priore obligatione recessisse, sed eam magis voluisse confirmare. Hanc sententiam non obscure probant Jo. Fab *hic.* Cyn. & Bart. *in d. l. contractus.* 17. certius confirmant Oldendorp. *class.* 4. *act.* 2. Wesemb. *par. n.* 9. Don. *ad. d. l. contractus.* 17. *n.* 12. *& seqq.* Diod. Tulden. *ad tit. C. quand. lic. ab empt. disc. n.* 2. Christin. *vol.* 3. *decis.* 70. *n.* 2. & consuetudine receptam testatur Busius ad *l.* 35. *in fin. hoc tit.* In Gallia tamen contraria obtinet, teste Pacio in *d. l. contractus.* 17. *n.* 12.

Qui recusat adimplere contractum] Id est, qui recusat institutam 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.* 17. *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.

TEXTUS.

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 convenerit, ut quanti Titius rem æstimaverit, tanti sit empta, inter veteres satis abundeque hoc dubitabatur, constaretne venditio, an non. Sed nostra decisio ita hoc constituit, ut quoties sic composita sit venditio:* Quanti ille æstimaverit, *sub hac conditione staret contractus, ut siquidem ille, qui nomi-*

natus eſt, pretium definierit, tunc omnimodo ſecundum ejus æſtimationem & 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.

NOTÆ.

1. *Nulla emptio ſine pretio*] *l.* 5. §. 1. *h.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 & ἀφορισωρδώς 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. *h.t.*

COMMENTARIUS.

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 permiſſa eſt: ſecus ſi arbitrio certæ perſonæ.*
4. *Quid ſi res vendita ſit eo pretio, quod duo periti à partibus eligendi conſtituent?*
5. *Arbitratoris manifeſtam iniquitatem corrigi poſſe officio judicis.*
6. *Explicatur* l. in lege. 24. in pr. locat. *& alia quædam obſervatu digna notantur.*

1 QUemadmodum 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 Papinianus ait, *emptionis 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 quæſito, 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 viliore 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 conſtituatur 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 æſtimabitur*, 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. permut.* 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 emiſti, quantum pretii in arca habeo.* Nam licet hic pretium in præſentia occultum ſit & apud contrahentes incertum, re tamen ipſa & in veritate certum definitumque eſt. *l.* 7. §. *ult. hoc tit.* Bene Juſtinianus: *Quæ 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 empta juſto pretio*, aut *eo pretio, quod juſtum declarabitur?* Adhuc imperfectum negotium videtur: quoniam & juſti 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, carnium, aliarumque rerum ad victum quotidianum 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 & ſimilium rerum, factum eo pretio, quo communiter talis res vendatur in foro publico, tali die vel tempore.

Inter veteres dubitabatur] Dubitatum olim fuit, an 3
valeret emptio definitione pretii collata in arbitrium alterius. Quidam id affirmabant, quaſi res omnis in arbitrium boni viri rejecta cenſeri deberet: nec incertum videri, cujus definitio pendeat à tali arbitrio, quod uno & perpetuo tenore conſtat. Alii id negavere, hoc forte argumento nixi, quod pretia rerum æſtimatione communi, non ex affectu ſingulorum, funguntur, *l. pretia.* 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 æſtimaverit*, 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.*

cert. loc. Pinell. *d. part.* 2. *cap.* 1. *num.* 6. Gomez. *d. resol. cap.* 2. *n.* 19.

Quanti ille æstimaverit] 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 æstimabunt*, aut *quanti vir bonus æquum putaverit*, non facta relatione ad judicem vel certam personam, *arg. d. l. ultim. C. hoc tit.* Pinell. *d.*
4 *loc. num.* 5. Quid vero si emptio facta proponatur eo pretio, quantum constituent 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 justi pretii, vel pretii in arbitrium boni viri collatio: nam & hæc sic interpretaremur, ut eligeretur aliquis, qui neutri improbaretur, aut ut quisque eligeret unum, qui pretium statueret aut justi 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.* nam ibi 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. Buf. *in l.* 1. *n.* 8. *de rer. perm.*

Omnimodo secundum ejus æstimationem] Hoc idem expressum est in ipsa constitutione Justiniani *l. ult C. hoc tit.* Ergo etiamsi Titius arbitrator multo pluris aut minoris rem æstimaverit, quam valet, dicendum est
5 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 proposit.* 78. *& seq. pro soc.* ita quoque si pretio declarando sumptus in contractu emptionis, aperte iniquum & nimis magnum definierit, & 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 æstimationem arbitratoris pretium solvendum esse, ut scilicet his verbis non excludatur officium judicis in corrigenda manifesta iniquitate, etiamsi ea dimidium justi 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 æstimationem res tradita sit & pretium solutum, officio judicis corrigi iniquitas non potest. Quod si ultra dimidium justi 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 alterius, 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.* Ne- 6
que 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; & sive is, in cujus arbitrium collatum est, arbitretur, sive 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.

TEXTUS.

In quibus pretium consistat. Differentia emptionis & permutationis.

2. *Item pretium in numerata pecunia consistere debet. Nam in cæteris rebus an pretium esse posset, valde quærebatur; veluti, an homo, aut fundus, aut toga, alterius rei pretium esse posset? Et Sabinus & Cassius etiam in alia re putabant pretium posse consistere: unde illud, quod vulgo dicebatur, permutatione rerum emptionem & venditionem contrahi: eamque speciem emptionis & venditionis vetustissimam esse. Argumentoque utebantur Græco Poëta Homero, qui aliquam partem exercitus Achivorum vinum sibi comparasse ait permutatis quibusdam rebus, his verbis:*

(Νήης δ' ἐκ Λήμνοιο παρέσαταν οἶνον ἄγυιαι,)
Ἔνθεν ἄρ' οἰνίζοντο καρηκομόωντες Ἀχαιοὶ,
Ἄλλοι μὲν χαλκῷ, ἄλλοι δ' αἴθωνι σιδήρῳ,
Ἄλλοι δ' ῥινοῖς, ἄλλοι δ' αὐτῇσι βόεσσιν,
Ἄλλοι δ' ἀνδραπόδεσσι.

Hoc est:

Advecta è Lemno tunc vina fuere carinis,
Inde capillati sibi vina parare Pelasgi:
Ære micante alii, nitido pars altera ferro,
Pars bubulis tergis, ipsis plerique juvencis,
Pars quoque mancipiis.

Diversæ scholæ auctores contra sentiebant; aliudque esse existimabant permutationem rerum, aliud emptionem & venditionem: alioqui non posse rem expediri, permutatis rebus, quæ videatur res venisse, & quæ pretii nomine data esse: nam utramque videri & venisse & pretii nomine datam esse, rationem non pati. Sed Proculi sententia, dicentis, permutationem propriam esse speciem contractus à venditione separatam, merito prævaluit: cum & aliis Homericis versibus adjuvabatur, & validioribus rationibus argumentabatur. Quod & anteriores Divi Principes admiserunt, & in nostris Digestis latius significatur.

NOTÆ.

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 ædil. edict.*

Νήης δ' ἐκ Λήμνοιο] Atqui hunc versum non habent editiones pleræque, ac ne Accursiana quidem, ubi versus incipiunt à verbis: ἔνθεν ἄρ' οἰνίζοντο κ. τ. λ. additurque, *Græca hæc esse, quæ non legantur.* Sed nec Theophilus hunc versum agnoscit, nec Paullus in *l.* 1. §. 1. *ff. de contr. emt.* HEIN.

Anteriores D. Principes] Diocletianus & Maximianus, *l. pen. C. de rer. perm.*

COMMENTARIUS.

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. *Usum pecuniæ signatæ perantiquum esse.*
5. *Quibus & quam validis rationibus Proculus demonstrarit, emptionem & permutationem planè diversos esse?*
6. *Defenditur Sabini & Cassii sententia.*

1 ANtiquissima ratio commutandi inutilia cum utilibus, & comparandi res necessarias, permutatio fuit: quæ cum duo hæc incommoda haberet, unum, quod non semper concurrebat, ut quod alter haberet, alter desideraret; alterum, quod etsi concurreret, inæqualis tamen rerum esset æstimatio: invento tandem nummo, quo res cæteræ 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.*

In numerata pecunia] Alterum, quod in pretio desi- 2
deratur, est ut illud constat in nummis seu numerata & signata pecunia. In aliis rebus pretium non posse consistere, nec rebus utrinque intervenientibus 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. *depos.*

Sabinus & Cassius etiam in alia re] Sabinus & Cassius 3
putabant, non tantum in pecunia numerata, verum etiam in quavis alia re, pretium consistere posse, rerumque 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 οἰνίζεσθαι, quod est οἶνον ἀγοράζειν, *vinum emere, mercari.* Alium locum ejusdem Poëtæ, & qui magis pro hac sententia facit, Paulus *l.* 1. §. 1. *hoc tit.* subministrat ex libro 1. *Odyss. circa finem.*

Τὴν ποτε Λαέρτης πρίατο κτεάτεσσιν ἑοῖσιν.

Id est, *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 fere assenserunt: argumenta eorum mox videbimus. Illud Sabini & Cassii ex Homero non putabant esse magni ponderis. Nam verbum οἰνίζομαι esse ambiguum, quod pro subjecta 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,

πρίατο κτεάτεσσιν ἑοῖσιν,

Sabini opinionem magis juvant: nam verbum πρίασθαι 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

de ſuo, ſive ut alii, *emit & emptam præfecit facultatibus ſuis*, ut ſubaudiatur præpoſito ἐπὶ: quoniam mox ſubjicit 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 ſæpè negligere cogantur. Inſpicienda ſemper eſt rei veritas, quam ſi ſequimur, ſtatuendum omnino videtur, emptionem & venditionem non eſſe, niſi nummi intervenerint, etiamſi dictum ſit, me fundo meo emiſſe fundum tuum: & ideo Plinius *lib.* 33. *c.* 1. ex Homero eandem rerum permutationem referens, quæ hic memoratur, impropriè loqui credendus eſt, cum dicit, Græcos *vinum* emptitaſſe *co-*
4 *riis boum*, &c. Illud ex antiquis hiſtoriis, adeoque ex ipſa hiſtoria Moſis *Geneſ. c.* 23. *& c.* 42. *cum aliquot ſeqq.* conſtat, uſum nummi & ſignatæ pecuniæ antiquiſſimum eſſe, & Trojanis temporibus multo antiquiorem. Plinius *lib.* 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; Strabo *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
5 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 ad 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 utrumquè hoc eſt à civili jure Romanorum.

Aliis Homericis verſibus] 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. Eoſdemque 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 6
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 rei ſuæ diſtrahendæ 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 comparabat, æs, ferrum, bubulæ pelles, boves, &c. Didymus in Homer. οἰνίζοντο οἶνον, ὠνοῦντο. Laërtes, emptor Eurycleæ, pretium viginti boves. Item Poëta arma Glauci & Diomedis pretio æſtimans dicit, illum ἑκατόμβοια, hunc ἐννεάβοια habuiſſe. Quod ſi negamus, permutationem veteribus uſitatam venditionis & emptionis nomine appellandam, cur hæc omnia in ſuis permutationibus diſtincta nominibus agnoſcunt, emptorem, venditorem, mercem, pretium, ὠνὴν πρᾶσιν, ὦνον φόρτον? An nulla tunc temporis mercatura, nullæ res venales, nulli emptores aut venditores fuerunt? & cur non loco pecuniæ ſignatæ res alia, puta æris, argenti aut ferri rudis maſſa, aut quid aliud, quod in ἀντιδόσει detur pretio fungi queat, licet ex nummi uſu certius hæc diſtincta? Eſt tamen ſpecies aliqua permutationis veteribus etiam nota, ab emptione & venditione planè diverſa, & in qua nullo modo diſcerni poteſt, uter emptor, uter venditor ſit, utrum pretium, utrum merx; nimirum ubi quis non animo vendendi rem ſuam eum altero permutat, qui nec ipſe rem alienam emptam velit; ſed cum ita inciderit, 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 ἀμοιβή, Gallis *troq*, Batavis **ruplng** appellatur: quibus verbis emptionis & venditionis nomina minimè conveniunt. Fuſius in hanc ſententiam differit doctiſſimus Salmaſius *lib. de uſur. cap.* 13. & tanto judice in hac quæſtione vincit ſchola Caſſii & Sabini. VINN. Specioſa hæc magis quam ſolida. In permutatione adfectio magis regnabat: in emtione ad juſtam æſtimationem reſpicitur. Nimirum antequam numus inventus eſſet, nullius rei certa erat æſtimatio, deficiente quippe menſura communi, qua omnium

rerum quantitas moralis æstimaretur. Permutabant itaque homines res necessarias, non quasi ejusdem pretii essent, sed quod par in utrasque caderet affectio. Et hujusmodi permutationem vel ἀμοιβὴν recte Proculus emtionem venditionem dici posse negabat, quum hic nullum esset verum pretium, nulla rei æstimatio. Ast semel constituto pretio eminente, id est, numo etiam permutatio ita fieri potest, ut res permutandæ prius certo pretio æstimentur, & tunc res pro pretio veluti in solutum dentur. e. g. Si mercator unus piper suum æstimet mille aureis, & alter in hoc pretium consentiat; hic porro vini quantitatem eodem pretio æstimet, & alter in illud consentiat, facta sane permutatione harum mercium dici potest, emtionem venditionem mutuam factam, & utrumque merces pro pecunia in solutum dedisse. Sed de hujusmodi permutatione non disputarunt Proculus & Sabinus. HEIN.

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 ædes totæ, vel aliqua ex parte, incendio consumptæ fuerint, aut fundus vi fluminis totus vel aliqua ex parte ablatus sit, sive etiam inundatione aquæ, aut arboribus turbine 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, cujus periculum est. Quod si fugerit homo, qui veniit, aut surreptus fuerit, ita ut neque dolus, neque culpa venditoris intervenerit, 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, & condictionem exhibere debebit emptori: quia sanè qui nondum rem emptori tradidit, adhuc ipse dominus est. Idem etiam est de furti, & de damni injuriæ 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. t. 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. t.*

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. pet.*

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 vendita, quæ pondere, numero, mensura constet?*
5. *Quid si vinum, quod veniit, degustatum sit, nondum admensum?*
6. *Conventione naturam contractus immutari posse: & quid si culpa aut mora venditoris intervenerit?*
7. *Auctoritates & rationes, quibus evincitur, rei venditæ periculum statim ad emptorem pertinere.*
8. *Occurritur argumentis auctorum contrariæ sententiæ, & explicatur* l. 33. locat.
9. *Quid juris apud nos ex constitutione Caroli V. 1529?*
10. *Venditorem levis duntaxat culpæ, non etiam leviſſimæ nomine teneri, nisi custodiam rei in se susceperit.*
11. *Cur vindicatio rei & cæteræ 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 seperatim propriis *tit. in π. & C.* explicari meruit. Summa juris de hac specie 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 sæpe. 35. §. si res. 4. hoc tit. l. 5. §. ult. de resc. vend. cum similib. & hoc text.* Quamobrem necessario sciendum est, quando emptio perfecta censeatur: tunc enim sciemus, cujus periculum

aut

2 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 confecto; 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 pure res venit, ſtatim periculum & commodum ad emptorem reſpicit: ubi ſub conditione, cum conditio extiterit: 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.*

3 *rei vend. facit. 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 furt. l.* 1. §. *ſæpe.* 35. *depoſ. l.* 3. *pr. naut. caup. ſtab.* & paſſim hæ phraſes occurrunt, *periculum cuſtodiæ ſubire; periculo culpæ, negligentiæ ſubjici, adſtringi, illigari, l. un.* §. *quod ſi* 4. *furt. adv. naut. caup. l. tutores.* 39. §. *tutores.* 12. *& l. ſeq. de adm. tut. d. l.* 1. §.

4 *ſæpe.* 35. *depoſ.* 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 convenerit, videatur perfecta venditio: modo, ut etiamſi 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 ſæpe.* 35. §. *in his.* 5. *hoc tit. l.* 2. *C. de per. & comm. rei vend.* Ergo ſi quod damnum rei venditæ interea contigerit, ad venditorem, non ad emptorem, id pertinebit, quaſi imperfecta adhuc emptione. *l.* 1. *de peric. & commod. d. l.* 2.

5 *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, perfectaque 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 debebit, 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 ſæpe.* 35. §. 4. & 5. *hoc tit. & ad l.* 1. *ff. l.* 2. *C. de peric. & commod. rei vend.* Gomez. 2. *var. reſolut. cap.* 2. *num.* 32. Afflict. *deciſ.* 280. *num.* 4. & *deciſ.* 399. Ant. Capuc. *deciſ. Neap.* 14. eleganter Anton. Fab. *C. ſuo de per. & commod. rei vend. defin.* 1. Chriſtin. *vol.* 3. *deciſ.* 74. Atque ita quidem, ut diximus, res ſe habet ex natura contractus. Cæterum ſciendum 6
eſt, naturam contractus poſſe immutari conventione 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 conventione 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 ſubjiciatur, *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 addict. l. ſi ea res.* 31. *de act empt. l. ultim. de cond. ca. dat. l.* 15. *de jur. dot. l.* 11. § *plane.* 9. *& ſeq. quod vi aut clam. l. ſoluturus.* 39. *de ſolut.* efficiturque etiam his rationibus. 1. Quoniam caſus fortuiti nullo bonæ fidei judicio præſtantur, *l.* 6. *C. de pign. act.* imo in univerſum nullo judicio, *l.* 23. *de reg. jur.* 2. Quia ex natura contractuum, qui utriuſque gratia fiunt, venditor non

nisi dolum & 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
8 & incommodum ferre debet. Atqui illud pertinet ad emptorem, &c. Objicitur tamen huic sententiæ *l.* 9. *C. de pign. act.* ubi Impp. 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 sortis 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 certi & 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 ejusdem rei, puta ex causa legati, stipulationis aut venditionis, semper adversario res perit, domino nunquam: quod efficitur ex eadem regula, secundum quam creditori res perit, etiamsi dominus non sit; debitori non perit, quamvis idem sit dominus. *dd. loc.* Unus locus Africani in *l. si fundus.* 33. *locat.* turbavit summos viros, Cujacium *tract.* 8. *ad African.* Borcholt. Vultejum *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 periit, sed venditori ablata adhuc extat. Hoc autem cum evenit tenetur venditor, actiones suas emptori præstare. *l.* 14. *pr. de furt. & in calce hujus* §. Quod si nullas actiones venditor habeat, aut, ut in casu *d. l. si fundus.* 33. culpa sua inanes, ob hoc ipsum damnandus est, *l. quod sæpe.* 35. §. 4. *hoc tit.* utique ut pretium restituat. *d. l. si fundus.* 33. Rectè autem DD. statuunt, in specie Africani fundum publicatum debere intelligi ob culpam & delictum venditoris: nam ut forte injuria judicis 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 impediendam traditionem, placet hactenus, saltem teneri venditorem, ut pretium restituat, non etiam ut id præstet, si quid pluris emptoris interfit, ut fit, cum res judicio 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 fisco iterum tantundem accipiat. VINN. Sed nihil horum in textu *l.* 33. *ff. locat.* exprimit Africanus. Nec enim culpæ venditoris fundum publicatum ait, nec usus publici caussa. Rectius credideris fundum nullo venditoris merito, sola belli injuria publicatum, qualia exempla sunt apud Virgil. *Eclog.* 1. nec non in *l.* 11. *ff. de evict.* & *l.* 15. *de rei vind.* Hoc casu enim nulla nec naturalis nec civilis ratio est, cur injuria venditori facta ejus personam egredi, & emtori nocere debeat. Rem expedivit V. C. Ger. Noodt. *Comm. ad Pand. lib.* XVIII. *tit.* VI. *p.* 416. *sequ. Tom.* II. *Op.* HEIN. Hæc autem di- 9
spositio 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 1519. qua constitutione vetatur, & pro nulla atque irrita habetur omnis alienatio rei immobilis, quæ facta non est coram judice loci, ubi res sita, aut si sint bona feudalia, coram partibus Curiæ, Grot. 2. *introd. cap.* 6. paucis casibus exceptis, vid. Groenew. *de ll. abrog. ad tit.* 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 definivit, 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 fœtus pecudum, partus ancillarum, *l. pen. C. de act. empt. l.* 8. *de evict.* fructus etiam jam maturi, *l.* 13. §. *si fructibus.* 10. *l. qui pendentem.* 25. *de act. empt. l. fructus.* 13. *C. eod.* mercedes ex operis, aut vecturis: pensiones ex locatione, *d. l.* 13. §. *item.* 13. *de act. empt.* add. 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,

ctio, 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 sæpe.* 35. § *si res.* 4. *hoc tit. l. si ea res.* 31. *de act. empt. & hoc text.*

10 *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 media, id est, talis qualem vulgo bonus & frugi paterfam. rebus suis adhibet: quam si præstiterit, securus esse debet. *d. l. quod sæpe.* 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 sæpe.* 35. §. 5. Fusius hoc jam ante explicui. At enimvero speciali conventione 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, mediocris custodia ex natura contractus etiam citra aliam conventionem præstetur. Itaque custodiam in proposito accipere debemus φυλακὴν ἀκριβεστάτην, 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 sæpe.* 35. §. 4. *hoc tit. l. si ea res.* 31. *de act. empt.* intellige hactenus, 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 hactenus 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 sæpe.* 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, condictio, actio furti, & damni injuria.

Vindicationem & condictionem] Condictionem intelligе 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. quæ 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 etsi res emptori tradita sit, dominium tamen à venditore non recedit, antequam ei satisfactum sit, *l. quod vendidi.* 19. *hoc tit.* §. *vendita.* 41. *sup. de rer. divis.* ubi hoc à nobis explicatum est.

Idem est de furti & damni injuria actione] Non solum condictio 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 videlicet 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 addictio in diem, altera lex commissoria dicitur, vid. *tit. de in diem addict.* & *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 addictio & lex commissoria quomodo transigantur?*

COntractuum omnium hoc commune est, ut non purè tantum, sed etiam sub conditione iniri possint. At enim vero hujusmodi conditio: *Si res intra certum diem placuerit*, non temerè in ullo contractu, si venditionem exceperis, occurrit. In venditione autem frequens est: nemo enim facilè 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 à conditione suspenditur? quæ conditio in arbitrium emptoris pro certo tempore confertur, ut si intra tempus definitum res ei placuerit, emptio perfecta & obligatio constituta

1 fit: 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 ſæpe. 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 ſæpe. 35. §. 1. & d. l. 13.* In caſu autem hic propoſito, 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, improbationeve arbitrio contrahentium permitti poſſunt, Gomez. 2. *var. reſol. 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. int. 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 reſc. vend. l. 4. C. de adil. act.* adeoque valet etiam conventio, ut in perpetuum redhibitio fiat; quippe qua conventione non perfectio contractus à voluntate ſuſpenditur emptoris, ſed reſolutio. *l. quod ſi nolit. 31. §. ſi quid. 22. de adil. edict.* Gomez. *d. loc. & num. in fin.* E-
2 juſdem generis eſt & pactum de retrovendendo, ut venditori hæredive ejus quandocunque, vel intra certum tempus pretium referenti res vendita reſtituatur, *l. 2. C. de pact. int. 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 Naeſting dicitur, quod jus quibus perſonis, in quas res, quibus in locis apud nos competat, docet D. Grot. 3. *introduct. ad juriſpr. Bat. c. 16.* conſule porro Groenew. *de ll. abrog. ad l. 14. C. de contrah. empt. & ibi laudatos.*
3 Duæ conventiones ex hoc genere præcipuè celebrantur, propriiſque explicantur *tit. in ff.* addictio in diem, & lex commiſſoria. Addictio in diem his verbis tranſigitur: *Ille fundus centum eſto tibi emptus, niſi quis intra Calendas Januarias 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 addictione 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 opulentius, favente Numine, tractatu proprio.

TEXTUS.

De emptione rei, quæ non eſt in commercio.

§. Loca ſacra, vel religioſa, item publica, (veluti forum, baſilicam,) fruſtra quis ſciens emit: quæ tamen ſi pro profanis vel privatis deceptus à 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.

COMMENTARIUS.

1. *Quarum rerum venditio rectè fiat, aut ſecus?*
2. *Quid juris, ſi uterque aut alteruter qualitatem rei ignoraverit?*

SIne 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 herbis emuntur, *d. l. 8. l. fiſtulas. 78. §. ult. eod.* cui non abſimilis eſt quaſi aleæ emptio, veluti cum captus piſcium, vel avium, vel ferarum in venatione emitur. In quo genere quod capitur, emptoris commodum eſt, etiamſi decuplo pluris 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 jactum. 12. de act. empt.* Omnium autem rerum, quas quis habere, 1
vel poſſidere, vel perſequi poteſt, venditio recte 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 agitur, 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 recte deducuntur, quam quæ non ſunt in rerum natura, nec eſſe poſſunt, §. 2. *ſup. de inut. ſtip.*

Fruſtra quis ſciens emit] Si uterque contrahentium 2
qualitatem 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 improbata 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 inut. ſtip.* Illud quæritur, an ſi emptor ſciverit qualitatem rei, venditor ignoraverit, pretium ſolutum condici poſſit? Bartolus in *l. cum lex. 46. de fidejuſſ.* putat, condici poſſe, *arg. l. 11. §. ult. de act. empt.* quod etiam placet Gomez. 2. *reſol. 2. num. 50.* contra Angel. & Fabian. de Monte. Quid juris ſit, ſi res vendita aut pars ejus ſit conſumpta, puta

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, aliave 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 hactenus tantum, ut si venditor sciverit qualitatem rei, emptor ignorans possit adversus venditorem ex empto experiri, ut consequatur quod sua intereat, deceptum non esse: ut perinde hic ex dolo suo venditor obligetur, ac si rem, quæ in commercio sit, vendidisset, doloque feciisset, quominus 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 intereat, experiri potest, *l. 1. l. 11. §. idem ait. 9. de act. empt.* Quod si nec venditor qualitatem rei sciverit, æquum est, hactenus saltem eum teneri, ut pretium, quod accepit, restituat. *arg. d. l. 11. §. ult. de act. empt. l. si fundus. 33. locat.*

Titulus Vigesimus Quintus.

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 quæ 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 opera 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. §. cæterum. 12. l. 9. de acq. poss.* & passim alibi. Unde constitutum est, ut si conductor finito tempore conductionis pertinaciter recusat rem conductam restituere, moras usque ad definitivam sententiam nectens, tanquam invasor rei alienæ, condemnetur & 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 ususfructus & habitatio, *§. 1. & pen. sup. de usu & habit.* servitutis tamen prædii nulla locatio est. *l. locare. 44. hoc tit.* Alienæ quoque rei locationem valere placet, sed hactenus ut conductori ignoranti locator obligetur in id, quod intereat, si dominus conductorem frui non patiatur. *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 agrimensoris beneficium reputatur, & quod rependitur, non merces, sed remuneratio & honorarium: & ideo veteres crediderunt, cum tali persona locationem & conductionem non esse, *l. 1. si mens. falsi. mod. dix.* De opera advocati, medici, cæterisque, qui ingenio, eloquio, fide, gratia, operam nobis navant, idem statuendum.

Textus.

Collatio emptionis, & locationis. De mercedis conventione.

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 quædam ſingularia apud Hollandos conſtituta: & an diſpoſitio* l. pen. C. hoc tit. *in praxi hodierna ſervetur.*

1 LOcatio & conductio finitima eſt emptioni & venditioni, iſdemque 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 fit, aut cum dicis gratia res venditur uno nummo, 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 locatione & conductione. DD comm. *in d. l. 2.* Denique interdum propter ſimilitudinem vix emptio & locatio internoſci poſſunt. Quæ omnia certius poſtea intelligentur.

Si merces conſtituta 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. quæro.* 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 2 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 artifici, vel vehendum aurigæ. Ædium conductor ſpecialiter inquilinus, agri colonus, operis redemptor, vectigalis publicanus vel manceps veteribus dicitur. VINN. Sæpe quis locator, quiſve conductor ſit, ex eo judicandum, à quo contractus incipiat: quippe qui locare dicitur. vid. *l.* 19. §. 9. junct. *l.* 22. *ff. h. t.* Cujac. *Obſ. lib.* 11. *cap.* XXVIII. Si ne ſic quidem res ad liquidum perduci poteſt, actione præſcriptis verbis experiundum. *l.* 1. §. 1. *ff. præſcr. verb.* HEIN. Apud nos locatio 3 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 pœnam pati, ut poſt reſtitutionem rei, damnique 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 pœnæ 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 ante ſententiam

tiam definitivam non reſtituunt, cogantur præter rem ipſam etiam æſtimationem rei victori domino tanquam invalores præſtare. Cæterum in praxi Galliæ, & ſupremæ Curiæ Mechlinienſis hoc non obſervari, conductoremque hoc caſu teneri duntaxat ad damna & intereſſe, 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.

TEXTUS.

De mercede collata in arbitrium alienum.

1. *Et quæ 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 propriè locatio & conductio contrahi intelligitur; ſed eo nomine actio præſcriptis verbis datur.*

NOTÆ.

1. *Fulloni polienda*] Gloſſ. vett. λελειμμένα, κναπτέα. Officium fullonis eſt polire, curare, lavare, *l.* 31. *h.t. l.* 48. §. 4. *l.* 82. *de furt. l.* 2. *de cond. ſin. ca.* Plin. 37. *c.* 17.

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.*

COMMENTARIUS.

1. *Actio præſcriptis verbis unde dicta?*

Si 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 definiverit, 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. *prac. 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. inſ. 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 demonſtret, & 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 circumlocutione actionem hanc deſcribit: *Aut enim*, inquit, *ſtipulatio conventioni ſubjecta eſt, & ex ſtipulatu actio competit: aut ſi omiſſa verborum obligatio eſt, utilis actio, quæ præſcriptis verbis rem geſtam demonſtrat, danda eſt.* Ob eandem quoque cauſam hæc actio dicitur in factum, *l.* 1. *& paſſ. de præſc. verb.* Et interdum plena oratione actio præſcriptis verbis in factum. *l Titius.* 24. *d. tit.* Alia Franciſci Hotomanni conjectura eſt. VINN. Contractus nominati habebant certum nomen, certamque cauſſam. Unde non opus erat, ex iis acturis, factum, quod inter contrahentes interceſſerat prolixe enarrare: ſed ſufficiebat, modo genus contractus nominaretur: e. g. AJO TE MIHI EX MUTUO DARE CENTUM OPORTERE. Prætori enim jam notum erat, quale illud factum ſit, quod inter creditorem & debitorem intercadere ſoleat. Aſt in contractibus innominatis factum erat enarrandum, e. g. AJO TE MIHI MERCEDEM, DE QUA INTER NOS CONVENERIT, OB POLITA VESTIMENTA TUA DARE OPORTERE. Hinc dicitur actio incerta, *l.* 6. *C. de rer. perm.* incerti, *l.* 7. §. 2. *ff. de pact.* in factum, *l.* 13. §. 1. *l.* 22. *fin. ff. præſcr. verb.* &, quia formulæ hujuſmodi actionum à JCtis præſcribi ſolebant, præſcriptis verbis. Vid. Val. Max. *lib.* VII. *cap.* II. & *Antiqu. noſtras Rom. lib.* IV. *tit.* VI. §. 32. HEIN.

TEXTUS.

In quibus rebus merces conſiſtat.

2. *Præterea, ſicut vulgo quærebatur, 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 commodarent, ut opus facerent, & apud alterum alterius bos perierit; neque locati, neque conducti, neque commodati competit actio: quia non fuit com-*

modatum gratuitum, verum præscriptis verbis agendum est.

NOTÆ.

2. *Placuerit inter eos*] Et unus à sua parte conventionem impleverit, id est, bovem suum per denos dies commodaverit: nam si conventio placiti tantum fine stetit, nudum pactum est, ex quo jure nostro actio non datur. *l.* 7. §. 2. *& 4. de pact. 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 contractuum innominatorum, quæ recenset Paul. *l.* 5. *d. t. Do, ut des; Do, ut facias; facio, ut des; facio, ut facias*, ad postremum videtur species proposita pertinere.

COMMENTARIUS.

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.

ETiam 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 concesso 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 veniat, in emptione res ipsa, in locatione usus rei, ratio exigere videtur, ut non minus in hac, quam in illa, pretium nummarium 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 interceserit. Idem in *l.* 1. §. *si quis.* 9. *depos.* negat, locationem esse, ubi pecunia non datur. In *l.* 5. §. 2. *de præscript. 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 partiarius opponitur colono vero, qui ad pecuniam numeratam conduxit. 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 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 rescind. vend. part.* 2. *rubr. cap.* 3. *num.* 29. aliosque recentiores movit, ut putarent, mercedem locationis in quavis re consumptibili consistere posse, videlicet *l. si 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. Etsi autem tale negotium à natura locationis, quæ pecuniam numeratam desiderat, nonnihil 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 absimiles colonis partiariis, excepto eo quod coloni partiarii incertam quantitatem, puta tertiam aut quartam partem fructuum solvunt, & quasi societatis jus cum domino fundi habent. *l. si merces.* 25. §. *vis major.* 6. *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 rescind. vend. l. sed addes.* 19. §. 3. *l. & hæc.* 35. *in fin. hoc tit.* Atque ad ejusmodi casum *d. l. si olei.* 21. pertinere. Etsi 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 exprimatur, quasi quod maxime spectatum fuit. Idem responsum esto *ad l.* 8. *& ad l. excepto.* 18. *C. eod.* Ita sentiunt Glossa. Bart. & comm. DD. *in d. l.* 5. §. 2. *de præscr. verb. & d. l. si olei* 21. *C. hoc tit.* Gomez. 2. *resol* 3. *n.* 3. Fachin. 1. *controv.* 82. Christin. *vol.* 3. *decis.* 109. *n.* 12. ubi etiam arresto supremæ Curiæ Mechlin. hanc sententiam confirmatam refert. D. Tuldenus *comm. hic. c.* 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. *anima adverse.* 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

pactum est, simile placito permutationis: ex cujusmodi pactis nemini jure civili actio datur. Sed ubi causa subesse cœpit, id est, ubi unus à sua parte conventionem implevit, συνάλλαγμα esse incipit seu contractus, & alter efficaciter obligatur, *l. juris gentium.* 7. §. 2 & §. 4. *de pact. l.* 3. *C. de rer. permut.* quemadmodum in proposito 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 proposita pertinere.

TEXTUS.

De Emphyteusi.

3. *Adeo autem aliquam familiaritatem inter se videntur habere emptio & venditio, item locatio & conductio, ut in quibusdam causis quæri soleat, utrum emptio & venditio contrahatur, an locatio & conductio: ut ecce de prædiis, quæ perpetuo quibusdam fruenda traduntur, id est, ut quamdiu pensio sive reditus pro his domino præstetur, neque ipsi conductori, neque hæredi ejus, cuive conductor hæresve ejus id prædium vendiderit, aut donaverit, aut dotis nomine dederit, aliove quocunque modo alienaverit, auferre liceat. Sed talis contractus, quia inter veteres dubitabatur, & à quibusdam locatio, à quibusdam venditio existimabatur, lex Zenoniana lata est, quæ emphyteuseos contractus propriam statuit naturam, neque ad locationem, neque ad venditionem inclinantem, sed suis pactionibus 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 r dundare periculum: sin autem particularis, ad emphyteuticarium 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 conventione tamen temporarium esse potest, *l. ult. si ag. vect.* modo ne ad modicum tempus constituatur, arg. *l.* 1. §. 3. *de superfic.*

Id prædium vendiderit] 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. Horom.

Siquidem aliquid pactum] Pactiones in emphyteusi servandæ tam quæ fiunt circa ipsam emphyteusim, quam quæ circa personam emphyteutæ, ejusque rejectionem, *l.* 2. *C. eod.* Si nihil aliud nominatim cautum, tum si emphyteuta triennium integrum pensionem solvere cessarit, jus suum ei adimi potest. *d. l.* 2. In Emphyteusi 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 emphyteusios, & utrum etiam in ædibus consistat?*
3. *Jus emphyteuticum non ex tempore æstimari, 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: & quanto tempore emphyteuta, non soluto canone, jure suo cadat? aliaque in foro agitata.*
6. *Qua conditione emphyteuta jus suum vendere, aut aliter alienare possit? Et quid hic juris apud Batavos?*
7. *Contractum emphyteuticum esse vetustissimum, & quid à Zenone acceperit?*
8. *An ad substantiam hujus contractus scriptura necessaria?*
9. *Contractus censualis & emphyteuticus quomodo differant?*
10. *An emphyteuta similiter remissio canonis, ut conductori mercedis, in casu insolitæ sterilitatis præstanda?*

SUnt quædam negotia, de quibus dubitatum fuit utrum pro emptione venditione, an pro locatione conductione habenda sint? Cujus generis duo Justi- 1
nianus profert. Unum hoc §. alterum §. seq. Quod hoc §. proponitur, est contractus emphyteuticus, & tale: 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 hæ-

hæredem; & in alium quemvis liceat transferre: unde etiam ei cui hoc jus constitutum est, utilis in rem actio contra quemcunque possessorem competit. *l.* 1. § 1. *si ag. vect.* Rursum 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 statuatur semel solvendum. Sed Zeno hanc disputationem sustulit, voluitque, hujusmodi conventionem propriam esse speciem contractus ab emptione & locatione distinctam.

2 *De prædiis, quæ traduntur perpetuo fruenda*] Contractus emphyteuticus originem traxisse videtur ab incultis & sterilibus agris, qui quod colonum non reperirent, propter sumptus, quos in illorum cultura atque insitione, seu, ut nunc loquuntur, melioratione, fieri necesse erat, in perpetuum, aut certe ad longissimum tempus locari cœperunt, ut agri illi colerentur, & considererentur, 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 emphyteusis, à verbo Græco ἐμφυτεύω, quod Latinis est, *insero*, *implanto*. Dicuntur & agri vectigales, à vectigali, id est, pensione seu canone, qui à possessoribus solvitur. Nam vectigal quemlibet reditum significat. Cicero in *paradox.* 6. *Ex tenui meo vectigali aliquid etiam redundat.* Cæterum usu veterum fere soli agri publici ita conditione locati vectigales appellantur, *l.* 1. *si ager vectig.* Quæsitum est, an in ædibus quoque emphyteusis consistere possit? Nonnulli negant, quoniam lex insitionis, 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 ruinas. 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. prad. civil. lib.* 11. quanquam hoc jus etiam ad tempus constitui potest, dum ne id modicum fit, *l. ult. si ag. vect. l.* 1. §. 3. *de superfic.* VINN. In jure nostro promiscue accipiuntur agri vectigales & emphyteutici: *rubr. tit. si ag. vect. id est, emphyt. pet.* Alias tamen illi his patent latius. Vectigales erant Romanis omnes etiam culti publici, qui hostibus erepti vel inopi plebi militibusve ex legibus agrariis dividebantur, vel aliis in perpetuum locabantur, constituto annuo vectigali. Ejusdem generis agros habebant municipia, ex quorum reditibus ædes sartæ tectæ servabantur, aliaque onera municipiorum ferebantur. Et hi quoque aliis in perpetuum locati vectigales dicebantur, de quibus proprie titulo Digestorum paullo ante laudato agitur. Vid. *l.* 1. *ff. si ag. vect. id est, emphyt. pet.* Quum vero & agri inculti & novales hac lege locari solerent, hi speciatim dicti sunt emphyteutici, qui & in eo differebant à vectigalibus, quod quum his vectigal, quod in frumento consistebat, imponi soleret; hic pensio annua & quidem satis tenuis exigeretur. Ast postea & agri culti, immo & ædes & prædia sub lege emphyteutica dari cœperant. Multa quæ ad agrorum vectigalium atque emphyteuticorum originem pertinent erudite ex Romanis Antiquitatibus explicavit V. C. Petrus Burmann. *de Vectigal. Pop. Rom. c.* 1. 11. & 111. HEIN. Cæterum ut 3
emphyteusis constituta censeatur, id non æstimandum est ex tempore, sed ex ipsa conventione, & ex eo, quod actum est. Wesemb. *Par. hic. num.* 8. D. Bronch. 2. *assert.* 67. Nam locatio quantivis temporis non est modus transferendi dominii, *l. non solet.* 39. *hoc tit.* D. Joan. à Sande *lib.* 3. *tit.* 6. *defin* 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 emphyteutis concessa esse constat. Ait, *quæ traduntur.* Recte interpretes statuunt, ante 4
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 transiret.

Quamdiu pensio præstetur] Præstatio pensionis seu 5
canonis pars est essentialis contractus emphyteutici, & argumentum reservati dominii, in cujus rei fidem etiam solvitur. Quamdiu autem canon suo tempore 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 secus privata pactio suadeat, *l.* 2. *C. de jur. emphyt.* In emphyteusi Ecclesiastica cessatione biennii jus amittitur, *auth. qui rem. C. de SS. Eccles.* Enimvero si dominus post cessationem tanti temporis canonem elapsum fine protestatione receperit, renunciasse caducitati videtur, per *l. pen. de leg. commiss.* Guid. Pap. *quæst.* 171. Clar. § *emphyteusis. quæst.* 10. Ant. Fab. *C. suo hoc tit. defin.* 16. Perez. *in C. hoc tit. in fin.* D. Grot. 2. *introduct.* 40. Quinetiam etsi cum protestatione acceperit canonem futuri temporis, aut elapsum post tempus, quo res in commissum cecidit, nihil tamen hoc dominum juvat. Clar. *d. quæst.* 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 Grot. *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

Afflict.

Afflict. *decis.* 174. ad Christin. *vol.* 1. *decis.* 157. Quæritur autem, an dominus emphyteutam propter canonem triennio non solutum 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 expulsione loquuntur, intelligendi de expulsione legitima, quæ fit auctoritate judicis. Grot. *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 irrequisito. 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. & ibi* Jas. *col.* 14. *& seq.* Sichard. *n.* 19. *& seq.* Prolixius hæc executio *lib.* 2. *select. quæst. cap.* 2. Apud nos extra specialem conventionem, aut contrariam consuetudinem, passim usu servatur, ut emphyteuta jus suum etiam vendere irrequisito domino possit. *Decis. Cur. Holland.* 59. sed habet dominus jus προτιμήσεως seu retractus, eoque uti potest intra annum, ex quo scire cœperit, prædium esse alienatum. Grot. 4. *introduct.* 40. ubi etiam refert, quibusdam in locis observari, ut alienato jure aut per successionem transeunte, canon pro eo tempore duplicatus vice laudimii solvatur. Vinn Vere ergo domino tantum competit jus προτιμήσεως, adeoque errant, qui hic longum tractatum instituunt de feudo sine consensu domini non alienando. Feudi enim dominus alienationem potest prohibere, quod non potest dominus emphyteuseos: quamvis ei futura alienatio denuncianda sit, ut possit secum statuere, ipsene jure προτιμήσεως uti, an extraneo emtori fundum concedere malit. Hein.

Lex Zenoniana lata est] Zeno *l.* 1. *C. hoc tit.* constituit, ut jus emphyteuticarium neque conductionis, neque alienationis titulis adjiceretur, sed tertium hoc jus esset, ab utriusque memoratorum contractuum societate separatum; utque conceptionem ac definitionem haberet propriam, justusque esset ac validus contractus, ex quo in posterum actione propria emphyteuticaria, non ex empto aut conducto, amplius age-
7 retur. Unde interpretes 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 conduceus, 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 Mosen *Genes.* 74. *vers.* 24. *& 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, separatam ab utraque illa conventione haberet naturam: Itaque non novam contractus speciem Zeno fecit; sed eam, quæ sub emptione & locatione continebatur, quasi grana ex spicis excutiens, detexit, ut disputat Coras. 1. *misc.* 21. *num.* 4. Planè, si vera est communis 8
DD. opinio, ex lege Zenonis ad constitutionem & substantiam contractus emphyteutici necessariam 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. & jur.* Sed multi tamen censent cum Gloss. non prohiberi fieri sine scriptis, licèt dicatur fieri in scriptis. Et nimirum, Zenonem non ideo scripturæ 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. Connan. 7. *comm.* 12. Perez. *C. hoc tit. n.* 2. Addunt alii, perpetuum non esse, quod duo ablativi absolutè positi conditionem contineant, 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 reprobat, testibus Bart. & Angel. *in d. l.* 1. *hoc tit.* Paris. *lib.* 3. *cons.* 177. *num* 16. *& seqq.* Socin. *cons.* 169. *num* 12. Roland. à Val *cons.* 87. *num.* 11. & nominatim de moribus nostris testatur Grot. 2. *introduct.* 40. Clarus tamen *d.* §. *emphyteusis. quæst.* 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 Mechlinienscm aliquando censuisse refert D. Christin. *vol.* 3. *decis.* 119. *n.* 5.

Neque ad locationem neque ad venditionem inclinantem] Horum verborum non hic sensus est, post constitutionem Zenonis contractum emphyteuticum cum emptione & locatione nihil commune habere cœpisse: sed cœpisse esse specialem contractum, peculiarem & distinctam habentem naturam ab emptione & locatione, 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, & hactenus ad utrumque inclinaret. Simillimus, ut obiter hoc di- 9
cam, contractui emphyteutico est contractus censualis. Sed hoc interest, quod etiam verum & directum

dominium in cenſuarium transfertur, cum illud in conſtitutione emphyteuſios apud conſtituentem maneat. Itaque cenſum ſolvimus non ut emphyteutæ, in recognitionem dominii de re aliena, ſed de re noſtra: & ideo qui cenſum recipit, jus caducitatis ob ceſſationem non habet. Jo. Fab. *ad hunc §. circa fin.* Jaſ. *in l. 1. C. de jur. emph. n. 39. D. præſ. in loc. ab emphyteuſi ad cenſ.* Clar. §. *emphyteuſis. q. 1. n. 2.* Grot. 2. *introduct. 46.* Baro *comm. hic. part. alt.*

Ac ſi naturalis eſſet contractus] Id eſt, haud ſecus, ac quilibet alius contractus propriam ac diſtinctam naturam habens: ut enim cæteri contractus ex conventione legem accipiunt: *l. 23. de reg. jur.* ita & contractus emphyteuticus ſuis pactionibus 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, τὰ γὰρ ἐν ἀρχῇ συμφωνήματα φύσιν διδόασι τοῖς συναλλάγμασι. 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. eod.* Quapropter nec ob ſterilitatem remiſſionem penſionis petere poterit. Neque eſt contrarium, quod eo caſu in locatione penſio remittenda eſt. *l. ex condicto. 15. §. 2. & 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 dominii præſtatur. Plane 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 conventionis inſpiciendum, quam natura & conditio negotii, quod geritur. Clar. §. *emphyteuſis. q. 8. n. 7. & ſeq.* Gail. 2. *obſ. 23.* Ant. Fab. *C. ſuo de jur. emphyt. defin. 36.* Diſſ. Fachin. 1. *contr. 89.* D. Tulden. *in C. de jur. emphyt. n. 4.*

TEXTUS.

De forma alicui facienda ab artifice.

4. *Item quæritur, ſi cum aurifice Titius convenerit, ut is ex auro ſuo certi ponderis certæque formæ annulos ei faceret, & acciperet, verbi gratia, decem aureos, utrum emptio & venditio, an locatio & conductio contrahi videatur? Caſſius ait, materiæ quidem emptionem & venditionem contrahi, operæ autem locationem & conductionem. 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 hypotheſi propoſita, utrum emptio contraheretur, an locatio?*
2. *Regula generalis, unde in hujuſmodi caſibus emptio & locatio dignoſcantur.*

AFfert hic Juſtinianus aliud exemplum negotii, 1
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 hypotheſi propoſita auri infecti venditionem contrahi, operæ & artificii locationem. Sed concinnius viſum eſt, ſimplex hoc & unum negotium cenſeri, 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 facienda, cum utrobique in pretio conſtituendo, non materiæ ſolum, ſed etiam artificii ratio habeatur? Sic 2
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 conductor omnia faciat, proprietatem quidem eorum ad me 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. Sabinus. 20. 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

Quod ſi ſuum aurum dederit] *d. l.* 2. *l. in navem.* 31. *hoc tit.* facit *l. ſcribit.* 34. *in pr. verſ. in aurifice. 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. empt.*

TEXTUS.

Quid præſtare debet conductor.

5. *Conductor omnia ſecundum legem conductionis facere debet: & ſi quid in lege prætermiſſum fuerit, id ex bono & æquo 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 amiſerit, de reſtituenda ea non tenebitur.*

NOTÆ.

5. *Ex bono & æquo præſtare*] Eſt enim hic contractus bonæ fidei, in quo multa, quæ nec dicta, nec cogitata fortè ſunt, præſtari æquum eſt. §. 30. *inſ. de act. & ſup. de obl. ex conſ.* add. *l.* 25. §. 3. *l.* 24. *pr. h. t. l.* 2. *l.* 17. *C. eod.*

COMMENTARIUS.

1. *Quæ 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. *Excluſione caſus fortuiti non protinus induci præſtationem culpæ leviſſimæ.*

AGitur hoc §. de præſtationibus, quæ conductori incumbunt, doceturque in hac re primum inſpici 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. 1 *l.* 11. *de act. empt. 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. *inſ. de act.* unde poſt moram etiam uſuræ tardius illatarum penſionum à conductore præſtandæ. *l. quæro.* 54. *eod. l. præſes.* 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 pactione adjecta contractus accipit, ipſamve pactionem. *l. qui fundum.* 40. *l. comprehenſum.* 60. *l. ſi cum fundum.* 68. *de contr. empt. l. ſi in lege.* 24. *hoc tit. l. venditor.* 13. *comm. præd. cum ſimilib.*

Ex bono & æquo præſtare] Ante omnia autem colonus curare debet, ut opera ruſtica ſuo quæque tempore fiant, ne intempeſtiva cultura fundum faciat deteriorem. Præterea villarum curam agere debet, ut eas incorruptas habeat. *d. l.* 25. §. 3. *h. t.* 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.* 54. §. 1. *hoc tit.* Ni ita ſe gerat conductor, & penſionem præſtet, impunè expelli poteſt. *d. l. quæro.* 54. §. 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. Ant. Fab. *C. ſuo. h. t. defin.* 11.

Qualem diligentiſſimus paterfamilias] Simile eſt, quod traditur in *l. ſi merces.* 25. §. *pen. hoc tit.* Atenim 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 mediæ diligentiæ 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, diligentiæ ſcilicet, intelligens 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 ſuperiorem regulam, ſi quando commodantis quoque contemplatione res commodata ſit. *l. in rebus.* 18. *in fin. pr. commod.* Ex quibus perſpi- 2
cuè 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 communiter 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 quæritur.* 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 ineuntur: at culpæ nomine absolutè posito in usu juris culpa levis perpetuo significatur. Denique ut nullus dubitationi locus relinquatur, evidentissimè hoc ipsum ostendit, *l.* 3. §. 1. *naut. 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 depositio dolus duntaxat præstetur: edicto vero omnimodo, qui recepit, teneatur, etiamsi sine culpa ejus res periit aut damnum 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.

3 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. hæredes.* 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. §. *& ille.* 4. *de obl. & act.* §. 1. *inf. de obl. quæ 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 obnoxiæ, accuratissimam custodiam desiderant, altero etiam de conductoribus, qui operam quasi ultro offerunt, & ideo quoque levissimam culpam præstare tenentur, *arg. l.* 1. §. *sape.* 35. *depos.* 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. *naut. caup. stab.* sed locum hoc habet in artificibus, seu iis, qui alicujus rei peritiam profitentur; quorum idcirco imperitia culpæ levi annumeratur, cum in aliis sit levissima, *l.* 9. §. *pen. l. item.* 13. §. *si gemma.* 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 differui sub §. 3. *tit. prec.* 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 mirificè variant & interpretes, & judicum sententiæ. Vid. Gail. 2. *obs.* 21. Menoch. *de arb. jud. quæst.* 2. *caf.* 390. Mascard. *lib.* 2. *de prob. in verb. Incendium.* Fachin. 1. *cont.* 87. Moller. 4. *semestr.* 31. D. Tulden. *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 opulentius *lib.* 1. *sel. quæst. cap.* 33.

TEXTUS.

De morte conductoris.

6. Mortuo conductore intra tempora conductionis, hæres ejus eodem jure in conductione succedit.

NOTÆ.

6. *Mortuo conductore, &c. hæres ejus*] *l.* 10. *C. h. 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. hær.* Emptor autem vel legatarius stare locationi non tenentur. *l.* 35. §. 1. *l.* 32. *h. t. l.* 120. §. *ult. de leg.* 1. *l.* 9. *C. h. t.*

COMMENTARIUS.

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. hær.* 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. §. *antepen. 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 finiatur: quod quidem regulariter etiam in aliis contractibus obtinet: sed secus est in iis negotiis, in quibus industria certæ per-

perſonæ eligitur, ut in ſocietate & mandato, quæ morte contrahentium finiuntur, ut docetur duobus tit. proximè ſeqq. particularis autem ſucceſſor, emptor aut legatarius non tenetur ſtare locationi factæ ab auctore ſuo, *l. ſi merces.* 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 receſſum eſt, juxta tritum illud, huur gaat voor koop. Grot. 3. *introd.* 19. Neoſtad. *dec. ſup. Cur.* 30. Gudelin. 3. *de jur. nov.* 7. add. *vai*, *vai*, Groenew. *de legib. abrog. ad d. l.* 9. *C. h. t.* In hac urbe ſequuntur jus commune: *Statut. Leid.* 74.

TITULUS VIGESIMUSSEXTUS.

DE SOCIETATE.

Dig. Lib. 17. *Tit.* 2. *C. Lib.* 4. *Tit.* 37.

Continuatio. Quid ſit ſocietas, & quarum rerum, quando & quomodo contrahatur.

TErtia 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 coïri 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 inſtituatur: nam & univerſorum bonorum ſocietas contrahi poteſt, & partis bonorum: poteſt & negotiationis alicujus, quæ multas res parteſque contineat: poteſt denique & unius rei, veluti ſi prædium communi conſenſu conducatur, ut fructus inde quæſiti 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 obvenerit, 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 inſtituatur, ut lucrum inde in commune fiat. Quæ communio hunc 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, fit illa quidem amborum voluntate communis, ſed ut modo dixi, citra 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, quaſi quæ contra finem ſocietatis conſtituatur. *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 intelligetur. 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 coïri re & verbis. &c. Significat enim, ſocietatem ita contrahi conſenſu, ut nihil interſit, verbis ſeu aperta conventione, an tacitè re ſeu facto aliquo conſenſus declaretur. Add. quæ ex Cujacio notat D. Gothofr. *ad d. 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 a materia.

Societatem coïre ſolemus aut totorum bonorum, quam Græci ſpecialiter κοινωνίαν appellant; aut unius alicujus negotiationis, veluti

mancipiorum vendendorum emendorumque, aut olei, aut vini, aut frumenti emendi vendendique.

NOTÆ.

Societatem coïre] Societas est communio consensu suscepta. Estque duplex, vel vitæ, quam uno verbo nuptias sive matrimonium appellamus; vel bonorum, quæ verbo generis in usu juris societas vocatur: de qua sola hîc agitur.

Aut totorum bonorum] In qua bona omnia præsentia continuo communicantur, actiones invicem cedendæ, quæ postea obveniunt, in commune redigenda, *l.* 1. §. 1. *l.* 2. *l.* 3. *l.* 73. *& seq. h.t.* Cum autem aliqui simpliciter societatem contrahunt eorum duntaxat, quæ ex quæstu veniunt, coïta 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 universorum bonorum societas contracta intelligatur? ejusque effecta.*
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 coïta sit?*
5. *Peculiaria quædam 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
1 accurata ea oppositio est. Pinguius à diversitate subjecti societas ita distribui potest, ut dicamus, aliam esse rerum & bonorum omnium, aliam universorum, 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
2 quæruntur. *d. l.* 3. §. 1. *d. l.* 73. *eod.* Hujusmodi autem societas tunc tantum contracta intelligitur, cum nominatim & specialiter omnium bonorum coïta est. *dd. ll.* Interdum tamen evenit, ut tacitè 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, sibive habuerit, universalis societas minimè contracta videbitur, nec quod aliunde quæsitum est, veniet 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. cap.* 1. Moribus ferè totius Belgicæ 3
(Frisiam 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 pactis antenuptialibus cautum sit: in qua societate etiam hoc amplius est, quam in alia universali, quod etiam ea, quæ post contractum matrimonium alterutri conjugum quæsita sunt, continuo inter eos communia fiunt, non expectata nova eorum communicatione: scilicet quia lex hanc communionem inducit. Vid. D. Neostad. *in not. ad observ.* 9. cum alii socii, quamvis universorum bonorum, quæ post contractam societatem acquirunt, sibi acquirant; ut tamen judicio societatis ea cogantur communicare, & quæsita in commune redigere, *l. si societatem.* 73. *& l. seq. hoc tit.* Unde 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 universorum, quæ 4
ex quæstu veniunt, res coëuntium seu bona præsentia non communicantur, sed futura tantum, seu lucra postea obvenientia; 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 causa 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 obscurè 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 5
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, tametsi 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 lucrativa causa obveniunt, in commune sint redigenda. Quapropter si unus è sociis universorum bonorum quid erogaverit in honorem liberorum, honestè tamen & decenter, non profusè, inve fraudem sociorum, id in societatem imputabitur; veluti

luti ſi pater filium in ſtudiis aluit, atque eo nomine quid honeſtè & bona fide erogavit, *fac. l. quæ pater. 50. fam. erciſ.* Quid ſi filiam elocavit, & pro ea dotem dedit? Adhuc dixerim, ſocietatis id commune onus eſſe, non ſolius patris, *arg. l. 19. de rit. nupt.* Rol. à Vall. *conſ.* 91. Menoch. 2. *de arb. jud. cap.* 127. Fach. 8. *contr.* 4. Chriſtin. *vol.* 3. *deciſ.* 51. *num.* 9. Gothofr. *ad l.* 81. *hoc tit.* Bachov. ad Treutl *vol.* 1. *diſput.* 27. *th.* 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. Sic ea, 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, ut poſt mortem conferantur. Hoc autem nihil ad ſocios. Planè feuda in hanc ſocietatem non veniunt. Bald. *& Præpoſ. in c. imperialem de prob. feud. al. per. Fred. & in cap.* 1. *de inveſt. de re al. fact.* Præſ. Everh. *conſ.* 53. In reliquis ſocietatibus id ſolum, quod ex quæſtu negotiationis venit, aut rei, cujus ſocietas contracta eſt, lucrum commune eſt: ex alia cauſa quæſitum ad communionem non pertinet. *l. cum duobus.* 52. §. *cum duo.* 5. *eod.*

TEXTUS.

De partibus lucri & damni.

1. *Et quidem ſi nihil de partibus lucri & damni nominatim convenerit, æquales ſcilicet partes & in lucro & in damno ſpectantur. Quod ſi expreſſæ fuerint partes, hæ ſervari debent. Nec enim unquam dubium fuit, quin valeat conventio, ſi duo inter ſe pacti ſint, ut ad unum quidem duæ partes & lucri & damni pertineant, ad alterum tertia.*

COMMENTARIUS.

1. *Summa diſputationis hic propoſita.*
2. *In impari rerum collatione, ſi de partibus nihil dictum ſit, impares quoque conſtitutas intelligi; & reprehenſi, qui ſecus ſentiunt.*
3. *Ubi partes expreſſæ, qualiſcumque collatio ſit, conventionem ſervandam.*

OMnis ſocietas lucri in commune faciendi gratia coïtur. Sed non ſemper lucrum ſit, & ſæpè etiam damnum. Hinc de partibus lucri & damni quærendum eſt, ut ſciatur, quantum quiſque & in lucro
1 & in damno ferat. Summa hujus diſputationis tribus hiſce propoſitionibus continetur. 1. Si nihil nominatim convenerit, partes & in lucro & in damno æquales ſunt. 2. Si partes expreſſæ fuerint, has ſervari oportet. 3. Si una tantum in cauſa pars expreſſa ſit, in altera, quæ omiſſa eſt, eadem pars ſervari debet.

Æquales ſc. partes] Si partes expreſſæ non ſint, id tacitè actum intelligitur, ut æquales ſint, *l. ſi non fuerint.* 29. *pr. h. t.* quod ſic vulgo & rectè acceptum eſt, ut pro vero habendum ſit, cum ea quoque, quæ conferuntur, ſunt æqualia: cæterum ſi inæqualis ſit
2 collatio, pro rata ejus, quod quiſque contulit, partes fieri: æqualitatem 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; æquales partes pro numero ſociorum tacitè factas intelligi, non conſiderato eo quod quiſque contulit; quaſi ubi nihil ſpeciatim dictum eſt, communem duntaxat negotiationis fortunam ſpectaſſe, atque in eo acquieviſſe videantur, ut quiſque damni & lucri tantundem haberet; ſcilicet jubente id etiam lege ſocietatis atque amicitiæ, quæ ab æqualitate primum nata ſit, & pares faciat etiam quos impares ſuſcepit. Sed ut concedamus, hoc tacitè actum videri in ſocietate omnium fortunarum, aut ſimpliciter & ſine deſignatione rerum contracta: tamen in ſocietate unius alicujus negotiationis idem probandum non eſt. Nam, cum nihil æquius ſit, quam ut quiſque pro ratione ſortis, quam in eam negotiationem contulit, lucrum ſentiat, *l.* 6. *l. quid enim.* 80. *h. tit.* hoc ipſum tacitè quoque actum intelligi convenit, ſi nihil aliud dictum eſt. Bene Ariſtot. 8. *Ethic. ad Nicomach. in fin. & 3. Polit.* 6. *ὃν χρημάτων κοινωνίαι πλείω λαμβάνουσιν οἱ συμβαλλόμενοι πλείω.* VINN. Plura ad *l.* 29. *ff. pro ſoc.* in hanc ſententiam commentatus eſt Vir Clariſſimus, Ger. Noodt *Comm. in Pandect. h. t. p.* 380. *ſequ. Tom. II. Op.* quem eximium jureconſultum, dum hæc ſcribo, ad ſuperos exceſſiſſe, non ſine dolore audio. Mortuum ſaltim nemo dixerit, qui tot egregiis operibus immortalem ſibi gloriam peperit, & jam vivus quodammodo interfuit poſteritati. HEIN.

Si expreſſæ fuerint partes, hæ ſervari debent] Ac pro- 3
inde etiam ſi inæquales ſervari placuerit in collatione æquali, pactio ſervanda erit: & contra ſi æquales ſervari placuerit in collatione inæquali. Itaque cum ſæpe non conſtet, an æqualis utriuſque aut rerum aut operæ collatio facta ſit, ut omnis de hac re controverſia inter ſocios tollatur, rectè fecerint, ſi ipſi expreſſe partes ſocietatis conſtituant. Videtur tamen, quod hic ſimpliciter dicitur, aliqua indigere cautione, de qua ſub §. *ſeq.* Quod ſi ſocietas ea conditione contracta ſit, ut partes poſtea conſtituerentur, ad boni viri arbitrium res redigenda eſt. *l.* 6. *hoc tit.* Sed & ſi arbitrio tertii alicujus partium definitio permiſſa ſit, arbitrium boni viri electum videtur, poteritque in manifeſta iniquitate arbitrium perſonæ electæ per judicium bonæ fidei corrigi. *l. ſocietatem.* 76. *cum* 4. *ll. ſeqq.*

Ut ad unum duæ partes, &c.] Hæc conventio ut ad unum duæ partes tam damni, quam lucri pertineant, ad alterum tertia, propter analogiam inæqualitatis partium in damno & lucro facile recepta eſt. Imo vix inæqualitatem habere videtur; quoniam incertum eſt, lucrum an damnum ex communi negotiatione proventurum ſit: neque enim ſemper favente Mercurio negotia procedunt.

TEX-

TEXTUS.

De partibus inæqualibus.

2. *De illa ſanè conventione quæſitum eſt, ſi Titius & Sejus inter ſe pacti ſint, ut ad Titium lucri duæ partes pertineant, damni tertia; ad Sejum duæ partes damni, lucri tertia, an rata debeat haberi conventio? Quintus Mucius contra naturam ſocietatis talem pactionem eſſe exiſtimavit, & ob id non eſſe ratam habendam. Servius Sulpitius, (cujus ſententia prævaluit,) contra ſenſit; quia ſæpè quorundam ita pretioſa eſt opera in ſocietate, ut eos juſtum ſit conditione meliore in ſocietatem admitti. Nam & ita poſſe coïri ſocietatem, non dubitatur, ut alter pecuniam conferat, alter non conferat, & tamen lucrum inter eos commune ſit: quia ſæpè 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. §. 1. *eod.*

COMMENTARIUS.

1. *Sulpitium in caſu hic propoſito non tam improbaſſe videri ſententiam Mucii, quam temperaſſe.*
2. *Improbatur eadem Mucii ſententia ſimpliciter.*
3. *Notabilia quædam circa caſum, quo ab uno pecunia, ab altero opera confertur.*
4. *Si convenerit, ut unus lucri ſit particeps, damni immunis: & de leonina ſocietate.*

Lucri duæ partes, damni tertia] Difficulter in ſocietate coëunda admiſſum eſt, ut partes lucri & damni diſformiter 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.

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 pactionem, naturæque ſocietatis contrariam, ut alter plus lucri, alter plus damni ſentiat, id Servium exiſtimaſſe 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 & ſortis collatio; ſed tunc demum ratum eſt, cum inæqualis eſt collatio, & is, quem plus lucri ferre placet, etiam plus ſocietati confert, ſive pecuniæ, ſive operæ aut induſtriæ: 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 interpretes comm. *ad hunc* §. *& in d. l.* 29. ſequuntur. Gomez. 2. *var. reſol.* 5. *num.* 5. Weſemb. *Parat. hic, num.* 7. 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 expreſſæ 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 conventione 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. empt.* Quare exiſtimandum potius eſt, Servium in reddenda ratione ſuæ ſententiæ reſpexiſſe ad id, quod plerumque evenit, ut ſcilicet unius opera ſit pretioſior, & plus ſocietati proſit, 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 ſenſiſſe Ulpianum, aut nimiam ſolum improbaſſe inæqualitatem *d. l.* 29. *hoc tit.* Utut 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

inter eos commune ſit. Quippe cum ſæpe opera alicujus tanti ſit, quanti pecunia eſt. Titium eſt illud Plauti, *Aſin. Act.* 1. 50. 3.

Par pari datum hoſtimentum eſt, opera pro pecunia.

cui ſimile illud in *l.* 52. §. 2. *eod. pretium operæ & artis eſt levamentum, id eſt,* σύκωμα. Varro apud Non. *amuſſis eſt, æquamen, 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 coïre, ut unus pecuniam conferat, unde merces emantur & negotiatio exerceatur; alter operam duntaxat, qui proficiſcatur 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 ſors domino perit, & ſi ſalva eſt, domino ſalva eſt: aut opera confertur cum ipſo dominio pecuniæ, quo caſu qui operam impendit, particeps fit ſortis. In prima ſpecie comparatur cum opera non ſors, ſed periculum amittendæ ſortis, & lucrum, quod ex ea probabiliter ſperari poterat. In altera operæ pretium habetur quaſi ſorti adjectum, & pro eo, quod valet, in ipſa ſorte partem habet, qui operam præſtat, ut eleganter Grot. 2. *de jur. bell. ac pac.* 12. *num.* 24. Covar. 3. *var. reſol.* 2. Atque hinc ſumenda deciſio quæſtionis agitatæ 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 amiſſæ commune ſit, an ad eum, ſolum hoc damnum pertineat, qui contulit pecuniam. De quo laborant Gail. 2. *obſ.* 24. *n.* 6. Fachin. 2. *contr.* 94. & 95. Chriſtin. *vol.* 3. *deciſ.* 51. *num.* 4. & *vol.* 1. *deciſ.* 207. *n.* 8. & *ſeqq.*

Lucri partem ferat, de damno non teneatur] Ut ſociorum aliquis lucri ſit particeps, immunis damni, præ-
4 ter 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 aſſecurationem 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*, diſerte *partem.* Nam talis ſocietas coïri 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.

TEXTUS.

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 prætermiſſum eſt, eandem partem ſervari.*

COMMENTARIUS.

QUæ partes in cauſa lucri aut damni tantum definitæ ſunt, eædem etiam in cauſa omiſſa tacite definitæ intelliguntur: verbi cauſa, ſi ea lege ſocietas coïta ſit, ut ad unum duæ partes lucri, ad alterum una pertineret, tacite actum intelligitur, ut eaſdem 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 obvenientia æqualiter communicari: nam tunc damna quoque uterque conjugum ex æquo ferre debet. Everhard. *conſil.* 197. Chriſtin. *vol.* 3. *deciſ.* 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 relatorum, 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 cenſeri tradunt, ſed addito hoc temperamento, quando utriuſque par ratio eſt. Bald. *in l. fin. C. de ind. vid. toll.* Jaſ. *in l.* 1. *C. de in jus voc.* Chriſtin. *d. loc.*

TEXTUS.

Quibus modis ſocietas ſolvitur. De renuntiatione.

4. *Manet autem ſocietas eouſque, donec in eodem conſenſu perſeveraverint. At cum aliquis renuntiaverit ſocietati, ſolvitur ſocietas. Sed plane, ſi quis callide in hoc renuntiaverit ſocietati, ut obveniens aliquod lucrum ſolus*

habeat; veluti si totorum bonorum socius, cum ab aliquo hæres esset relictus, in hoc renuntiaverit societati, ut hæreditatem 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.

COMMENTARIUS.

1. *Quam rationem habeat, quod placet vel unius è sociis renuntiatione 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; renuntiatione, 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 discedatur, secundum communem legem de tollendis obligationibus, quæ consensu contrahuntur, invicem liberantur. §. *ultim. inf. quibus mod. toll. obl.* Sed illud proprium hujus contractus est, quod etiam postquam res integra esse desiit, id est, postquam jam collatio & communicatio facta est, ab eo recedi & vel unius voluntate potest: quomodo in specie dicitur societas dissolvi renuntiatione.

1 *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 pater.* 77. §. *dulcissimis.* 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 resilire invitis cæteris; tamen tale pactum, tanquam factum contra naturam societatis, cujus in æternum nulla coïtio est, *l. nulla.* 70. *hoc tit.* contemnere liceat. *l.* 14. *eod.* Nam quod Paulus scribit *l.* 1. *eod.* societatem etam in perpetuum coïri 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 dissociamur aut voluntate aperta, aut tacita. Aperta, cum cæteris nuntiatur, ut res suas sibi habeant atque agant. *d. l.* 63. *in fin. eod.* Tacita voluntas renuntiandi 2 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.* 65. *in pr.* junct. §. *pen. add. vai vai*, Salicet. *in l.* 5. *C. eod.* 3. cum separatim agere cœperint, & sibi quisque negotiari, *l. itaque.* 64. *eod.* veluti si Typographi aliquot, qui antea communibus sumptibus libros imprimendos curabant, postea singuli domi suæ sibi imprimere cœperint, & commune impendium facere desierint, tacite renuntiasse societati intelliguntur.

Si quis callide renuntiaverit] Quævis renuntiatio 3 quantumvis insidiosa, hactenus valet, ut renuntianti 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 coëmptas 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. 5. *& 6. eodem.*

Veluti si totorum bonorum socius] Expresse mentionem tantum facit socii omnium bonorum, qui propter hæreditatem obvenientem renuntiat, ut & Jurisconsultus in *d. l. actione.* 65. §. 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.* 65. §. 3.

Cui renuntiatum est] Cui dolose renuntiatum est, is nihil ejus lucri, quod post renuntiationem aliunde quæsivit, renuntianti communicare tenetur: quoniam avara & fraudulenta renuntiatio renuntiantem quidem à sociis non liberat; socios tamen liberat à renuntiante, *d. l. actione.* 65. §. 3.

TEXTUS.

De morte.

5. *Solvitur adhuc societas etiam morte socii quia qui societatem contrahit, certam personam sibi eligit. Sed & si consensu plurium societas contracta sit, morte unius socii solvitur, etsi plures superstint: nisi in coëunda societate aliter convenerit.*

No-

NOTÆ.

5. *Niſi, &c. aliter convenerit*] Id eſt, ut uno mortuo nihilominus inter ſuperſtites 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 ante geſto 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 ſuperſtites ſocietas perſeveret.*

1 ETiam 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. præc. tit. l. hæres in omne.* 37. *de acq. hær. 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 poſſimus, 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.* 65. §. *ſocietas.* 11. *eod.* Exceptæ tamen ſunt ſocietates vectigalium, in quibus hujuſmodi conventiones ob publicam utilitatem admiſſæ: manetque hoc caſu ſocietas etiam poſt mortem, niſi forte is mortuus ſit, cujus contemplatione potiſſimum ſocietas coïta, aut ſine quo ea adminiſtrari non poſſit, *d. l. adeo.* 59. *l. verum.* 63. §. *in hær.* 8. *eod.*

Sed & ſi conſenſu plurium] Etſi plures, quam duo, ſocietatem coïerint, & 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 coëunt, alii aliorum contemplatione ad eam accedunt, ut proinde vel uno ſublato amplius in ſocietate manere nolle videantur.

2 *Niſi in coëunda ſocietate aliter convenerit*] 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.* 65. §. *morte* 9. Neque, quod putat D. Hotomannus, hanc conventionem Ulpianus improbat *l.* 35. *l. cum duobus.* 52. §. *idem.* 9. *l. adeo.* 59. *eod.* Confundit Hotomannus duo diſſimilia pacta; pactum, quo placet hæredem in ſocietatem ſuccedere, quod ab Ulpiano improbatur; & pactum, quo inter plures ſocietatem contrahentes cavetur, ut uno mortuo inter ſuperſtites ſocietas continuetur. Quod valere poſt Paulum in *d. l. actione.* 65. §. *morte.* 9. tradit Juſtinianus hic. Illud 3 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. *& l. ſeq. d. l. verum.* 63. §. *in hæredem.* 8. *d. l. actione.* 65. §. *morte.* 9. *hoc tit.* ſed, ut intelligamus, hæredem neque ſocium eſſe, neque in ullam partem commodi aut incommodi, quod ex ea ſocietate eſſe poſſit, in reliquum tempus vocari.

TEXTUS.

De fine negotii.

6. Item ſi alicujus rei contracta ſocietas ſit, & finis negotio impoſitus eſt, finitur ſocietas.

COMMENTARIUS.

SI ſocietas certæ alicujus negotiationis cauſa inita ſit, puta vini aut frumenti ad certam quantitatem emendi vendendique, fine 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.* 65. §. *item qui.* 6.

TEXTUS.

De publicatione.

7. Publicatione quoque diſtrahi ſocietatem, manifeſtum eſt, ſcilicet ſi univerſa bona ſocii publicentur: nam cum in ejus locum alius ſuccedat, pro mortuo habetur.

COMMENTARIUS.

QUod Paulus, *dicta l. actione.* 65. §. *publicatione.* 12. *hoc tit.* unde hic locus deſumptus eſt, dicit, publicatione bonorum ſocii diſtrahi ſocietatem, hoc Modeſtinus & Ulpianus dixerunt, ſocietatem ſolvi capitis deminutione, *l.* 4. §. 1. *d. l. verum.* 63. §. *ult. eod.* Intelligunt 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

tuis habentur: eoque pertinet, quod dicitur in *d. l. verum.* 63. §. *ult.* homines interire aut morte, aut maxima & media capitis deminutione. Sed & alia ratione ad ſequens genus referri poteſt. VINN. Atqui ſi obæratus bonis cedit, bona non publicantur, ſed vendantur; nec is pro mortuo habetur, cujus ſubſtantia veniit. ſed cujus bona ob delictum conſecrata publicatave ſunt. Vid. *l.* 63. §. 10. *l.* 58. *l.* 65. §. 1. *& 2. ff. pro ſoc.* HEIN.

Alius ſuccedat] Intellige fiſcum, qui bona damnatis ablata occupat & ſibi vindicat, *l. ultim. de bon. eor. qui ante ſent. vel mort. ſibi conſciv. &c.*

TEXTUS.

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.*

NOTÆ.

8. *Bonis ſuis ceſſerit*] *dict. l.* 65. §. 1. Hoc Modeſtinus dixit, egeſtate diſſociari, *l.* 4. §. 1. *eod.*

COMMENTARIUS.

POſtremo etiam egeſtate unius ſocii ſocietas ſolvitur, *l.* 4. §. 1. *hoc tit.* 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 decoctor. 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 amiſit, 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.*

TEXTUS.

De dolo & culpa à ſocio præſtandis.

9. *Socius ſocio utrum eo nomine tantum teneatur pro ſocio actione, ſi quid dolo commiſerit, ſicut is qui deponi apud ſe paſſus eſt; an etiam culpæ, id eſt, deſidiæ atque negligentiæ nomine, quæſitum eſt. Prævaluit tamen, etiam culpæ 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, ſibique hoc imputare debet.*

NOTÆ.

9. *Socius ſocio*] Ex Cajo *l.* 72. *h. t.* Actio pro ſocio ex utroque latere directa eſt: nam utriuſque ſocii par eſt conditio.

Qualem ſuis rebus adhibere] Id eſt, mediam, qualem plerique patresfam. ſuis rebus adhibent, *l.* 11. *de per. & 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. Certior eſt illa, quam modo attulimus, quod in hoc contractu omnium verſatur utilitas.

COMMENTARIUS.

1. *Nullam videri probabilem rationem dubitandi, utrum ſocius ſocio doli duntaxat, an etiam culpæ ſeu negligentiæ nomine obligetur?*
2. *Ad quem diligentiæ gradum culpa in judicio ſocietatis exigenda?*
3. *Nodus Gordius, quem nectit* l. 32. depoſ. *ſolutus.*
4. *Fortior ratio, ob quam ſocius mediæ præſtatione diligentiæ obſtringitur, quam quæ hic in calce, affertur.*

HÆC etiam ſunt apud Cajum *l. ſocius.* 72. *hoc tit.* cujus 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 præſtatur. Sed & illud certum eſt, appellatione culpæ, quoties ea abſolute ponitur, aut dolo opponitur, levem perpetuo ſignificari, latam culpam comprehendi 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,

nus, & ex veteribus Ulpianus in *l. cum duobus.* 52. §. 2. *eod.* Illa ſane dubitandi ratio ſatis juſta 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 diligentiæ ſummi gradus, id eſt, ne præſtetur culpa leviſſima. *l. hæredes.* 25. §. *non tantum.* 16. *fam. erciſc.* Fortaſſis ideo de eo dubitatum putaveris, quia ut in calce hujus §. & *d. l. ſocius.* 72. dicitur, 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. §. *is quoque.* 5. *de obl. & act.* Verum iidem hoc loco, & *d. l. ſocius.* 72. 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 manifeſtè efficiat, ut in ſocietate non modo dolus, ſed etiam culpa 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. VINN. Immo juſtiſſima videtur fuiſſe dubitandi ratio. Quod levem culpam præſtare debeat ſocius, ſuadere videbatur natura contractus, ad utriuſque emolumentum comparati. Aſt quum hic contractus id ſingulare habeat, ut & ſocium ſibi quiſque adſumat, & ſi eum parum diligentem eſſe videat, illum ſuas res habere jubere poſſit: nulla videbatur ratio, cur ſocius eam à ſocio diligentiam exigeret, quam diligentes patresfam. in rebus ſuis adhibere ſolent, quum ordinaria ejus diligentia contentus, eum & elegerit, & ſocium ſibi retinuerit. Quare demum placuit media ſententia, ut levem quidem culpam præſtet ſocius, ſed non in abſtracto, uti vocant, verum in concreto, id eſt non talem præſtet diligentiam, qualem frugi patresfamilias adhibere ſolent, ſed qua ipſe ſocius in rebus ſuis utitur. Atqui latæ culpæ reus eſt, qui minus diligens eſt in rebus alienis, quam in ſuis. *l.* 32. *ff. depoſ.* Id quidem verum in iis contractibus, in quibus culpa levis in abſtracto præſtanda. Sic enim verum eſt, culpam levem eſſe, ſi quis non eam diligentiam adhibet, quam adhibet paterfamilias diligens: latæ profecto culpæ reus erit, qui in alienis rebus, ne ea quidem diligentia utitur, qua uti ſolet in ſuis. Plura eam in rem alibi diximus. HEIN.

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. 2 Porro nunc docemur, ad quem gradum diligentiæ culpa in judicio 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 3 vero nobis pene indiſſolubilem nodum nectit reſponſum Celſi in *l. quod Nerva.* 32. *depoſ.* ubi Juriſconſultus refert & probat, quod Nerva dixit, latiorem culpam dolum eſſe, ſcilicet vi & effectu, ut non minus, quam dolus 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 cujus 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 adſcribere culpæ levi & negligentiæ, quam præſtet ſocius, depoſitarius non præſtet. Illud Celſus facit in *d. l. quod Nerva.* 32. *depoſ.* hoc alii paſſim, ut Juſtinianus hic. Cajus in *dict. l. ſocius.* 72. item Paulus *l. hæredes.* 25. §. *non tantum.* 16. *famil. 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 deſiderat. Hunc ait, ſi ne ad ſuum quidem modum curam rei alienæ præſtet, reum eſſe culpæ latioris, 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.* 32. *depoſ.*

De ſe queri ſibique 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 diligentiæ 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.

TITULUS VIGESIMUSSEPTIMUS.

DE MANDATO.

Dig. Lib. 17. *Tit.* 1. *C. Lib.* 4. *Tit.* 35.

Continuatio. Definitio mandati, ejuſque per partes explicatio: & alia ſcitu inprimis neceſſaria.

SUpereſt 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, etiamſi 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 credentiæ vel commendatitiis, in favorem alterius ſcriptis, ſi earum contemplatione quid creditum ſit? vid. Gomez. 2. *var. reſol.* 13. *num.* 5. Chriſtin. *vol.* 3. *deciſ.* 34. *n.* 6. Gloſſ. & DD. *in. l. ſi literas.* 7. *C. hoc tit. l. Lucius.* 24. *de fidejuſſ. l. ſi vero.* 12. §. *cum quidam.* 12. *hoc tit.* Ajo *committitur & ſuſcipitur.* Nam mandatum uno rogante, altero recipiente perficitur. Etſi enim mandatum verbi proprietate tantum deſignet factum mandantis; tamen pro toto contractu paſſim accipitur, & facto utriuſque; veluti cum 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. ff.* & *C. hoc tit.* Cum autem mandati obligatio conſenſu conſiſtat, conſequens eſt, poſſe & per nuntium & per epiſtolam mandatum contrahi; nec referre, quibus verbis interponatur, *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 dein ſequuntur.

TEXTUS.

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, ſupervacuum eſt mandatum; & ob id nulla ex eo obligatio, nec mandati inter vos actio naſcitur.

NOTÆ.

Mandatum contrahitur] Ex Cajo *l.* 2. *h. t.* Mandare eſt gratuito aliquid gerendum committere. vide *inf. in comm.*

COMMENTARIUS.

MAndatum 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 nonnihil 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 iſtæ 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 tua 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.* §. *tua tantum.* 6.

TEXTUS.

Si mandantis gratia mandetur.

1. *Mandantis tantum gratia intervenit mandatum, veluti ſi quis tibi mandet, ut negotia ejus gereres, vel ut fundum ei emeres, vel ut pro eo ſponderes.*

COM-

COMMENTARIUS.

1. *An & quando valeat mandatum incertæ rei?*

EXempla 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 *fidejuberes:* 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, quæritur 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. 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, judicio mandatarii id relictum eſſe ſecundum æſtimationem communem. *l.* 3. §. 1. *hoc tit.* D. Tulden. *comm. hic. cap.* 2.

TEXTUS.

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.*

NOTÆ.

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 judicium 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. h. t.*

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.*

COMMENTARIUS.

SEcundæ ſpeciei, ſeu mandati, quod in rem mandantis fit & ſimul mandatarii, tria exempla hic proferuntur. 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 & Cajus in *l.* 2. §. *tua & mea.* 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 judicio 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 judicium 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 mandati.* 45. §. *pen. & ult. hoc tit.*

TEXTUS.

Si aliena.

3. *Aliena tantum cauſa intervenit mandatum; veluti ſi tibi aliquis mandet, ut Titii negotia gereres, vel ut Titio fundum emeres, vel ut pro Titio ſponderes.*

NOTÆ.

3. *Aliena tantum cauſa*] Particula taxativa *tantum* & apud Cajum bis expreſſa eſt. *d. l.* 2. *pr. &* §. 2. eamque & Theoph. agnoſcit, ut mirum ſit Hotomannum & Pac. cenſere delendam, vel ideo, quod eam Cajus non habet.

Ut Titii negotia gereres &c.] In his exemplis etſi ab initio nihil intereſt mandatoris, tamen ex poſt facto ut interſit, fieri poteſt; nempe cum ex geſtu tuo mandator Titio obligari cœpit nomine negotiorum geſtorum, *l.* 28. *de neg. geſt.* Non obſtat igitur *l.* 8. §. 6. *hoc tit.*

COM-

COMMENTARIUS.

1. *Adverſus ſpeciem hîc propoſitam quæ difficultates moveantur?*
2. *Earum difficultatum remotio.*

AFferuntur hic ex Cajo *l.* 2. §. 2. *hoc tit.* exempla tertiæ ſpeciei, ſeu mandati aliena tantum gratia
1 interpoſiti: quæ ſpecies difficultate non caret. Etenim explorati juris eſt, nemini actionem competere, niſi ei, cujus interſit, *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 cœpit intereſſe ejus, qui mandavit: caterum 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.* 18. *l. ſtipulatio iſta.* 38. §. *alteri.* 17. *de verb. obl.* Et omnino fatendum eſt, eum, qui mandavit, actionem man-
2 dati non habere, niſi ipſius interſit. Sed reſpondemus, 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 interſit, quo tempore mandatum interponitur, ſed ſufficit quandocumque ex poſtfacto incipere intereſſe. Ut ecce, poſſum tibi mandare, quod fieri mea initio nihil intereſt, ut Titii negotia geras: & competet mihi tecum actio mandati, ubi mea intereſſe cœperit, id eſt, cum ex geſtu tuo Titio obligari cœpero 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 credideris, concedo nullam mihi tecum eſſe actionem mandati. At ſi tu mandatum meum ſecutus, (neque enim neceſſe eſt, te explorare, utrum mea interſit, 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. §. *plane* 5. traditur, etſi 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 hæreditatem.* 32. *in pr. eod.* Hæc mihi expeditiora 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, Hotomannum & Pacium cenſuiſſe delendam vel ideo, quod eam Cajus non habet. VINN. Recte nodum hunc ſolvit Vinnius, quod & alii, in primis Marcilius *ad h.* §. faciunt. Omnino enim intereſt mandatoris, etiamſi aliena tantum gratia mandarit. Quamvis enim alter inde utilitatem capiat, penes mandantem tamen eſt periculum, quippe qui actione mandati contraria tenetur, ſi mandatarius mandatum fuerit exſequutus. Vid. *l.* 48. §. 1. *ff. mand.* HEIN.

TEXTUS.

Si mandantis & aliena.

4. *Sua & aliena, veluti ſi de communibus ſuis & Titii negotiis gerendis tibi mandet, vel ut ſibi & Titio fundum emeres, vel ut pro eo & Titio ſponderes.*

COMMENTARIUS.

EXempla ſpeciei quartæ item ex Cajo *d. l.* 2. §. 3. *hoc tit.* Locus hic interpretatione non eget.

TEXTUS.

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.*

COMMENTARIUS.

EXemplum ſpeciei quintæ, ſive 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.

TEXTUS.

Si mandatarii.

6. *Tua tantum gratia intervenit mandatum, veluti ſi tibi mandet, ut pecunias tuas in emptiones potius prædiorum colloces, quam fœneres: vel ex diverſo, ut pecunias tuas fœneres potius, quam in emptiones prædiorum 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*

tus fuerit aliquis, ut rem aliquam emeres, vel eam crederes, quamvis non expediat eam tibi emisse, vel credidisse, non tamen tibi mandati tenetur. Et adeo hæc 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.

NOTÆ.

6. *Si otiosam pecuniam*] Id est, sterilem, *l.* 7. *de usur.* seu vacuam, *l.* 28. *depos. l.* 24. *de præsc. verb.* quæ domino nullum fructum affert. *l.* 23. §. 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 solius mandatarii gratia interpositum consilii fines excedere.*
3. *Neminem ex consilio, si fraus absit, teneri.*
4. *Applicatio l.* 6. §. 5. *hoc tit.*
5. *Si quis alicui suaserit, ut pecuniam certæ personæ credat, tale consilium instar mandati haberi.*
6. *Tollitur difficultas, quæ ex verbis Justiniani oritur.*

1 QUod mandatum solius 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. Chrysostom. *de virgin.* ὁ μὲν συμβουλεύων ἀφίησι τῷ ἀκούοντα κύριον εἶναι τῆς τῶν πραγμάτων αἱρέσεως, ὑπὲρ ὧν ποιεῖται τὴν συμβολήν. Proinde cum in specie proposita mandatoris nihil interfit, 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.* & §. 2 *ult. eod. l.* 6. §. *plane.* 5. *l. Quintus.* 48. §. *ult. eod.* Plane potest mandatum solius 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 damnum 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 3 ita, si à consilio absit dolus; nam si dolus & callidi-tas intervenerit, utique de dolo actio in eum competit, qui consilium fraudulentum, quo alteri nocitum est, dedit. *l. consilii.* 47. *de reg. jur. fac. l.* 8. *l. si legatarius.* 23. *l. cum quis.* 31. *de dol. l.* 2. *de proxen.* 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 secius, quam illi existimassent, caderet, his ferè verbis: Τοὺς δ' ἁμαρτόντας μὴ ἀτιμάσῃς ποτὲ, μηδ' αἰτιάσῃ τὴν γνώμην διάνοιαν αὐτῶν δεῖ σκοπεῖν, ἀλλ' οὐκ ἐπιτυχίαν μέμφεσθαι.

Otiosam pecuniam] Otiosa pecunia à prudentibus dicitur pecunia sterilis, *l.* 7. *l.* 13. §. 1. *de usur.* quæ in arca jacet, nullumque domino suo fructum affert: cui opponitur occupata, id est, pecunia fœnebris, quæ usuras parit, ἔνεργα χρήματα. Demost. *adverſ. Aphob.*

Hortatus fuerit, ut rem aliquam emeres, &c.] Quid 4 ergo, si empturus aut pecuniam fœneraturus non fuisses, nisi ego mandassem? Ne sic quidem puto esse tibi mecum in proposito actionem mandati; quamvis refragari videatur, quod Ulpian. *l.* 6. §. *plane.* 5. *hoc tit.* scribit, mandati actionem esse, si quid feceris mandatu 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.* VINN. At manifestum est, Ulpianum in *l.* 6. §. 5. *ff. h. t.* loqui de mandato, quod nec mandantis, nec mandatarii, sed aliena gratia interponitur. Si enim tunc res male cedit, mandati actio contraria datur, quia mandantis fidem sequutus est mandatarius, *non facturus, nisi ille mandasset.* Quare non quadrat huic legi exemplum in *l.* 32. *h. t.* ubi de mandato mea & tua gratia interposito agitur: idque etiam agnovit V. C. Ger. Noodt *Probabil. Lib.* IV. *cap.* XII. §. 6. *p.* 86. *sequ. Tom.* 1. *Op.* HEIN.

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, sibique hoc imputare debet; consiliarius autem, si fraus non interfuit, 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 autem aut debitorem eum habere aut fidejuſſorem, quod ſuſpectæ mihi eſſent facultates ejus, tu conſuluiſti & hortatus es, ut facerem, idoneum eum eſſe affirmaris; 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 ſuaſore & impulſore feci, quod alias nunquam feciſſem: quamvis ut facerem tua non interfuit.

5 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 interponitur: idem enim valet, ſive mandem tibi, ut pecuniam ſub uſuris Titio credas, ſive 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, circa 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 dol. & ibi* Coſtal. Gom. 2 *reſol.* 13. *n.* 5.

TEXTUS.

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.*

COMMENTARIUS.

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, teneatur pœna homicidii? remiſſivè.*

MAteria 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. *pro ſoc. l. generaliter.* 26. *cum ſeq. l. ſi flagitii.* 123. *de verb. obl.* Itaque ſi quis ædem ſacram ſpoliandam, 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 judicio conſequi poteſt, propter turpitudinem mandati, & quia proprii delicti pœnam præſtat. *l. ſi mandavero.* 22. §. *qui ædem.* 6. *hoc. tit.* Sed & ſi 1 nihil flagitioſi mandatur, 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 ſuſceperis, 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 empt.* Plane, ſi Titius tuo mandatu aliquem occidit, aut 2 vulneravit, aut contumelia affecit, etſi hic nulla ex contractu inter vos obligatio oritur, uterque tamen obligamini 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 ignoſcitur, *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.* 15. §. 1. *ad leg. Corn. de ſicar. 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 citatis apud* Baptiſt. Bajard. *in annot.* 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. Quæritur, an is, qui manda- 3 vit, 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 judicio 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 deventum ſit, pœna arbitraria coërcendum 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.

TEXTUS.

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 emeres, vel ut pro Titio ſponderes: neque pluris emere debes, neque in ampliorem pecu-*

pecuniam fidejubere, 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 diversæ scholæ auctores rectè usque ad centum aureos te acturum existimant: quæ sententia sane 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.

COMMENTARIUS.

1. *Fines mandati qui excessit, actionem mandati non habere: quod exemplis illustratur.*
2. *An legati, aliive, qui mandatum à populo, &c. acceperunt, præcisè quod mandatum est, semper sequi teneantur?*
3 *Quis color Sabini & Cassii sententiæ hic relatæ prætexatur?*
4 *Contrarium Nervæ & Proculi merito prælatam, cum confutatione argumentorum Sabini.*
5. *Licet res tanti valeat, quanti empta est, tamen mandatarium, quod ultra mandatum impendit, contrario judicio consequi non posse.*
6. *Occurritur argumentis auctorum contrariæ sententiæ.*

1 LOcus 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.* Ut ecce, mandavi tibi, ut domum Sejanam centum aureis emeres: si tu Titianam emeris, quamvis fortè majoris pretii, & tamen centum, vel etiam minoris, non videris implesse 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 obstabit 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 fidejuberes, 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 constitisse videtur, qui fecit æquipollens, τὸ ἰσοδύναμον, veluti si rogatus fidejubere pro Titio apud Mævium, mandavit creditori Mævio, ut Titio crederet. *l. ult. §. ult. eod.* Hic 2 introduci potest quæstio agitata in philosophia, an legatus aliusve, qui mandatum à populo, principe, aut duce exercitus accepit, præcise 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. *noct. Attic.* 13. Nobis in ista excurrere non licet. Equidem arbitror, regulam Pauli de custodiendis mandati finibus, vel maximè 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 reipub. arcem 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 Postumius: nam si tali præceptori ratio reddenda sit, nihil faciendum monerem aliter, quam præceptum est. Illud Cæsaris est: *Aliæ sunt legati partes, aliæ Imperatoris. Alter agere ad præscriptum, alter libere ad summam rerum consulere debet.* Cæs. *Comment. lib. III. cap. 11.* Sed de hoc fusius scriptores politici. vid. Besold. *de legat. c. ult. & ibi citat.* & *vid.*, *vid.* Gifan. *in præfat. comm. de Imp. Just.*

Adeo quidem ut Sabino & Cassio, &c.] Posito & generaliter recepto hoc jure, eum, 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 spoponderit, sed in majorem summam. Et Sabino & Cassio placebat, 3 nullam hoc casu mandatario actionem mandati esse, etiamsi ad summam mandato comprehensam tantum agere vellet, 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 mandatum: mandati enim cum illo actionem non esse. *l. 3. in fin. hoc tit.* VINN. Recte Sabini & Cassii rationes pervidit Vinnius. Nimirum ex juris principiis negotia & actus sunt individua, quantitates dividuæ. *l. 2. §. 1. ff. de V. O.* Itaque qui fines mandati excessit, non pro parte exsequutus est mandatum, sed plane aliud quid egit. *l. 5. pr. & l. 33. ff. h. t.* Itaque nec actionem mandati pro parte habere poterit. HEIN. Sed Nervæ & Proculo contra 4 visum est, in hujusmodi specie saltem ad summam mandato expressam mandatarium rectè agere, quasi hactenus non aliud, sed quod rogatus est, fecerit, mandatumque impleverit. Ut ecce, rogatus fun-

dum emere centum aureis, eum emit centum & viginti: qui autem centum & viginti emit, eum verum quoque eſt centum emiſſe; cum utique majori ſummæ ſemper inſit & minor. *l.* 1. §. *ſi ſtipulanti.* 4. *de verb. obl.* Itaque cenſuerunt, in hypotheſi propoſita centum juxta mandatum impenſa, atque hactenus 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, obſcuriuſculè 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 emiſti, 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 tenear 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 reſtituturo, ad quam
5 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, quanti emptus eſt, non poſſit mandatarius etiam id, quod amplius impendit, & nimirum etiam viginti illa, contrario judicio repetere, non quidem mandati, ſed negotiorum geſtorum, tanquam extra mandatum utiliter impenſa in rem & contemplatione mandantis? Viſum id olim Martino fuit & Joan. Fabr. ex recentioribus Baroni, Mynſ. & Bronch. 1. *miſcell.* 66. *arg. l.* 2. *l. quæ 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 præſcriptum 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. Utique 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 contra 6
riæ ſententiæ facilè occurri 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 ultro 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 ſiquidem 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. x. 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, ὅτι ἐὼνου τετύχηκε. 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.*

TEXTUS.

De revocatione mandati.

9. *Rectè quoque mandatum contractum, ſi, dum adhuc integra res ſit, revocatum fuerit, evaneſcit.*

COMMENTARIUS.

1. *Quod mandatum revocatione mandantis ſolvatur, contra communes regulas receptum eſſe: & quare?*

MAndatum 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

muni 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.

1 *Si, dum adhuc res integra, revocatum*] Si re adhuc integra conſenſu mutuo à mandato recedatur, ſolvitur mandatum jure communi, §. *ult. inſ. quib. mod. toll. 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? Nec habet, quod queratur mandatarius, cujus nihil intereſt, ſi re adhuc integra revocatio facta ſit. Quid ergo ſi facta ſit poſtquam res integra eſſe deſiit, 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.*

TEXTUS.

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 te agere mandati actione: alioqui juſta & 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.

13. *Liberari eos*] Nam ſtricta quidem ratione, ſed tamen ratione ſumma, λόγῳ τὸ φιλανθρωπον, id eſt, *propter utilitatem*, ſeu ex æquo & bono, *d. l. pen. de reb. cred. l.* 11. *in fin. depoſ. l.* 18. *l.* 51. *de ſolut.*

COMMENTARIUS.

1. *Proprium quoque mandati eſſe, quod morte & tam mandantis, quam mandatarii extinguatur: & cur id viſum?*
2. *An eo etiam caſu mandatum finiatur morte mandatoris, cum mandavit quid fieri poſt mortem ſuam?*
3. *Quid ſibi velit, quod additur, ſi integro adhuc mandato mors intervenerit?*
4. *Interdum mandatario poſt mortem mandantis implenti mandatum ex bono & æquo actionem dari: & quibus caſibus?*
5. *Caſus alius, & exemplum ſuperioribus ſimile.*

ETiam morte, tam mandantis, quam mandatarii mandatum extinguitur, *l. inter.* 26. *& l. ſeq.* §. 3. *l. mandatum.* 57. *& l. ſeq. hoc tit. l.* 15. *C. eod. l. ult. de ſolut.* Et hoc quoque utrumque contra communem regu- 1
lam juris, qua 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 induſtriæ & fidei certæ perſonæ in hoc electæ res commiſſa fuit: quæ ratio expreſſa eſt in *cap. ult. x. de off. deleg.* ſignificatur in *d. l. mandatum.* 57. *hoc tit.* explicatur in *l.* 9. *de curat. fur.* Cic. *pro Roſc. Comœd. c.* 39. *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 2
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 mortem mandatoris non finiatur, ſed omnino implendum ſit, ſi tale fit, 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 extingui; veluti ſi juſſerit debitorem ſuum poſt mortem ſuam ſolvere Titio, *l. ult. de ſolut.* cujuſmodi etiam cauſa hæredi-

redibus, 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.* VINN. Atqui in *l.* 14. §. 2. *ff. de religios.* non datur actio mandati, quod factum oporteret, si mandatum morte non extinctum fuisset: sed actio de dolo. Doli enim reus erat, *qui pecunia accepta funus non duxerat*, obligatus non ex contractu mandati, sed innominato do ut
3 facias. HEIN. Cur vero in utraque specie additur, si re adhuc integra mors intervenerit? Non sane quod postquam res integra esse desiit, seu interesse cœpit, 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 cœpit interesse, *l.* 8. §. *mandati.* 6. *eod.* Et igitur sive mandatarius decesserit, quo tempore jam interesse cœperat mandatoris, puta cum jam ille eandem rem per alium explicare non poterat, sive decesserit mandator: cum res non amplius integra esset mandatario, quod forte jam sumptus ad negotium exequendum necessarios fecisset, actio mandati semel alterutri quæsita neutrius morte intercidit, *dd. ll.*

4 *Tu ignorans eum decessisse executus fueris*] Etsi mandatum morte mandatoris extinguitur, & ideo secundum stricti juris rationem, quamvis mandatarius ignorans mandatorem decessisse mandatum impleverit, agere mandati non potest: tamen utilitatis causa, seu ex bono & æquo, placet impleto per ignorantiam mandato actionem ei dari, *l. inter.* 26. *l. si præcedente.* 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 superstant, 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. §. *si tutor.* 5. *l. tutorem.* 37. §. 1. *de adm. tut. l.* 13. *de tut. & rat. distr. l.* 3. §. *pen. de contr. act tut. l.* 11. *C. arbitr. tut.*

Alioqui justa & probabilis ignorantia] Justa & probabilis ignorantia nemini fraudi esse debet; atque in proposito 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.

Huic simile est] Quod dixit de mandato consummato
5 post mortem mandatoris 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 solverint, quam cui oportebat, *l.* 11. *in fin. depos. l. penult. 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, eum 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.*

TEXTUS.

De renunciatione.

11. *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 justa causa interceserit aut non renuntiandi, aut intempestivè renuntiandi.*

COMMENTARIUS.

1. *Cur mandatum solvi placeat tempestiva renuntiatione? & quid si intempestivè renuntiatio facta?*
2. *Mandatarium præter dolum etiam culpam præstare, & qualem?*
3. *Justa causa interveniente excusari mandatarium, licet non renuntiaverit, aut non intempestive.*

PRoponitur hic & explicatur secundus modus, quo ex persona mandatarii mandatum finitur, nempe renuntiatio. Et ergo revocatione mandantis, ita ex contrario & renuntiatione mandatarii mandatum solvi placet. Quippe quod officii causam habet, non magis reluctanti extorqueri, quam invito obtrudi 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

hoc tit. & pr. hujus text. ut fruſtra objiciatur *l.* 5. *C. de obl. & act.*

Suſceptum conſummandum, aut quam primum renuntiandum] *dict. l.* 22. §. *ult. d. l.* 27. §. 2. Quo probatur, 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 mandatori 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 juſta cauſa interceſſerit, tenetur nihilominus actione mandati; non quidem ut mandatum præciſe impleat, ſed ut præſtet, quod mandatoris intereſt impletum eſſe, *dd. ll. & hoc text.* ſicut in cæteris quoque obligationibus faciendi evenit, *l. ſi* 2 *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 receptarum 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 hanc definitionem in mandato ſequi non licet propter eos textus, quibus expreſſe 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.* Modeſtin. *in collat. leg. Moſaic. & Rom. tit. de depoſ.* Certum autem eſt, verbo culpæ abſolute poſito ſignificari culpam levem. Plus dicimus, etiam culpam leviſſimam in judicio 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 forenſes, 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, cap.* 38. ubi de judicio mandati differens, 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 aliquid 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. §. *ſæpe.* 35. *depoſ.* 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 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 mandatarii, etiam leviſſima. Sed profecto talis diſtinctio in mandatum non cadit: neque quicquam mandato cum commodato hic commune eſt. Etenim mandatum ſolius mandatarii contemplatione interpoſitum etſi mandantem obligat, ſi dolus ejus intervenerit; §. *tua tantum. 6. h. t.* mandatarium tamen non obligat ullo modo; quippe cujus 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 mandatarii circa prædictas præſtationes quæritur, mandatarius tantum conſiderari debeat, ut rem alienam gerens; quomodo etiam conſideratur in *d. l. in re.* 21. *& 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 intempeſtive renuntiandi excuſationes mandatarius allegans audiri debuerit. Juſta 3 non renuntiandi aut omittendi mandati cauſa eſt, veluti ſi actiones mandatario competituræ, inanes illi futuræ ſint, eo quod mandator ſolvendo eſſe deſierit, ne forte mandatario pereat, quod impendit. Item inimicitiæ capitales, quibus intervenientibus nec mandatorem credibile eſt amplius opera mandatarii 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. ſane.* 23. *l.* 24. *& l. ſeq. eod.*

TEXTUS.

De die & conditione.

12. *Mandatum & in diem differri, & ſub conditione fieri poteſt.*

COMMENTARIUS.

MAndatum & 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.*

TEX-

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 vitiari: nec tamen de ipſo ſalario actionem mandati eſſe.*
2. *Pactum de quota litis jure improbatum eſſe.*
3. *Operas liberales pretio nummario non æſtimari.*
4. *In dubio præſumendum non eſſe, fullonem, &c. operam gratis ſuſcipere.*

MAndatum originem ex officio atque amicitia trahit: ac proinde niſi gratuitum ſit, nullum eſt. Quippe officio atque amicitiæ contraria eſt merces, *l.* 1. §. *ult. l. ita ut.* 36. §. 1. *h. t.* alioqui videretur mandatarius καπηλεύειν τὴν φιλανδρωπίαν, *beneficium*
1 *cauponari.* Enim vero gratiam referre amicitiæ bene convenit, gratuitamque operam remunerare. Qua de cauſa mandatum eſſe non definit ſi remunerandi cauſa honor intervenerit, *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 menſ. falſ. mod. l.* 1. §. *in honorariis.* 10. *de extraord. cogn. l.* 7. *l. qui mutuum.* 56. §. *pen. hoc tit. l.* 1. *l.* 17. *C. eod.* & à mercede hoc differt, quod merces fere analoga ſit operæ, ſeu ita conſtituatur, ut æſtimationi operæ proportione reſpondeat: honorarium autem eſt voluntaria operæ gratis præſtitæ remuneratio. Etſi vero honorarii ſive ſalarii conſtitutio mandatum non vitiat, nec impedit, quominus mandati actio ſit de iis omnibus, quæ mandati judicio 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 conſtituatur, *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 extr. cogn.* Certe hodie moribus noſtris poſſunt Advocati & Procuratores forenſes (mits overleveren de *declaratie* van hare *beſoigne*, *conform* de *inſtructie* van de hoven ende lage vierſcharen) petere ſalarium quantumvis nullum pacti aut ſtipulati ſint, dum tamen inſtructionem ſuam, quam curia dedit, non excedant. Add. Guid. Pap. *quæſt.* 67. Papon. *lib.* 6. *tit.* 12. *arreſt.* 12. Garz. *de expenſ. & mel. cap.* 20. *num.* 15. Illud obiter notandum, pactum de quota litis, ut vul- 2
go 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 titul. 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.* 20.

Mercede conſtituta incipit locatio eſſe] Modo tale factum ſit, quod locari ſoleat: qualia fere ſunt, quæ mercede, eaque proportionata facto æſtimantur, ut operæ mechanicæ. Nam operas liberales pretio 3
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 facti locatio eſt, unde nihil commodi pecuniarii ad alterum redit; veluti ſi pecuniam tibi dem, ut ſervum manumittas, non locatio & conductio 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, detur. Talis autem ani- 4
mus 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 VIGESIMUSOCTAVUS.

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 improprietatis.*
3. *Falſos eſſe,* **qui putant, obligationem hic** *naſci ex tacita conventione.*
4. *Non eſſe* **confundendum tacitum cum ficto, expreſſum** *cum vero.*
5. *Factum,* **unde hic** *obligatio naſcitur,* **non male vulgo** *quaſi* **contractum** *appellari:* **& quid** *ſit?*

1 EXpoſitis 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.* ſe-
2 cundum locum tribuit. Ait, *quaſi ex contractu.* Particula *quaſi* & ſimilitudinis nota eſt, & improprietatis: quamobrem recte dicemus, quaſi ex contractu obligationem naſci, cum citra conventionem naſcitur ex facto non turpi. Improprietatem noto, cum dico, citra conventionem: nam ex contractu nulla eſt obligatio ſine conventione, *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 na-
3 ſci dicatur. Sunt, qui etiam ex conventione hic obligationem naſci tradant, non quidem expreſſa, ſed tacita: quod non probo. Nam quid refert, tacite ſeu re & facto aliquo conſenſus declaretur, an verbis & conventione 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 conductio, *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 & ignorantes 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. haredes.* 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 4
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 me licet, obligatio quaſi ex contractu veniens dicatur naſci ex tacita conventione. Sed cavendum omnino eſt ab iis, qui nullum verum contractum agnoſcunt ſine expreſſa conventione; nullam veram conventionem, quæ non eadem & expreſſa ſit; confundentes expreſſum cum vero, tacitum cum falſo & ficto. VINN. Rem acu tetigit Vinnius, dum conſenſum tacitum negat eſſe fundamentum obligationum, quæ quaſi ex contractu naſcuntur. Bene quoque facit, quod concedit, quaſi contractum ex conſenſu ficto vel præſumto naſci. Hinc commodiſſime definietur quaſi contractus, quod ſit *factum honeſtum, quo & ignorantes obligamur ex conſenſu ob æquitatem vel utilitatem præſumto.* Si definitionem Juſtiniani, quam in *pr. h. t.* tradidit, ſequimur: etiam pactum legitimum vel adjectum cum D. Pagenſtechero pro quaſi contractu venditare cogemur. Sin Vinnii deſcriptionem adoptamus: & generatio erit quaſi contractus. Eſt enim factum non turpe, quo alter alteri (pater liberis ad alimenta præſtanda) ſine conventione obligatur. Et quot non tunc erunt quaſi
contractus? HEIN. Factum, unde hic obligatio na- 5
ſcitur, cum interpretibus, contempta quorundam ſuperſtitione, quaſi contractum appellamus. Nam etſi 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 inducta ſunt, ea nota ſic diſtinguunt; ex quibus hæc, quaſi poſſeſſio, quaſi maritus, *l.* 32. §. *pen. de don. int. vir. & ux.* quaſi Serviana actio, peculium quaſi caſtrenſe. Nonnunquam appellatione contractus etiam quaſi contractus comprehenditur, §. 1. *inf. de act. l. ex contractibus.* 49. *de obl. & act. l.* 23. *de reg. jur.* & interdum abſolute contractus vocatur, *l.* 16. *de* 1
neg. geſt. l. ult. in quib. ca. pign. largo ſcilicet modo, & per abuſionem, *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 conventione obligatur. Hujus generis facta quinque hic recenſen-

tur, negotiorum geſtio, adminiſtratio tutelæ, communionis rerum citra ſocietatem ſuſceptio, aditio hæreditatis, indebiti ſolutio.

TEXTUS.

De negotiorum geſtione.

1. *Igitur cum quis negotia abſentis geſſerit, ultro citroque inter eos naſcuntur actiones, quæ appellantur negotiorum geſtorum. Sed domino quidem rei geſtæ adverſus eum, qui geſſit, directa competit actio: negotiorum autem geſtori contraria. Quas ex nullo contractu proprie naſci manifeſtum eſt: quippe ita naſcuntur iſtæ actiones, ſi ſine mandato quiſque alienis negotiis gerendis ſe obtulerit, ex qua cauſa ii, quorum negotia geſta fuerint, etiam ignorantes obligantur. Idque utilitatis cauſa receptum eſt, ne abſentium, qui ſubita feſtinatione coacti, nulli demandata negotiorum ſuorum adminiſtratione, peregre profecti eſſent, deſererentur negotia: quæ ſane nemo curaturus eſſet, ſi de eo, quod quis impendiſſet, nullam 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 compellitur reddere rationem: nec ſufficit, talem diligentiam adhibere, qualem ſuis rebus adhibere ſolet: ſi modo alius diligentior eo commodius adminiſtraturus eſſet negotia.*

NOTÆ.

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. *depoſ. l.* 6. *in fin. de his qui not. infam.*

Ad exactiſſimam diligentiam] Fac. *l.* 21. *C. mandat. l.* 25. § 16 *fam. erc. 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: nullaque cauſa eſt, cur levius obligetur, quam depoſitarius, qui ultro ſe depoſito obtulit. *l* 1. § 35. *depoſ.*

Ne ſufficit talem, &c.] His verbis perſpicue ſignificatur, etiam culpam leviſſimam à geſtore præſtari, arg. §. 2. *ſup. quib. mod. re cont. obl.* ubi eadem præſtatio & iiſdem verbis imponitur commodatario. Interdum tamen dolus ſolummodo præſtatur, ut in caſu *l.* 3. §. 9. *de neg. geſt.*

COMMENTARIUS.

1. *Negotiorum geſtionem eſſe factum naturæ mediæ inter negotia, quæ utrinque, & quæ ab uno tantum latere ſunt obligatoria.*
2. *Actio ex geſto directa cui detur, item cui contraria? & quid utraque contineat?*
3. *Doline tantum, an etiam culpæ, & cujus nomine geſtor teneatur? accuratius, quam vulgo.*

PRima ſpecies quaſi contractus, negotiorum geſtio. Ex Cajo *l.* 5. *de obl. & act.* Ait, *cum quis negotia abſentis geſſerit.* Videlicet ſine mandato, aut ignorantis: 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 hæ 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 negot geſt.*

Domino directa competit actio] Monuimus in explicatione §. 2. *ſup. quib. mod. re contr. 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 1
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 2
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 & Servius.* 21. §. 2. *de neg. geſt.* Geſti obligatio duo continet. Reſtitutionem ejus, quod per occaſionem negotii ad gerentem pervenit, *l.* 2. *eod.* exempla ſume ex *l.* 8. §. 1. *l. ſi quis.* 23. *eod.* & damni ejus: quod perperam geſſit, præſtationem: cæterum hic lucrum cum damno caſu dato penſatur. *l.* 11. *eod.* In non geſto non tantum damni culpa aut negligentia dati ratio habetur, ſed etiam lucri omiſſi: ad quod declarandum accommodatiſſimum exemplum eſt, quo & veteres utuntur, in debitore, qui creditoris ſui

ſui negotia geſſit. *l.* 6. §. *ult. l.* 7. *l. divortio*, 35. *eodem.*

Negotiorum geſtori 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. *depoſ. l.* 6. *in fin. de his qui not. 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 ſit, quod alias conſequi potuiſſet; & 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 rediturí, 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 obligatum negotiorum geſtorum] Cujacius, Hotomannus, Weſembecius legunt, *habet obligatum dominum negotiorum.* Et ita quoque Theophilus legiſſe videtur.

3 *Ad exactiſſimam 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. contractus.* 23 *de reg. jur.* Sed nimirum, ut ſuperius quoque ſub § 2. *ſup. quib. mod. re contr. obl. & §. propen. prac. tit.* 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 leviſſima. Exigitur enim ab eo diligentia, eaque ſumma & exactiſſima, 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 leviſſimam à geſtore præſtandam eſſe, cum eadem plane præſtatio & iiſdem verbis imponatur commodatario, quem ſane etiam ob leviſſimam culpam teneri conſtat. *d.* §. 2 *ſup. quibus mod. re contr. obl. l.* 1. §. *& ille.* 4. *de obl. & act.* Hoc idem non obſcure indicat *l. hæredes.* 25. §. *non tantum.* 16. *fam. erc.* ubi Juriſconſultus ſcribit, cohæredem & collegatarium 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 exigi 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 hunc illa officii oblatio periculo depoſiti ſic illigat, ut omnia præſtet præter improviſos caſus, ſicut diſerte ſcriptum eſt in *l.* 1. §. *ſæpe.* 35. *depoſ.* Dices, ita fore, ut nemo facile ad abſentium negotia gerenda accedat; quod tamen ut fiat, ipſorum abſentium intereſſe: nam ſi nemo ſit, qui ea capeſſat, futurum eſſe, ut pereant. Reſp. etiam intereſſe abſentium, ne quis temere ſe negotiis eorum immiſceat, & diligentiorem 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 quicunque ſe negotiis alienis nulla urgente neceſſitate immiſcent, intelligant, nihil in eorum adminiſtratione omiſſum neglectumve impune fore. Interpretes communiter *poſt Gloſſ. hic.* ſtatuunt, eo demum caſu negotiorum geſtorem propter culpam leviſſimam 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 exactiſſimæ diligentiæ, cui culpa leviſſima 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.* VINN. Aliquando & caſum præſtat negotiorum geſtor, ſi vel tale negotium ſuſceperit, quod gerere non ſolebat dominus, *l.* 11. *ff. neg. geſt.* vel caſui cauſſam & occaſionem dederit. §. 2. *Inſt. quib. mod. re obl. contr* Aliquando ne levem quidem culpam, ſed dolum & culpam latam duntaxat præſtat: puta ſi quis affectione ductus, ne bona abſentis diſtrahantur, ſe negotiis ejus obtulerit. *l.* 3. §. 9. *ff. de neg. geſt.* HEIN.

TEXTUS.

De Tutela.

2. *Tutores quoque, qui tutelæ 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 mutuæ ſunt actiones. Non tantum enim pupillus cum tutore habet tutelæ actionem: ſed & contra tutor cum pupillo habet contrariam tutelæ, ſi vel impenderit aliquid in rem pupilli, vel pro eo fuerit obligatus, aut rem ſuam creditoribus ejus obligaverit.*

COMMENTARIUS.

1. *Tutorem in rebus pupilli non tantum dolum, sed etiam culpam præstare.*
2. *Cur levem duntaxat culpam, non etiam leviſſimam tutor præſtet?*

SEcunda 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 mutuæ] 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. arbitr.* 1 *tut. l.* 2. *C. ſi tut. vel cur. non geſſ.* Et quamvis in adminiſtratione tutelæ nulla verſetur 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 ſuaſit. 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 judicium veniet. *d. l.* 1. *l. cum tutor.* 18. *de tut. & rat. diſtr. d. l.* 7. *& l.* 4. *C. arb. tut. l. ſi tutoris.* 23. *C.* 2 *de adm. tut. l.* 3. *C. de peric. tut.* 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. diſt. 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 caſuis 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. arbitr. 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 dividundo judicio, quod ſolus fructus ex ea re perceperit, aut quod ſocius ejus ſolus in eam rem neceſſarias impenſas fecerit: non intelligitur ex contractu propriè obligatus eſſe, quippe nihil inter ſe contraxerunt: ſed quia ex maleficio non tenetur, quaſi ex contractu teneri videtur.*

De hæreditatis communione.

4. *Idem juris eſt de eo, qui cohæredi familiæ erciſcundæ judicio ex his cauſis obligatus eſt.*

NOTÆ.

3. *Sine ſocietate*] Datur quidem judicium communi dividundo etiam cum ex ſocietate res communis eſt, *l.* 1. *& 2. comm. div.* ſed eo caſu eſt ex contractu.

Et alter eorum alteri] Principalis finis judicii communi dividundo eſt, ut res dividantur & à communione recedatur, §. 4. *& 5. inſ. de off. jud. d. l.* 1. *comm. div. l.* 1. *fam. erciſc.* 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. *inſ. de off. jud.* damni ut *l.* 16. §. *pen. l.* 25. §. 16. *fam. erc.* 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 familiæ erciſc.*] Quippe ſemota hæreditatis diviſione, cætera ſunt utrique judicio cum altero communia. *l.* 6. §. 11. *comm. div.*

COMMENTARIUS.

1. *Communio inter aliquos conſtituta quarum rerum obligationem pariat?*
2. *Culpa in judicio communi dividundo ad quam diligentiam dirigatur?*

TErtia ſpecies, quæ quaſi ex contractu obligationem producit, eſt communio rerum inter aliquos citra ſocietatem ſuſcepta. Rerum communio ſic 1 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. erc. l.* 4. §. 3. *comm. divid.* Prima & præcipua hic obligatio eſt, quod conſors, ſi ſponte communionem omittere nolit, compellatur ad diviſionem judicio diviſorio; in quo hoc maximè 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. erc. l.* 1. *comm. divid.* §. *quædam.* 20. *inſ. de act.* Diviſio rerum qualis ſit, quæ in ea adjudicatio, quæve mutua condemnatio, explicatur §. 4. *& ſeqq. inſ. de offic. jud.* Præſtationes perſona-

fonales 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 proportione cujuſque farciat. *l. 16. §. pen. l. haredes. 25. §. non tantum. 16. & §. item culpæ. 18. l.* 2 *inter coharedes. 44. §. quod ex fact. 5. fam. erciſc.* Culpa autem non ad exactiſſimam diligentiam dirigitur; quoniam, qui rem cum alio communem habet, propter ſuam partem cauſam habet gerendi; & ideo non major diligentia ab eo exigitur, quam qualem ſuis rebus adhibere conſuevit. *d. l. haredes. 25. §. non tantum. 16.* 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. haredes. 25. §. idem juris. 13. & ſeqq. fam. erc. l. 4. §. 3. comm. div.* Quorum omnium conſequendorum cauſa comparatæ ſunt actiones inter hæredes familiæ erciſcundæ, inter eos, quibus res una vel plures communes ſunt, extra cauſam hæreditatis, communi dividundo. *titt. ff. & C. fam. erc. & comm. div.* Sive autem propter præſtationes illas, ſive propter diviſionem rerum hæc judicia reddantur, ſemper quaſi ex contractu proficiſcuntur.

TEXTUS.

De aditione hæreditatis.

5. Hæres quoque legatorum nomine non propriè ex contractu obligatus intelligitur, (neque enim cum hærede, neque cum defuncto ullum negotium legatarius geſſiſſe propriè dici poteſt) & tamen quia ex maleficio non eſt obligatus, quaſi ex contractu debere intelligitur.

NOTÆ.

5. *Hæres quoque*] Ex Cajo *l. 5. §. 2. de obl. & act.*

COMMENTARIUS.

1. *Hæredem propriè quaſi ex contractu obligari legatariis & fideicommiſſariis, non item creditoribus hæreditariis.*

QUarta 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 maleficium eſſe. Reſtat ergo, ut ex hac cauſa quaſi ex contractu obligetur. Nimirum cum quis hæreditatem ſibi delatam amplectitur, ſimul judicium defuncti agnoſcere, ſeque oneribus, quæ ex voluntate defuncti ſubeunda ſunt, ſubjicere 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.*

3. *Legatorum nomine*] Hæres tunc propriè quaſi ex contractu obligatur, 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, eædem nimirum illæ, quæ competebant adverſus defunctum, & ex eadem cauſa. Inauditum enim eſt, creditores hæreditarios actione ex teſtamento experiri. Ex legatis vero non eſt obligatio hæreditaria, ſed obligatio hæredis; quamvis hæreditariæ loco eſſe dicatur, *l. hæreditarium. 40. de obl. & act.* Eadem obligationis ratio eſt & in legatariis & fideicommiſſariis, à quibus quid relictum eſt; eædemque 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. Adeo enim non intelligitur propriè ex contractu obligatus eſſe, ut, ſi certiorem 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 condictione tenetur.

NOTÆ.

6. *Cui quis per errorem*] Facti quidem etiamſi ſubſit naturalis aliqua obligatio, quæ tamen deſtituta ſit juris civilis auxilio. *l. 9. C. ad leg. Falc. 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, tacitè hic obligatio naſcitur. *l. 13. in fin. commod.*

Perinde obligatur] *l. 5. §. 3. de obl. & act.* Ex bono ſcil. & 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 obstringatur?*
2. *Quæ requirantur, ut indebitum solventi competat?*
3. *An eius, quod errore juris solutum est, aliquando repetitio sit?*
4. *Sitne hæc obligatio ex vero contractu, an quasi?*

QUinta & postrema species, unde obligatio quasi ex contractu proficiscitur, 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, tacitè significat quasi ex contractu eum obligari: quod hoc loco apertius ostendit ex Cajo *l.* 5. §. *is 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, etiamsi ea mente dedit, ut postea repeteret. *l.* 1. *l. si non sortem.* 26. §. 2. & 3. *h. t. de cond. ind. l.* 9. *C. eod. l. cujus.* 53. *de reg. jur.* junct. *l. quod quis.* 50. *h. t.* 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 agitur in *ff.* & *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 recte, videbimus postea. In accipiente nulla erroris aut scientiæ
1 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.* 43. Costal. post Bart. *ad d. l. quoniam.* 18.

2 *Cui quis per errorem indebitum solvit*] Ut in specie proposita solventi quæratur obligatio & soluti condictio, 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 sortem.* 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 const. 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.* 4. *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 judicatæ: siquidem sententia judicis 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 mutuam 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 condictionis, *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 not. inf. num.* 3. *in fin.* Enimvero naturale debitum more veterum hic accipimus, quod ex ea obligatione naturali debetur, quæ civilis & efficacis 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 3
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 condictio indebiti ex bono & æquo datur, *l. hæc condictio.* 66. *hoc tit. de cond. ind.* cui omnino consequens est, eam non nisi exceptione æquitatis ex adverso excludi posse. At quam æquitatem prætendere 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,

valet, ut omnino non debeatur, ſive quod effectum non habet, ut accidit in mere civili debito? Nam cum tale debitum nullos veri debiti effectus habeat, non compenſetur, *l. quæcumque.* 14. *de compenſ.* acceſſiones non admittat, *l.* 3. §. 1. *de pec. conſt. l.* 7. *de fide juſſ.* 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 illato coëgerit, ut promitteret, non poſſum adduci ut credam, ſolutum ex his cauſis retineri poſſe, atque improbitatem 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. qui ſe debere.* 7. *de cond. ca. dat.* ubi diſertè Julianus poſt Nervam & Attilicinum 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 is.* 32. §. 1. *l. ſi fidejuſſor.* 59. *de cond. ind. l.* 5. *C. eod. l. quæ fideicommiſſa.* 79. *de leg.* 2. & apertiſſimus in *l.* 1. *ut in poſſ. leg in pr. fac. item. l. mandatum.* 57. *mandat.* Porro etiam me movet, quod in toto *tit. ff. de cond. ind.* quamvis prolixo, nuſquam aut tantum errori facti repetitio tribuitur, aut errori juris denegatur, ſed perpetuo tribuitur errori ſimpliciter, ſive quod ſolutum eſt omnino non debeatur, ſive propter exceptionem perpetuam exigi non poteſt, *l. ſi non ſortem.* 26. §. 3. *l. qui exceptionem.* 40. *l. ex his omnibus.* 54. *eod.* ut vel hinc intelligere liceat errorem quidem, qualiſcumque ſit, repetitioni non obſtare, ſed obſtare ſolventis ſcientiam, & quidem ſolam: quod luculenter probat tum *d. l. ſi non ſortem.* 26. §. 3. *& l.* 24. *eod.* tum ratio, ob quam placet eum, qui ſciens indebitum ſolvit, non repetere; nimirum quia donaſſe intelligitur, *l. cujus.* 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 cuique nocere, contra ſententiam Papiniani in *d. l* 8. Neque video quid ad hoc reſponderi ſine cavillatione poſſit. Nam certè illa Neotericorum 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 condictionis inſtituendæ quæritur, 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 condictione 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. mutuam 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 fideicomm. 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 aut errori 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.* VINN. Specioſa hæc: nec tamen ſolida. Regula juris eſt, juris ignorantiam cuique nocere, facti ignorantiam non nocere. *l.* 9. *ff. de jur. & fact. ign.* Secundum hanc regulam, jus ignorantem indebitum ſi ſolverit, repetitionem non habere, eamque repetitionem tantum per ignorantiam facti competere, diſerte dicitur in *l* 10. *C. de jur. & fact. ign. l.* 9. *C. ad l. Aquil.* Quum vero minoribus & feminis jus ignorare liceat: *l.* 9. *ff. de jur. & fact. ign.* hinc ea exceptio & in ſolutione indebiti obtinet. *l.* 9. *C. ad. SC. Vellej.* Jus quoque ſingulare eſt in *l.* 1. *ff. ut in poſſeſſ. leg.* idque ad exemplum non trahendum. Obſervavit hoc recte V. C. Ger. Noodt *Comm. ad Pand. lib.* XII. *tit.* 6. *p.* 298. ubi & ad *l.* 7. *& 8. ff. de jur. & facti ign.* reſpondit. HEIN.

Magis ex diſtractu, quam ex contractu] Obligatio indebiti per errorem ſoluti non eſt ex contractu: nam omnis ex contractu obligatio eſt ex mutuo conſenſu & conventione. 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 cauſa. Verum, extra id quod agitur, tacitè hæc obligatio naſcitur, *l.* 13. *in fin. commod.* nimirum ex conſenſu ficto 4

&

& 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 accepit, *l. ſi non ſortem.* 26. §. *libertus.* 12. *de cond. ind.* ſi vero ex contractu & conventione deſcenderet, dareter 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: quanquam neutrum revera fiat.

TEXTUS.

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, quæ 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 præbuit, ſed tantummodo in iis legatis & fideicommiſſis, quæ ſacroſanctis Eccleſiis, & cæteris venerabilibus locis, quæ vel religionis vel pietatis intuitu honorantur, relicta ſunt; quæ ſi indebita ſolvantur, non repetuntur.*

NOTÆ.

7. *Repeti non poteſt*] Quaſi ſolutum tranſactionis cauſa ad evitandum periculum dupli.

Ex quibus cauſis inficiando] Hoc eſt, ex quibus actio adverſus confitentem 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. depoſ. 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 ſolutum repeti non poteſt. Julian. *l.* 32. §. 2. *de cond. ind.*

COMMENTARIUS.

1. *Cauſæ, ex quibus lis per inficiationem creſcit?*
2. *Cur ex his cauſis veteribus placuerit, indebitum per errorem ſolutum repeti non poſſe?*
3. *Nonnullæ aliæ cauſæ, ex quibus indebitum errore ſolutum non repetitur: & quid hic moribus noſtris?*

SUnt quædam cauſæ, ex quibus indebitum per errorem ſolutum repeti non poteſt: cujuſmodi ſunt illæ, in quibus lis ſeu actio per inficiationem creſcit, hoc eſt, ex quibus actio adverſus confitentem 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 infi- 1
ciationem tribus in cauſis, uno loco comprehenſis à Juſtiniano *d.* §. *ſed furti.* 26. Primo in actione legis Aquiliæ de damno dato, *d. l. inde Neratius.* 23. §. *pen. l. item veniunt.* 20. §. 4. *de her. petit. l.* 5. §. 2. *de ſerv. corr.* Paul. *d. loc.* Deinde in actione depoſiti miſerabilis, id eſt, quod tumultus, incendii, ruinæ, naufragii cauſa factum eſt, *l.* 1. §. 1. *cum ſeqq. depoſ.* Poſtremo in actione legatorum, religionis aut pietatis intuitu relictorum, *d.* §. *ſed furti.* 26. 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.* Cujus rei ratio perobſcura eſt: 2
nam manifeſta æquitas 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, damnum 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 damnum datum ſit, aut nihil relictum, puto, locum eſſe repetitioni: quod etiam interpretes notant. Excipiuntur & aliæ 3
cauſæ, ex quibus indebitum per errorem ſolutum non repetitur, ut cauſa dotis, & tranſactionis. Quod dotis nomine ſolutum 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 reſu-

reſuſcitentur. *l. in ſumma.* 65. §. 1. *eod. l.* 2. *C. de tranſact.* Excipiunt & cauſam judicati; ſed malè, quoniam regula eſt de indebito ſoluto: at quod ex cauſa judicati ſolvitur, id vel maximè debitum eſt: quippe quod etiam ab invito exigi poteſt: ut mirum non ſit, pecuniæ ex ea cauſa ſolutæ repetitionem non eſſe, vid. Cujac. *par. C. de cond. ind.* VINN. Magis expeditum eſt ceſſare condictionem indebiti in pœnis, *l.* 42. *ff. de cond. ind.* nec non in iis cauſſis, ex quibus retentionem quidem habemus, petitionem autem non habemus. *l.* 51. *ff. eod.* cujus rei exemplum eſt in *l.* 33. *eod.* HEIN.

Per damnationem] In legatis per damnationem relictis olim lis inficiatione creſcebat. Paul. 1. *ſent.* 19. quod in his legatis receptum fuiſſe videtur propter ſeveritatem judicii teſtatoris, hæredem ſuum dare damnantis, haud ſecus ac judex 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, quæ 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 ſcriptam intercidiſſe.

Religionis vel pietatis] Religionis intuitu quid relinquitur eccleſiis, cœnobiis: pietatis intuitu xenodochiis, noſocomiis, orphanotrophiis. &c. Noſtris moribus jus hoc §. conſtitutum exolevit, nullaque iis creſcit inficiando. Groenew. *de leg. abrog. hic.*

TITULUS VIGESIMUSNONUS.

PER QUAS PERSONAS OBLIGATIO ACQUIRITUR.

C. Lib. 4. *Tit.* 27.

Ratio ordinis.

HUC 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 juſta opinione noſtra, de eo nunc concluſionis loco aliquid ſubjicitur, ad eundem modum, quo *ſup. lib.* 2 diſputationem de acq. 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, dominii & obligationis eadem ratio eſt.

TEXTUS.

De his qui ſunt in poteſtate.

Expoſitis generibus obligationum, quæ ex contractu, vel quaſi ex contractu naſcuntur, admonendi 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 & uſusfructus, quam noſtra decrevit conſtitutio: ut quod ab actione commodum perveniat, hujus uſumfructum quidem habeat pater, proprietas autem filio ſervetur, ſcilicet patre actionem movente ſecundum novellæ noſtræ conſtitutionis diviſionem.

NOTÆ.

Quod autem per liberos] Quod ad perſonas, per quas acquiritur, cauſam acquirendi, & rerum qualitatem pertinet, dominii & 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.*

Novellæ noſtræ conſtitut.] *d. l. ult.* Novellam vocat, eo, quod lata eſt priore Codice jam edito. In ſumma ſic habe. Ex caſtrenſi & quaſi caſtrenſi peculio filius ſibi pleno jure actiones acquirit, ex profectitio pleno jure patri, ex adventitio ſibi proprietatem, patri uſumfructum.

COMMENTARIUS.

VEluti 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 διέτεμε, *diſcrevit.* Intelligit autem *l. cum oportet.* 6. *C. de bon. quæ lib.* ubi ea omnia, quæ peculii adventitii nomine

continentur, ita partitur, ut eorum usumfructum assignet patri, filio proprietatem. Peculii profectitii, 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 profectitio pleno jure patri, ex adventitio sibi proprietatem, patri usumfructum.

Secundum novellæ nostræ] Licet ex causa peculii adventitii filiofam. proprietas quæratur, patri tantum ususfructus, 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 absit, *l. ult.* §. *ubi autem.* 3. *C. de bon. quæ lib.* 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 vocitatæ 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.*

NOTÆ.

1. *Per liberos homines, &c.*] Vid. *sup.* §. 4. *per quas pers. cuiq. acq.*

2. *Vel usum*] Abest à vetustis codicibus teste Accurs. & delendum. Constat enim ex operis servi, in quo nudum usum habemus, non aliter nobis acquiri, quam si operis ejus utamur in re nostra. *l.* 14. *l.* 16. §. 2. *l.* 20. *de us. & habit.*

COMMENTARIUS.

ETiam per eos, qui à nobis bona fide possidentur, sive liberi sint, sive servi alieni; item per servos, in quibus usumfructum habemus, obligatio nobis acquiritur: cæterum duabus duntaxat ex causis, ex operis eorum, & 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 Accurs. & probabiliter delebuntur. 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 ejus utamur, in re nostra. *l. per servum.* 14. *l. si ita.* 16. §. 2. *l. servus.* 20. *de usu & habit.* vid. *sup.* §. 3. *eod. tit.*

TEXTUS.

De servo communi.

3. *Communem servum pro dominica parte dominis acquirere certum est, excepto eo, quod nominatim uni stipulando, aut per traditionem accipiendo, illi soli acquirit; veluti cum ita stipulatur,* Titio domino meo dare spondes? *Sed si domini unius jussu servus fuerit stipulatus, licet antea dubitabatur: tamen post nostram decisionem res expedita est, ut illi tantum acquirat, qui hoc ei facere jussit, ut supra dictum est.*

COMMENTARIUS.

SI servus communis sit plurium dominorum, quibus & quatenus acquirat, disces 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 servum stipulari jubet; & is nominatim alteri domino stipulatur, siquidem is, qui jussit servum stipulari, jussit specialiter, ut stipularetur sibi, seu suo jubentis nomine, statuit Justinianus, ut stipulatio acquiratur jubenti, ita ut hoc casu plus valeat jussio, quam nominatio: sin autem is, qui jussit servum stipulari, simpliciter jussit, hoc casu vult obligationem acquiri nominato; ut hic nominatio plus valeat, quam generalis jussio; cujus 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 TRIGESIMUS.

QUIBUS MODIS TOLLITUR 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?

EXplicatum hactenus, quibus modis obligatio contrahatur: commodum nunc subjungitur, quomodo rectè ab initio constituta distrahatur, ejusque nexu debitor liberetur, quanquam & differri hæc tractatio potuit, 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 tuitione prætoris. Ipso jure liberant solutio, acceptilatio, novatio, dissensus utriusque partis interdum, obligationis confusio, *l. sicut. 75. l. pen. de solut. l. 7. C. de pact.* debiti oblatio & consignatio, *l 9. C. de solut.* compensatio, §. *in bonæ.* 30. *inf. de act.* duarum causarum lucrativarum in eandem rem & personam concursus, *l. omnes.* 17. *de obl. & act.* rei debitæ ante moram à debitore factam contingens interitus, *l. si ex legati.* 23. *de verb. obl.* & si quæ sunt generis ejusdem. Per exceptionem liberamur testamento, pacto, sententia, jurejurando, tempore. &c. De liberatione per exceptionem dicetur *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, mutuus 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: liberatur enim & alio solvente, sive sciente, sive ignorante debitore, vel invito eo solutio fiat. Item si reus solverit, etiam ii, qui pro eo intervenerunt, liberantur. Idem ex contrario contingit, si fidejussor solverit: non enim ipse solus liberatur, sed etiam reus.

NOTÆ.

Quibus modis tollitur] Ipso scil. jure, de liberatione per exceptionem dicetur *lib. 4. tit. de except.*

Aliud pro alio] *l. 17. C. de solut.* Invito autem creditori 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 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 hæc 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 emphyteuta velit canonem solvere, quo is pœnam commissi evitet?*
11. *Fidejussore simpliciter solvente utrum reus ipso jure liberetur, an per exceptionem?*

TOllitur *omnis obligatio solutione*] Primus modus, quo ipso jure obligatio tollitur, ex quatuor hic propositis, est solutio. Solutionis verbum & gene- 1
rale 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, sive 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 sejungitur solutio à satisfactione, & omnibus iis modis, quibus citra numerationem aliamve naturalem rei debitæ præstationem liberatio contingit, *l. solutum. 49. l. satisfactio. 52. l. prout. 80. &c. de solut. l. 9. §. 3. de pign. act. l. 4.*

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 debitæ 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.

3 *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 periit; *l.* 8. *de cond. furt.* 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.* 71. §. 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 deditione 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 conventione accepit. *l. ſtipulationes.* 72. junct. *l. ſi inſulam.*

4 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 cœpit: cœpit autem ſemel deberi tota, quæ obligationis conditio invito creditore mutari non poteſt. Sed quoniam hanc ſententiam in dubium vocat & impugnat vir ſummi judicii & 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 & explicemus &

5 adſtruamus. Ajo igitur, contra quam exiſtimat Alciatus, debitorem non poſſe partem rei debitæ 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 quæſito, quod reſpondetur *l.* 3. *fam. erc.* & 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 metuat. *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 expreſſe cautum ſit, ut liceret & partem ejus, quod acceptum eſt, ſolvere, ut in ſpecie *l. lecta.* 40. *de reb. cred.* Conſentit & illud, quod Impp. reſcribunt, *l.* 9. *C. de ſolut.* obſignatione 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 admiſſa, dum tribus cotannis vicibus totæ exſolvantur, *l. penult. C. de collat. fund. patrim. lib.* 11.

6 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. *& ſeq. eod.* Neque textus in *l. ult. quib. mod pign. vel. hyp. ſolv.* ibi enim agitur de debitore 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 & à creditore accipi poſſit; ad differentiam earum, quæ naturæ 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

7 *l.* 8. *ſi pars har. pet.* Illud in confeſſo, nec parte à volente creditore accepta ſemper pro ea parte debitorem liberari; ſed conditionem obligationis hic inſpiciendam eſſe. Si obligatio non ſolum natura rei dividua eſt, ſed etiam conditione ſua, veluti ſi res una aut conjunctim plures, quæ diviſionem admittunt, promiſſæ ſunt, liberatio pro parte contingit.

git: 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 recipiunt, quamvis alioqui res natura ſua dividuas contineant hæ tres; obligatio generis, alternativa, pœnalis: in quibus omnibus placet debitorem partem rei ſolvendo pro ea parte non liberari, obſtante nimirum conditione obligationis. In ſtipulatione pœnæ hoc aperte efficit ipſa conditio, neque aliud ſine manifeſta injuria ſtipulatoris conſtitui poteſt. *l.* 5. §. *ult. de verb. obl.* add. *l. in excutione.* 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 debetur, etiam ante diem recte ſolvatur, dixi ſub §. 2. *ſup. de verb. obl.*

8 *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 creditori 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, etiamſi pars tantum evicta fuerit, *l. ſi quis aliam.* 46. *eod. tit.* quod idem juris eſt in ſolutione ipſius rei debitæ, quæ propria fuit debitoris. *l. ſi rem meam.* 20. *l. cum quis.* 38. §. 3. *l. qui decem.* 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. 9 *l. manifeſti.* 17. *C. de ſolut.* Quinimo placet licere cuique pro debitore ſolvere etiam ignorante eo & invito, *l. ſolutione.* 23. *l. ſi pro.* 40. *l. ſolvere.* 53. *eod.* idque naturalis ſimul & civilis ratio ſuaſit, per quam licet conditionem alterius, quamvis inviti aut ignorantis, facere meliorem, *l ſolvendo.* 39. *de neg. geſt. d. l. ſolvere.* 53. *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 Lesbonici apud Plautum in *Trinum. 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 defenſio, quæ præſtatur invitis. Suſpectum eſt quod patiuntur nolentes* &c. & alibi: *Non eſt beneficium, quod præſtatur invitis: nec cuiquam videtur utile, 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 nolumus.

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 extingui, 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 debitore ſciente & volente, an pro ignorante, adeoque pro invito & vetante. Ad jus vero repetendi quod attinet, hoc intereſt, quod 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.*

Ignorante debitore vel invito] Sed quid ſi creditor hoc 10 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 cogeretur: 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 interſit, 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 reſoluto jure emphyteutæ & ipſum evaneſceret, *l. lex vectigali.* 31. *de pignor.*) *argum. l.* 12. §. 2. *verſ. non ſolum. de uſufr. & d. l.* 31. *de pignor.* ſimpliciter probandum non eſt; ſed tunc demum, ubi dominus ultro eam ſolutionem admiſit: 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 deteriorem 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 proſit. Adi Jaſ. *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 Treutl. *vol.* 2. *diſp.* 29. *theſ.* 3.

Qui pro eo intervenerunt] Ut puta fidejuſſores & mandatores. Sed & reliquæ acceſſiones liberantur, ut pignora & hypothecæ. *l. in omnibus.* 43. *de ſolut.* Ratio perſpicua eſt, quia ſublata re principali etiam ea, quæ acceſſionis locum obtinent, intercidere 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 libe-
11 rationis hic agitur. Interpretes vulgo id quidem admittunt, cum fidejuſſor expreſſe 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. Papinianus.* 28. *mandat.* Ego vero cum Giphanio & 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. Ant. 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 credidit Titio. Itaque niſi ego expreſſe 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. §. *propen. 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 hæc verba debitorem dicere:* Quod ego tibi promiſi, habeſne acceptum? *& Titius reſpondeat,* Habeo. *Sed & Græce poteſt acceptilatio fieri; dummodo ſic fiat, ut Latinis verbis ſolet:* Ἔχεις λαβὼν ὁηνάρια τόσα; Ἔχω λαβών. *Quo genere (ut diximus) tantum eæ ſolvuntur obligationes, quæ ex verbis conſiſtunt, non etiam cæteræ. 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, *l.* 19. *de accept.* Nam inutilis acceptilatio ſaltem vim pacti habet, *d. l.* 8. *pr.*

COMMENTARIUS.

1. *Explicatur Modeſtiniana 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 quæ conſideranda?*
6. *Materia ſeu objectum.*

ETiam acceptilatione 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: neque ſane immerito. Nam primum in accepti- 1
latione 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 mutuam interrogationem*, accipiendam exiſtimant non de quavis acceptilatione, ſed de ea tantum, quam præcedit novatio & ſtipulatio Aquiliana; quoniam hæc ſpecies ſola mutua interrogatione conſtet, in ſtipulatione Aquiliana debitor interrogetur, in ſubſequente acceptilatione vices commutentur, & interrogetur creditor: nec obſtare 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. l.* 3. *C. eod.* ita acceptilationis verbo plerumque & eam, quæ præceſſit, ſtipulationem adſignificari. Cujac. 5. *obſ.* 36. Hotom. 3. *obſ.* 18. Cæterum probabilius meo quidem judicio 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 fit 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 nectitur, & creditor nectit. 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. *& de inceps*, §§. *& 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, removentque hinc ſtipulationem, quæ quidem & ipſa verborum conceptio eſt, ſed ad obligandum, non ad liberandum, com-
3 parata. Scio, nonnullos acceptilationem ſpeciem facere ſtipulationis: quibus ſtipulatio duplex eſt, una obligatoria, altera liberatoria. (D. Tuldenus diſſolutoriam vocat) argum. *l. ſi unus.* 27. §. 2. *de pact.* Sed neque veterum uſui, neque fini ſtipulationis, neque notationi verbi convenit, diſtractum 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.* VINN. Sed ego nihil cauſſæ video, cur acceptilatio ſtipulatio dici nequeat. ſive finem, ſive originem, ſive formam ſpectes, recte hoc nomen feret. Finis eſt, ut caveamus nobis, vel ut ſecuriores ſimus de promiſſione alterius. *l.* 1. §. 4. *ff. de ſtipul. prat.* Hic vero alter nobis promittit liberationem, & ut de ea ſecuriores ſimus ſollemni interrogatione utimur. Origo vocis ſtipulatio a *ſtipulo*, id eſt, firmo non abludit a fine acceptilationis: nec forma hic alia quam in ſtipulatione, nempe interrogatio, quæ ita eſſentiam ſtipulationis abſolvit, ut veteribus ſtipulatio interrogationis nomine veniat. Sane in Gloſſariis vetuſtis ideo vocatur ἐπερώτησις, vel ὁμολογία ἡ διὰ ἐρωτήσεως. Adde Sen. *de Benef. Lib.* III. *Cap.* 15. Admodum dilutum eſt, quod ſtipulatio ad obligandum non ad liberandum ſit comparata. Quaſi enim, qui liberationem promittit, non ſeſe obliget ad non petendum. Et quomodo dici poteſt per acceptilationem eodem modo obligationem diſſolvi, quo contrahebatur, in ſtipulatione non diſſolvitur? HEIN.

4 *Imaginaria ſolutio*] Solutio naturaliter obligationem reſolvit; acceptilatio civiliter, *l. pen. de ſolut.* nam in ſolutione debitor aliquid re ipſa & actu præſtat, in acceptilatione nihil: ſed tamen quaſi præſtiterit, 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 quivis, 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 quivis 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.* 10. & cave aliud colligas ex *l.* 3. *eod.* Cujac. 15. *obſ.* 16.

Grace poteſt fieri] Forma acceptilationis eſt illa, quam 5 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 incapacibus 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, *& Grace 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 ea non expreſſa non noceant, quæ aperte comprehenſa vitium afferunt. *l.* 12. *de accept. d. l. actus.* 77. *de reg. jur. l. expreſſa.* 195. *eod.* Eleganter hæc explicat D. Briſſonius *lib.* 2. *de ſolut. tit. de acceptil.*

Quæ verbis conſiſtunt, non etiam cætera] Materia ſive 6 res, quæ in acceptilationem deduci poteſt, eſt debitum verbis antea contractum. Primum ut valeat ac-

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. Joan. Wamesl. *cent. 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. cod. l. nihil. 35. de reg. jur. l. prout. 80. de solut.* Plane, si, quod ex alia obligatione debetur, accepto latum 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 impediat. *l. 8. pr. eod.*

Quod ex alia causa debetur, potest in stipulat. deduci] Etsi debita, quæ non ex verborum obligatione veniunt, acceptilatione directo tolli nequeunt, 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 exegesi *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.*

TEXTUS.

De Aquiliana stipulatione & acceptilatione.

2. *Est autem prodita stipulatio, quæ 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, spopondit Numerius Nigidius. Quod Numerius Nigidius Aulo Agerio spopondit, id haberetne à se acceptum Numerius Nigidius Aulum Agerium rogavit. Aulus Agerius Numerio Nigidio acceptum fecit.

COMMENTARIUS.

C. Aquilius Gallus homo Jurisconsultissimus, cujus in formulis concipiendis singularis quædam prudentia extitit, ut constat ex ea de dolo malo, quam Cicero *lib. 3. de Nat. c. 30.* everriculum omnium malitiarum appellat, & ea de postumo nepote, vivo adhuc filio, hærede instituendo, *l. Gallus. 29. de lib. & posth.* stipulationis formulam prodidit, in quam quæ non verbis contractæ essent obligationes transfusæ, 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 anxiæ veterum in cautionibus componendis diligentiæ argumentum, in qua ne quid omissum videretur, multa ex abundanti 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 proficiscuntua. *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 *oportebit* 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

sed ad veritatem refertur. *l.* 37. *de verb. sign.*

Tecum actio, petitio, persecutio] Actio in personam est, petitio in rem, persecutio ad extraordinarias magistratuum 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 cujusque 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 dominii & jure possessionis & mera detentione, *l. habere.* 188. *de verb. sign. l. stipulatio.* 38. §. *hæc quoque.* 7. & 2. *seqq. de verb. obl.* quanquam 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. VINN. Adjiciemus tamen & de verbis sequentibus nonnulla. Verba, *quanti quæque earum rerum res erit*, ad reales actiones spectant, in quas non minus quam in personales hanc stipulationem conceptam fuisse jam Vinnius observavit. Quum itaque, quod nostrum est, amplius nostrum fieri nequeat, adeoque rem nostram stipulari nobis non possimus: §. 2 *Inst. de inutil. stipul. l.* 82. *ff. de V. O.* callide Aquilius æstimationem pro re stipulari nos jussit. Vocabula denique Aulus Agerius, & Numerius (vel, ut apud *Pariat. LL. Mos. & Rom. tit.* 11. §. 6. legitur, Numidius) Nigidius in formulis usitatissima fuisse, illoque actorem, hoc reum significari consueviſſe, jam ad locum illum Pariatoris notavit vir eximius Petr. Pithœus. HEIN.

TEXTUS.

De novatione.

3. *Præterea novatione tollitur obligatio; veluti si id, quod tibi Sejus debebat, à Titio stipulatus sis. Nam interventu novæ personæ 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 extiterit: 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 præsumtiones alii in aliis casibus introducebant, ideo nostra processit constitutio, quæ apertissime definivit, 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 nostræ constitutionis definitionem, quam licet ex ipsius lectione apertius cognoscere.*

NOTÆ.

3. *Novatione tollitur obligatio*] Sed ita, ut in locum sublatæ 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 expromissor non sit solvendo, prior tamen obligatio tollitur: etiam in casu delegationis: quia bonum nomen facit creditor admittens delegatum. *l.* 26. §. 2. *mand.*

COMMENTARIUS.

1. *In novatione quæ necessaria, & an aliter, quam per stipulationem præcedens obligatio novetur?*
2. *Vera novationis effectus.*
3. *Quot modis novatio fiat? ubi & de delegatione.*
4. *De novatione, quæ fit per litis contestationem: & quantum hæc 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.*

NOvatione quoque ipso jure obligatio tollitur; sed ita, ut in locum sublatæ alia nova substituatur: est 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*

1 *cert. pet.* 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 Gœdd. *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.* 6. *de pact. l. pacta.* 72. *de contr. emt.* Hodie ſane etiam ſimplicibus pactis novationes fieri ſolent, adeoque frequentius, quam per ſtipulationem, utpote cujus ſolennitas pœne exolevit, uti poſt DD. in *l. ſingularia.* 15. *de reb. cred.* tradunt Weſemb. *hic.* Gudelin. *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.*
2 3. *C. eod.* de quo item fuſius poſtea. Effectus novationis eſt, ut nova obligatione conſtituta prior perimatur, *d. l.* 1. *eod.* quæ res facit, ut etiam incommoda omnia, quæ prioris obligationis fuerunt, ſimul evaneſcant, qualia ſunt hæc: mora facta periculum interitus rei debitæ; pœna veteri obligatione promiſſa; uſuræ ex eadem cauſa debitæ, privilegium, quod prioris actionis fuit; pignora denique & fidejuſſores. *l.* 8. *l. ſi creditor.* 15. *l. novatione.* 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. Mynſ. 1. *obſ.* 59. Gail. 2.
3 *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 text. verſ. Sed ſi eadem 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 mandatu, quæ ſpecies novationis delegatio dicitur per metonymiam cauſæ, ſiquidem delegare hic eſt vice ſua alium reum dare creditori; *l.* 11. *eod.* quæ delegatio inter delegantem quidem & delegatum nudo conſenſu fit: *l. delegare.* 17. *eod.* ſed non perficitur, id eſt novatio debiti non fit, niſi ſtipulanti creditori is, qui delegatus eſt, promiſerit. *l.* 1. *C. eod.* Gail. 2. *obſ.* 30. *n.* 8. Chriſtin. *vol.* 4. *deciſ.* 180. *num.* 4. *&* 5. D. Tulden. *comm. hic. c.* 8. Porro ſciendum eſt, agi hoc loco de novatione, cui hoc nomen per excellentiam & abſolutè tribuitur. Eſt vero præter hanc, quæ ſtipulatione fit, & alia, quam inducit litis conteſtatio, *d. l.* 11. §. 1. *l. aliam.* 29. *eod. l.* 3. *C. de uſur. rei jud.* nam & judicio contrahitur, & velut nova inducitur obligatio judicati. *l.* 3. §. *idem ſcribit.* 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. ſolutione.* 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. omnes.* 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.* 4. *C. de uſur. rei jud.* At enimvero per litis conteſtationem vel ſententiam vetus actio non conſumitur: per *text. in l. fidejuſſores.* 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 jurejur.* junct. *l. eum qui.* 30. *in pr. eod.* junct. *l.* 2. *eod. l.* 8. *C. de reb. cred. & d. l. poſt rem.* 56. *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 ſolet.* 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.*

Interventu novæ perſonæ] 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 ſubjectum declarat. Similiter etſi expromiſſor non ſit ſolvendo: præcedens tamen obligatio tollitur, etiam in caſu delegationis: quoniam, ut ait Paulus, bonum nomen promiſſoris feciſſe videtur creditor, qui admiſit debitorem delegatum. *l inter.* 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 auct. tut.* Attamen ſi ejus ætatis ſit, ut intelligat quod agitur, naturaliter ſaltem obligatur, ut demonſtravimus *ſup. ad §. pupillus.* 9. *de inut. 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

quod Paulus ſcribit in *l. novare.* 20. §. 1. *eod.* 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. loco:* ſed hoc, 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 tranſtulerit, quem ſciebat aut ſcire debebat, non aliter ex contractu civiliter obligari, quam interpoſita tutoris auctoritate, per *l. qui cum alio.* 19. *de reg. jur.*

Et 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 uberius ſub §. *pupillus.* 9. *de inut. 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 intervenerint, 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 peculii 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 comprehenſum fuerit, conditio, aut dies, aut fidejuſſor adjectus, detractuſve. Nam neque ſi alia perſona intervenerit, 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 moveatur & transferatur in obligationem verborum; utique ſi de jure veteri quæratur. *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 omni 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. eod.* Cæterum dubium erat, quando id actum videretur, 7
& 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 præcideret, in univerſum definivit, non aliter novationem prioris obligationis fieri, quam ſi hoc ipſum inter contrahentes expreſſum fuerit, ſe novandi animo & prioris obligationis tollendæ cauſa 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 ſæpè fallit. Vid. Gail. 2. *obſ.* 30. *num.* 1. *& ſeqq.* Chriſtin. *vol.* 4. *deciſ.* 180. *num.* 9. *& ſeqq.* Tulden. *comm. hic. cap.* 7. ubi etiam teſtatur, legem illam Juſtiniani in Gallia uſu abrogatam eſſe. Bartolus quoque in *l. delegare.* 11. *de novat.* exiſtimat, eam non pertinere ad delegationem; quem ſequuntur Zaſ. *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 adhibuerit, vel mutaverit*, commodè de perſona fidejuſſoris explicari poſſunt, add. Bachov. ad Treutl. *vol.* 2. *diſp.* 29. *theſ.* 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 intervenerant. Gail. *d. loc. n.* 5. *&* 6. Plane ſi ex una obligatione ſolutum erit, altera quoque continuo tolletur, quia ſunt obligationes unius rei. *l.* 8. §. *ult. de novat.*

TEXTUS.

De contrario consensu.

4. *Hoc amplius eæ obligationes, quæ 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, nudo pacto obligatio constitui potest. *d. l.* 58. *in fin. de pact.* Vide *infr. comment.*

COMMENTARIUS.

1. *Omnem naturalem obligationem ipso jure tolli nudo consensu.*
2. *Eodem modo re integra tolli & civiles nudi consensus, & honorariam pignoris.*

1 QUædam obligationes ipso jure dissolvuntur solo & nudo partium consensu. Quo in genere est omnis obligatio naturalis, tum civiles eæ, quæ solo consensu constant. De naturali obligatione traditum est, eam justo 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 naturale.* 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.* 95. §. 4. *de solut.* Non adversatur *l. si unus.* 27. §. 2. *de pact.* quoniam ibi non quæritur de nuda naturali obligatione per pactum tollenda, sed de pacto priore, quo exceptio quæsita erat, per posterius eliendo, quo redeat prima conditio & status obligationis, actionique vis pristina restituatur. Vid. *inf. sub tit. de replicat. in pr.* VINN. Atqui & fidejussoris obligatio mutuo principalium contrahentium consensu solvitur, quum tamen fidejussor non consensu, sed verbis obligetur. *l.* 3. *ff. de resc. vend. l.* 95. §. *ult. ff. de solut.* Sed in promtu est responsio. Fidejussoris obligatio non tollitur mutuo consensu, sed obligatio principalis, cui fidejussor accessit. Sublata autem obligatione principali, accessoria ipso jure exspirat. *l.* 129. §. 1. *l.* 178. *ff. de R. J.* HEIN. 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 abeatur, *l.* 7. §. *adeo.* 6. *l. ab emptione.* 58. *de pact. l.* 1. *l.* 2. *C. quand. lic. ab empt. disc.* in quo & ipso regulam naturæ de tollendis obligationibus veteres secuti sunt. *l. prout.* 80. *de solut. d. l.* 35. *de reg. jur.* Nam etsi hujus etiam generis contractus obligationem civilem, id est, efficacem ad agendum producunt, 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 sive voluntatem contrariam, tota obligationis substantia evanescit, ut nihil amplius supersit, 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 conventione, *l.* 1. *de pignor. act.* contraria eaque nuda conventione 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 permisit: quæ causa est, quod actiones quoque furti & injuriarum per pactum ipso jure tolluntur. *d. l. si tibi.* 17. §. 1. *de pact.* junct. *l.* 6. *l.* 7. §. *si paciscar.* 14. *in fin. eod.*

Contraria voluntate] Id est, contraria conventione, seu utriusque partis consensu, *l.* 1. *C. quand. lic. ab empt. 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, id proprio quodam jure in his contractibus receptum est, ut suis locis demonstravimus.

Re nondum sequuta] *L.* 7. §. *adeo.* 6. *de pact. l.* 3. *l.* 5. §. 1. *de resc. vend.* quod alibi dicitur, re adhuc integra, *l. ab emptione.* 58. *de pact. l.* 1. *& l.* 2. *C. quand. lic. ab empt. 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 emptione.* 58. *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. §. *is qui.* 6. *de act. empt. l.* 2. *C. quand. lic. ab empt. disc.*

FINIS LIBRI TERTII.

ARNOL-

ARNOLDI VINNII, J. C.

IN LIBRUM QUARTUM

INSTITUTIONUM IMPERIALIUM COMMENTARIUS

Academicus & Forenſis.

CUM NOTIS AD TEXTUM.

TITULUS PRIMUS.

DE OBLIGATIONIBUS, QUÆ EX DELICTO NASCUNTUR.

Dig. Lib. 47. Tit. 2. C. Lib. 6. Tit. 2.

Continuatio. Delictum quid, & quotuplex?

EX 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 pœnam 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. *l. 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, pœnamque, pro modo admiſſi arbitrio cognoſcentis ſtatuendam, ſive corporalem ſive pecuniariam, quæ fiſco applicetur.

TEXTUS.

Continuatio & diviſio obligationum ex delicto.

Quum ſit expoſitum ſuperiore libro de obligationibus ex contractu, & quaſi ex contractu, ſequitur, ut de obligationibus ex maleficio & quaſi ex maleficio diſpiciamus. Sed illæ quidem, ut ſuo loco tradidimus, in quatuor genera dividuntur: hæ 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] Quadriga delictorum privatorum, ex Cajo *l. 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.*

Hæ 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.* 1 *sup. de oblig.* Quæ vero ex maleficio oriuntur, si causam efficientem spectamus, omnes unius generis sunt: nam hæ 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 consensit, non tenetur furti; sed, ut teneatur, necesse est, contrectatio 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 interveniisse contumeliam, *l. si unus.* 27. §. 2. *de pact.* ubi Jurisconsultus ait, actionem injuriarum non ex pacto nasci, sed ex contumelia. Utut 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 causæ 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.

Furto, 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, docetur que quid illud sit, & quotuplex? quæ ejus pœna? 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.

1. *Furtum est contrectatio fraudulosa, lucri faciendi gratia, vel ipsius rei, vel etiam usus ejus, possessionisve: quod lege naturali prohibitum est admittere.*

COMMENTARIUS.

1. *Furtum non fieri sine contrectatione: & quid inde? tum quis contrectare dicatur?*
2. *Furem non esse, nisi qui fraudulenter rem alienam contrectet.*
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.*

AUctor hujus definitionis est Paulus *l.* 1. §. *ult. hoc tit. de furt.* Idem *lib.* 2. *sent. tit.* 31. furem sic definit: *Fur est*, inquit, *qui dolo malo rem alienam contrectat.*

Contrectatio] Furtum sine contrectatione fieri non 1 potest. Contrectare 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 contrectatione furtum committi potest, *d. l. vulgaris.* 21. §. *item si.* 8. *h. t.* Neque is solum furtum facere & rem contrectare intelligitur, qui eam furripit & domino aufert, sed &, qui rem aut pecuniam, quam à domino accepit, alteri dandam solvendam, vel partem ejus rei pecuniæve, in suos usus convertit, *l. si quis.* 52. §. *Julianus.* 16. *eod. l.* 7. *C. eod.* aut qui re prius ex voluntate Domini accepta utitur, cum usum nullum habeat, aut aliter utitur, quam ex lege contractus debuit, de quo plenius *inf. sub.* §. *furtum.* 6. Per interpretationem etiam ille contrectare intelligitur, quo præsente indebitum ei, quem delegavit, solvitur. *l. falsus.* 43. §. 2. *eod.*

Fraudulosa] Fraudulosa contrectatio est, cum quis 2 rem alienam contrectat sciens dolo malo. Suam rem, quatenus sua est, nemo fraudulenter contrectare 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 her. pet.* §. 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 furripuit, furti etiam sacci nomine teneri, quamvis sacci furripiendi 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 furripiendi ablatus intelligi debet. Illud quoque hic tenendum est, fraudis mentionem etiam ideo fieri, ut discernatur furtum à rapina, actus clandestinus à violento, κλοπὴ γάρ ἐστιν ἡ λανθάνουσα ἢ ἀποτείσις μετάληψις. Procl. *in Parmen. Plat.* Nam etsi generali significatu & vis fraudem & dolum habet; *l.* 2. §. *doli.* 8. *vi bon. rapt.* specialiter tamen fraudis appellatione ea injuria significatur, quæ occultè fit & clanculum, cum vis sit aperta: quo pertinet illud Ciceronis, *fraudem vulpeculæ, vim leonis esse.*

Lucri faciendi gratia] Hæc verba causam finalem 3 continent, & præcipue furtum à cæteris maleficiis separant. *l.* 8. §. 2. *arb. furt. cæs.* Etenim in distinctione delictorum non tam factum consideratur, quam faciendi causa, id est, propositum & intentio delinquentis. Itaque si quis rem alienam contrectet, non hoc animo, ut lucrum inde faciat, quamvis sciens, dolo malo, id factum in aliud genus delicti cadit; si contumeliæ causa, injuria est; si nocendi tantum

gratia,

gratia, damnum, quod vindicatur lege Aquilia. *l. verum.* 39. *l. qui injuria.* 53. *h. t. l.* 5. §. *ult. l.* 41. *ad leg. Aquil.*

4 A lucri ſtudio, ac proinde etiam à crimine furti, & ille alienus eſſe videtur, qui urgente fame eſculenta aufert, ut inediæ 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. cap.* 23. *verſ. pen. & ult.* & Plato 8. *de legib.* Add. Covar. *in cap. peccatum.* 4. *de reg. jur. in* 6. *p.* 2. §. 1. *n.* 3. & Grot. 2. *de jur. bell. & pac.*

5 *cap.* 2. *num.* 6. *vai.* Illud ſciendum eſt, ut maxime res contrectetur fraudulenter & lucri faciendi 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 is 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 ſurripuit; 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 ſuſtulit, ignorans cujus ſit. *l. falſus.* 43. §. 4. *hoc titul.* D. Tulden. *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 *Lege 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 fœda, *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 cauſa. Cicero *lib.* 3. *offic. c.* 5. *Illud natura non patitur, ut aliorum ſpoliis noſtras facultates, copias, opes augeamus.* Quod vero apud quaſdam gentes furta licita atque impunita fuere, veluti apud Ægyptios & Lacedæmonios, de quibus teſtatur Gell. *lib.* 11. *cap.* 18. id rationem communem non mutat; neque ex unius aut alterius populi inſtitutis de jure naturæ ſive gentium judicandum eſt; de quo latius differui *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 quæſivit, qua domini res ſublatas ſtatim & ſine magno damno recuperarent. Nam qui furtis operam dare vellent, juſſit 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 pœnam negligentiæ. Diod. Sicul. *lib.* 1. *biblioth. cap.* 18. Lycurgus autem, qui Lacedæmoniis 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, interdiu fallere, inſidias ſtruere, exploratores habere: quoniam deprehenſos verberibus cædi jubebat: ita adultos bello utiliores fore exiſtimans, teſte Xenophonte *lib. de repub. Lacedæm.* VINN. Ex alio fundamento furtum lege naturali prohibitum eſſe negat *ὁ πάνυ* Salmaſ. *de Uſur. cap.* IX. puta quod ipſum dominium non natura, ſed hominum voluntas introduxerit, ſine dominio autem furtum non intelligatur. Enimvero quum jus naturæ vel abſolutum ſit vel hypotheticum; facile patet, poſito dominio, furtum ipſi rectæ rationi non abſolute ſed hypothetice adverſari. Vid. Puffendorff. *de J. N. & G. Lib.* III. *Cap.* 3. §. 24. HEIN.

TEXTUS.

Etymologia.

2. *Furtum autem vel à furvo, id eſt, nigro, dictum eſt, quod clam & obſcurè fiat, & plerumque nocte: vel à fraude; vel à ferendo, id eſt, auferendo: vel à Græco ſermone, qui φῶρας appellant fures. Imo & Græci ἀπὸ τοῦ φέρειν φῶρας dixerint.*

COMMENTARIUS.

TRaditur 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 *φῶϱ*. 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 & obſcurè fiat, & plerumque nocte: quod etiam Nonius *lib.* 1. confirmat auctoritate Varronis, quem ſcribit furem ex eo dictum tradidiſſe *lib.* 14. *de rer. div.* quod furvum atrum appellaverint, & fures per obſcuras noctes atque atras facilius furentur. Servius quoque in *lib.* 9. *Æneid.* ad illud Virgilii, *v.* 350. *Hic furto fervidus 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 *φῶϱ* per affinitatem literarum dictus ſit, placet Gellio *lib.* 1. *cap.* 18. ubi tantum non carpit Varronem, quaſi memoria lapſum, quod furem dictum ſcripſit à furvo. VINN. Vere fures à *ferendo* vocari. Hinc ipſos ſervos olim ita dictos nemo ignorat. Simile quid contigit Germanico vocabulo: *Schalk*, quod quum olim ſervum, famulum, miniſtrum notarit, eaque ſignificatio etiamnum ſuperſit

perfit in nominibus: *Mareſchallus*, *Seneſchallus*, *Gottſchalcus* &c. hodie non niſi in ſenſu deteriore pro homine nequam & callido nebulone accipitur. HEIN.

TEXTUS.

Diviſio.

3. *Furtorum autem duo ſunt genera; manifeſtum, & nec manifeſtum. Nam conceptum & oblatum ſpecies potius actionis ſunt furto cohærentes, quam genera furtorum, ſicut inferius apparebit. Manifeſtus fur eſt, quem Græci ἐπ' αὐτοφώρῳ 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 vineto, uvarum furtum fecit, quamdiu in eo oliveto aut vineto 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, tametſi deprehendatur cum re furtiva, non eſt manifeſtus fur. Nec manifeſtum furtum quid ſit, ex iis, quæ 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. ſent. 31.*

COMMENTARIUS.

1. *Genera furtorum, tum quæ olim, tum quæ ſecundum praxin hodiernam?*
2. *Furis manifeſti deſcriptio.*
3. *Quid furtum nec manifeſtum?*

1 FUrtorum 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 cohærentes: neque inter duo illa genera reperitur medium; quamvis fieri poſſit, ut ejuſdem rei utrumque furtum committatur, diverſo ſcilicet tempore & actione. *l. vulgaris. 21. pr. verſ. nam etſi. eod.* Plane furtum varie ſubdividi poteſt; veluti quod aliud ſit diurnum, aliud nocturnum; aliud domeſticum, aliud non domeſticum. Diſcernuntur & à cæteris furibus abigei, balnearii, ſacculatii, directarii; atque atrocius extra ordinem puniuntur. *tit. de abig.* & *de fur. baln. l. 7. de extraord. crim.* Peculatores, ſacrilegi, plagiarii, puniuntur legibus publicorum judiciorum. §. 9. & 10. *inſ. de publ. jud.* Ex praxi Galliæ & 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.*

Manifeſtus fur eſt] Deſcriptio furis & furti manife- 2
ſti; ex qua diſcimus, furem manifeſtum cenſeri primum eum, qui in ipſo facto ſeu actu furandi deprehenditur: tum 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' αὐτοφώρῳ appellant] Hoc eſt, αὐτοφωρεί, in ipſo furto, ἐπ' αὐτῇ τῇ φωρᾷ, ſcil. ἁλόντα deprehenſum in admiſſo Papinianus appellat. *l. 8. de præſcr. verb.* Paulus de eo, qui cum furto deprehenditur, hoc explicat, *d. l. 3. in pr.* ſed plenius Heſychius: ἐπ' αὐτοφώρῳ, inquit, ὁ φανερῶς καταληφθείς, ἢ ἐπ' αὐτῷ τῷ κλέμματι ὀφθεὶς ἔτι κατέχων αὐτό. Uſurpatur & de deprehenſis in alio quolibet facto aut crimine, ut Novell. Leonis τοῖς ἐπ' αὐτοφώρῳ ἁλοῦσι μοίχοις.

Viſus vel deprehenſus] Non ſolum prehenſio, ſed etiam viſio furem manifeſtum facit, utique cum ad eum comprehendendum accurſum eſt, iſque abjecto furto effugit. *l. 7. §. 1. & 2. eod.* Servius in illud Virgilii *Eclog. 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, cujuſcunque ea ſit, delictum tantum qualificat.

Nec manifeſtum furtum quid ſit, &c.] Nec manife- 3
ſtum furtum quid ſit, ex manifeſti, tanquam contrarium ex contrarii ſui definitione, intelligitur. *l. 8. hoc tit.* Sed & aperte illud definitur *verſ. 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 hanc ſententiam Maſſurius apud Gellium *lib. 11. cap. 18. Manifeſtum*, inquit, *furtum eſt, quod deprehenditur, dum fit. Faciendi finis eſt, cum perlatum eſt, quo ferri cœperat.*

TEX-

TEXTUS.

De furto concepto, oblato, prohibito, non exhibito.

4. *Conceptum furtum dicitur, cum apud aliquem teſtibus præſentibus furtiva res quæſita, & inventa ſit: nam in eum propria actio conſtituta eſt, quamvis fur non ſit; quæ 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, quæ appellatur oblati. Eſt etiam prohibiti furti actio adverſus eum, qui furtum quærere teſtibus præſentibus volentem prohibuerit. Præterea pœna conſtituitur edicto prætoris per actionem furti non exhibiti adverſus eum, qui furtivam rem apud ſe quæſitam & inventam non exhibuit. Sed hæ actiones, ſcilicet concepti, & oblati, & furti prohibiti, nec non furti non exhibiti, in deſuetudinem abierunt. Quum enim requiſitio rei furtivæ hodie ſecundum veterem obſervationem non fiat, merito ex conſequentia etiam præfatæ 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.

CONceptum furtum, item oblatum, non tam eſſe genera furti, quam ſpecies actionum furto cohærentes, didicimus §. *præc.* quamvis Paulus 2. *ſent.* 31. & Cajus 2. *Inſt.* 11. etiam hæc inter genera furtorum numerent. Idemque habendum de duobus reliquis, quorum hic fit mentio, prohibito ſcilicet, & non exhibito.

Furtiva res quæſita & inventa] Is, apud quem teſtibus adhibitis res quæſita & inventa erat, quamvis fur non eſſet, tenebatur actione furti concepti. Paulus *d. loc. Concepti*, inquit, *actione is tenetur, apud quem furtum quæſitum & inventum eſt.* Item, *Concepti is agere poteſt, qui rem concepit & invenit.*

Propria actio conſtituta] In triplum, ut teſtatur Gellius *lib.* 11. *cap.* 18. ubi ſcribit, ea furta, quæ per lancem & licium concepta eſſent, perinde ac ſi manifeſta forent, duodecim tabulis vindicata: poſt vero tripli pœnam 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 pœnæ turpitudinem effugeret. Hic ei, apud quem res concepta erat, propria adverſus eum, qui obtulerat, actio dabatur, quæ dicebatur oblati; cujus vis in triplum item erat, ut teſtantur Gellius & Paulus iiſdem locis.

Prohibiti furti actio] Prohibiti furti actione tenebatur, qui furtum apud ſe teſtibus præſentibus inveſtigari prohibebat. Furti non exhibiti, qui rem furtivam apud ſe quæſitam & inventam non exhibebat. Utraque igitur hæc actio pendebat ex furto concepto. VINN. Furti non exhibiti actionem in duplum datam fuiſſe, docuimus alibi ex Plaut. *Pœnul. Act.* 111. *ſc.* 1. *v.* 54. *ſequ. Act.* 1. *ſc.* 1. *v.* 55. *Act.* 111. *ſc.* 1v. *v.* 27. *ſc.* v. *v.* 39. *ſcen.* v1. *v.* 14. in quibus locis alii actionem ſervi corrupti, tanquam caput ſecundum legis Aquiliæ ſibi inveniſſe videntur. Vid. Taubm. *Adnot. ad h. l.* & adde *Elementa noſtra juris lib.* 1v. §. 1058. HEIN.

In deſuetudinem abierunt] Quatuor ſuperiores actionum ſpecies tempore Juſtiniani dudum obſoleverant, & ideo nullam earum mentionem in Pandectis fieri voluit.

Requiſitio rei furtivæ 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 quærere in domo aliena, licio cinctus intrabat, lancemque ante oculos tenebat propter matrumfam. aut virginum præſentiam. Quod ſumptum videtur ab inſtitutis Athenienſium. Nam & Plato *lib.* 12. *de legibus*, ſic ſcribit; φωρᾶν δ' ἂν ἐθέλῃ τὶς παρ' ὀτωοῦν, γυμνὸς ἢ χιτωνίσκον ἔχων ἁζωσ@ , &c. ὅτω φωρᾶν. Id eſt, ſi quis furtum apud quempiam velit quærere, is id faciat nudus aut licium habens, & diſcinctus. Nudi ædes ſuſpectas ingrediebantur, amicti tantum ſimplici cincticulo, quod hic veteres licium vocant, ne quid forte veſtibus conditum inferrent, dominoque ædium 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 adhibitis furtum in domo aliena quæreretur: quod tamen & ipſum, ut durum atque inhumanum, quoniam hoc modo ſecreta cujuſque hominum nimiæ curioſitati panduntur, poſtea exoleverit. VINN. Plura de ritu furtum per lancem & licium inquirendi nos diximus in *Antiqu. Rom. Lib.* 1v. *h. t.* Ingenioſa quoque & erudita ſunt, quæ ex inſtituto de illo diſſeruit V. C. Abr. Wilingius in libro ſingulari *de furto per lancem & licium concepto.* Non una utriuſque hypotheſis. Sed quis prohibeat, in re tam vetuſta hariolari? HEIN.

Furti nec manifeſti obnoxii ſunt] Quid ſi rei criminis plene convinci non poſſint, adſint autem non levia ſuſceptæ & celatæ rei furtivæ indicia? Admittetur hodieque ejus rei inquiſitio in ædibus alienis, ſed auctoritate publica, miſſis executoribus juſtitiæ, non eo, cui furtum factum dicitur. D. Tulden. *comm. hic. cap.* 13. poſt DD. commun.

TEXTUS.

Pœna.

5. Pœna manifesti furti quadrupli est, tam ex servi, quam ex liberi persona: nec manifesti, dupli.

NOTÆ.

5. *Tam ex servi, quam ex liberi*] Hoc dicit respiciens ad pœnam furti manifesti ex lege 12. tab. qua servi è saxo præcipitabantur; liberi verberibus cæsi addicebantur ei, cui furtum factum esset. Gell. 11. *cap.* 18. Prætores autem id furtum quadruplo lui voluerunt, nulla facta distinctione inter liberos & servos, convenit *cap.* 3. *Exodi* & *c.* 5. *Deut.*

COMMENTARIUS.

1. *Furta varie multata, etiam apud Romanos, à decemviris, à prætoribus. & n.* 5.
2. *Procedente tempore etiam criminaliter furti agi cœptum: & tandem civiliter agi desitum.*
3. *Quæ furti pœna ex constitutionibus Frederici & Caroli Impp. & quomodo nunc fere fures plectantur?*
4. *Ostenditur, non pugnare cum justitia attributrice, quod fures interdum etiam morte afficiantur.*

1 PŒna furti nec una apud omnes, nec eadem semper apud Romanos fuit. Nam alii pœna 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. dier.* 10. Bodin. 6. *de repub.* 6. Decemviri fures manifestos verberibus affectos in servitutem tradi jusserunt ei, cui furtum factum esset: servos furti manifesti prensos cædi, & è saxo præcipitari; furtis autem non manifestis tantum pecuniariam pœnam dupli imposuerunt: quorum in altero severitatem Draconis, qui furta omnia capite plectebat, in altero Solonis lenitatem, qui ea dupli tantum pœna vindicabat, secuti videntur. Gell. *lib.* 11. *cap.* 18. Cæterum prætoribus pœna illa furti manifesti adhuc nimis acerba visa fuit: itaque eam in pecuniariam quadrupli mutaverunt: dupli in fures
2 non manifestos intactam reliquerunt. Procedente vero tempore etiam criminaliter furti agi cœptum est, & vindictæ publicæ causa extraordinaria animadversione fures coërceri, pœnam statuente judice pro qualitate circumstantiarum: eaque persecutio criminis jam tempore mediæ jurisprudentiæ frequentiore in usu erat, quam actio furti civilis. *l. ult. hoc tit.* Moderamen
3 autem attulit Justinianus novissima sanctione, qua cavit, ne pro furto vel mors, vel ullius membri abscissio infligatur; sed ut aliter fures castigentur, puta pœna pecuniaria, vel exilio, vel simili, quam constitutione sua non excepit. *Nov.* 134 *cap. ult. auth. sed novo. C. de serv. fugit.* Posterioribus vero sæculis civilis furti actio, pœnæque pecuniariæ, quæ ei, cui res ablata erat, applicabantur, in totum abolitæ sunt. Cæterum severius furta vindicari placuit, propter crescentem hominum audaciam furtorumque frequentiam, ad quæ coërcenda pœnæ antiquæ jam non amplius sufficere videbantur. Extat Frederici Imperatoris constitutio
3 *lib.* 2. *Feud. tit. de pact. ten. & ejus viol.* qua jubet eum, qui quinque solidos aut rem ejusdem valoris furatus fuerit, laqueo suspendi, eum vero, qui minus furtum commiserit, scopis & forcipe excoriari & tundi, sive, ut Hotomannus legit, tonderi, §. *ult. dict. tit.* eamque pœnam idem Imperator confirmare videtur *eod. lib. Feud. tit. de pac. ten. inter subdit.* §. *injuria seu furtum.* 1. Quod autem plerique Fredericum loqui putant non de simplici furto, sed seditioso, id est, eo, cum quo concurrit & crimen violatæ pacis, argum. rubricæ. vid. Gomez. *ad* §. *ex maleficiis.* 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 commune 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. cauf. 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 emendationis vitæ: denique tertio convicti, in patibulum attolluntur, ut vitam, quæ flagris, aut alia etiam graviore coërcitione emendari non potuit, reste finiant. Qui tamen ordo animadversionis nonnunquam mutatur, circumstantiis judicem aliter moventibus. Gomez. *ad d.* §. *ex maleficiis* 18. *num.* 4. Chassan. *ad consuet. Burg. rubr.* 1. §. 5. *verf. simplex. num.* 2. Clar. *d.* §. *furtum. num.* 12. Covar. 2. *resol* 9. *num.* 7. & 10 *num.* 2. Damhoud. *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 hasce 4
pœnas, præsertim capitalem illam laquei, ut duras nimis, & proportionem pœnæ 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 Mosen data non majore pœna, quam pecuniaria, fures plecti jubeat *Exod. cap.* 22. Verum respondent alii, nos legibus pœnalibus Mosaicis, utpote politicis, non teneri, utique quoad gradus pœnarum observandos, quibus delicta coërceantur: satis esse si leges nostræ congruant ad hanc regulam, ut maleficia puniantur; gradus pœnarum 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 & pœnam, 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 pœna, cujus metu

cives

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 pœnæ examussim respondeat materiæ culpæ, hoc est, ut bonum, quo pœna 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. *polit. cap. ult.* ubi ait, legislatores in puniendis delictis sæpe respicere πρὸς τὸ συμφέρον, id est, ad id, quod publice expedit. Et intellexisse Claudium Saturninum in *l. aut facta* 16. *in fin. de pœn.* 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, acerbitatem ulciscendi maleficii 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 potuere. 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.* VINN. Frustra ad leges Mosaicas forenses provocatur, ubi alia reip. conditio alios mores postulat. Apud Hebræos rariores erant fures, qui rariores egeni & famelici. Palæstina æqualiter fuerat inter omnes distributa: cuique familiæ agri pars sorte obtigerat, neque ea facile excidere potera t posteri ob jura anni jubilæi. Accedebat, quod totus populus esset à luxuria alienus, adeoque tenue rerum omnium pretium. In tanta vitæ simplicitate paucos esse oportebat pauperes, adeoque & paucos fures. Unde non mirum, leviorem pœnam sufficere visam supremo legislatori ad Israëlitas in officio retinendos. Quam diversa rerumpublicarum nostrarum conditio, in quibus nec furcæ nec patibula coërcendæ furum audaciæ sufficiunt? HEIN.

5 *Tam ex servi, quam ex liberi persona*] Respicere videtur ad pœnam 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 pœna, & pecuniaria quadrupli furto manifesto imposita, id furtum quadruplo lui voluerunt, nulla facta distinctione inter liberos & servos; ut scilicet nomine servi furis manifesti dominum pœnali 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.

TEXTUS.

Quomodo furtum fit; De contrectatione.

6. *Furtum autem fit, non solum cum quis intercipiendi 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.*

NOTÆ.

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 videtur, *Qui in Ariciam acceptum equum longius perduxisset*, ex Valerio & Symmacho. *dd. loc.* quanquam constans est hæc lectio, *in aciem*. Theoph. εἰς παράταξιν.

COMMENTARIUS.

1. *Quid moribus horum temporum circa hunc §. observetur?*

FUrtum fieri intelligitur non tantum si quis rem alienam clam domino amoveat, ipsius rei invertendæ 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, *tot. 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* 54. §. 1.

Veluti si quis argentum, &c. aut equum gestandi causa] *l.* 5. § *quinimo.* 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. 1 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. Zypæ. *not. jur. Belg. de furt. verſ. pen.* Autumn. *conſer. du droict. in l. qui jumenta.* 40. *hoc tit.* Groenew. *de ll. abrog. hic.*

TEXTUS.

De affectu furandi.

7. *Placuit tamen, eos, qui rebus commodatis aliter uterentur, 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.*

NOTÆ.

7. *Sine affectu furandi*] *l.* 37. *de uſuc.* Furtum non committitur χωρὶς κακῆς προθέσεως, Pſellus cum facto etiam animum furis exigit, *l.* 41. *ad leg. Aq.* nec tam factum quæritur, quam faciendi cauſa, *l.* 39. *eod.* Nam maleficia ex propoſito delinquentis æſtimantur. *l.* 53. *eod.*

COMMENTARIUS.

1. *Species quædam notabilis.*

CUm furtum ſine animo & affectu furandi, χωρὶς κακῆς προθέσεως, non committatur, *l. furtum* 37. *de uſuc.* neque tam factum quæratur, 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 conſenſurum 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 uterentur] 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 1 dicendum, ſi quis rem aliquam uſus ſui cauſa ex ædibus alienis amoverit hoc obtentu, quod dicat ſe putaſſe dominum id permiſſurum fuiſſe? Equidem ſi vir ſit integræ famæ, & juſtam cauſam hujus opinionis 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.* 7. *hoc tit.* alias ſuſpicione furti & gravi præſumtione 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.* 46 §. *recte.* 7. *hoc tit.* & DD. *in l. tranſigere.* 18. *C. de tranſact.* concludit Gomez. 3. *reſol.* 5. *n.* 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 quæſitum eſt, quum Titius ſervum Mævii ſolicitaverit, ut quaſdam res domino ſurriperet, & ad eum perferret, & ſervus id ad dominum pertulerit: Mævius autem dum vult Titium in ipſo delicto deprehendere, permiſerit ſervo quaſdam res ad eum perferre; utrum furti, an ſervi corrupti judicio teneatur Titius, an neutro? Et cum nobis ſuper hac dubitatione ſuggeſtum eſt, & antiquorum prudentium ſuper hoc altercationes perſpeximus, quibuſdam neque furti, neque ſervi corrupti actionem præſtantibus, quibuſdam furti tantummodo: nos hujuſmodi 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 regulæ, 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 hujuſmodi impunitate & in alium ſervum, qui facile poſſet corrumpi, tale facinus à quibuſdam perpetretur.*

No-

NOTÆ.

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 conſentiens re ipſa fraudatus non eſt, arg. *l.* 145. *de reg. jur.*

Neque ſervi corrupti] Quippe quæ ei tantum à prætore proponitur, cujus ſervus perſuaſione alterius corruptus eſt, *l.* 1. *de ſerv. corrupt.* quod hic factum non eſt.

Per noſtram deciſionem] *l.* 20. *C. de furt.* 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 judicium 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 habitatum, utrum ſolicitator ſervi in hypotheſi propoſita actione furti aut ſervi corrupti teneretur, necne?*

QUod hic ait Juſtinianus, furtum non fieri, etiamſi uis 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. 1 Neque enim negari poteſt, quin revera furtum faciat, & peccato conſcientiam obſtringat, qui rem alienam lucri ſui cauſa fraudulenter contrectat, etiamſi illo ignorante dominus id inſuper habeat. Quod & Pomponius fatetur *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. nemo.* 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. amot. l. ſervi.* 17. *l. ſi libertus.* 89. *hoc tit.* §. *hi qui.* 12. *inf. eod.*

Unde illud quæſitum, &c.] Quoniam placet, furti non obligari eum, qui rem alienam contrectat, ſi id faciat domino volente, licet hoc ipſe ignoret, quæ ſitum 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 2 factum eſt, furti agere non poteſt. Aliis vero contra; quoniam voluntas iſta non ſeria fuit, ſed ſimulata, ut fur deprehenderetur. Simul illud quoque quæſitum, an ſuaſor iſte ſeu ſollicitator in propoſita hypotheſi teneatur actione ſervi corrupti, quæ in duplum quanti ea res eſt, à prætore 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 ſuaſiſſe 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 attenta 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 ſuaſoris, atque eſſe rem peſſimi exempli; ut *hic, & d. l.* 20. latius differit. Quantum igitur hoc caſu judicio 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 potuerit, hac adjecta clauſula, *Ex lege Quiritium. l.* 1. §. 2. *de rei vind.* Ob furtum igitur filiifam. tripliciter agi poterit. Judicio criminali extra ordinem, *l. ult. hoc tit.* judicio 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. *de furt.* Sed nec patri datur condictio, utpote quæ non niſi vero domino competit, *l.* 38. §. 1. *eod.* VINN. At quis negaverit, patrem jure Rom. fuiſſe verum liberorum dominum, quum & vindicare eos, & dominium Quiritarium mancipatione in alios transferre potuerit? Et cedo, quî minus pater erat filiif. dominus quam tutor rei pupillaris, vel b. f. poſſeſſor? quibus tamen condictionem dari patet ex *l.* 56. §. *pen. ff. de furt. l.* 136. *ff de R. J.* Ratio itaque eſt, quia promtius patri erat remedium ex interdicto, *de liberis exhibendis & ducendis.* Aut enim in furis manu erat filius ſurreptus, aut non erat. Si erat: cur maluiſſet pater condicere quam vel ducere vel ad exhibendum agere? Si non erat: fruſtra egiſſet ad præſtandam æſtimationem, quum liber homo non recipit. HEIN.

TEXTUS.

De re propria.

10. *Aliquando etiam ſuæ 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 hîc 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. *Eth. ult.*

COMMENTARIUS.

QUi 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 pigneratæ dominus non tantum tunc facere videtur, cum poſſidenti ſive 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 furtum facere non poſſumus. Paul. 2. *ſent.* 21. Ariſtot. 5. *Eth. ult.* Neque hæc ſpecies ad rigorem noſtri temporis pertinet.

TEXTUS.

Qui tenentur furti. De eo cujus ope, conſilio, furtum factum eſt.

11. *Interdum quoque furti tenetur, qui ipſe furtum non fecit: qualis eſt is, cujus ope & conſilio furtum factum eſt. In quo numero eſt, qui tibi nummos excuſſit, ut alius eos raperet; aut tibi obſtiterit, ut alius rem tuam exciperet; 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 Mævii 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, cujus 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 injuriæ actio datur. *d. l.* 27. §. 21. *ad leg. Aq.*

In factum actio dari debet] *d. l.* 50. §. *ult.* prætoria ſcil. aut ſi pecora præcipitata ſunt, in factum civilis, ſive utilis actio damni injuriæ 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.

NOnnunquam & ille furti tenetur, qui ipſe furtum non fecit, id eſt, rem ipſe non contrectavit; veluti is, cujus 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 ſententiæ Labeonis, quod aliud ſit factum ejus, qui ope, aliud ejus, qui conſilio furtum facit. *l. ſæpe.* 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.* & clarius in *l.* 6. *de condict. 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 cujus 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 quempiam 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. ſæpe.* 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 noceat, 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 enim ex eo, quod hæc verba, *ope, con-*

consilio, sæpe conjunctim proponuntur, aut in hypothesi utrumque factum concurrit, protinus sequitur, furti non aliter agi posse, quam si utrumque concurrat: neque ea aut Pauli in *d. l. sæpe.* 53. aut Justiniani hoc §. sententia est, ut planum fiet explicata homo-
2 nymia, quæ est in verbo *consilium.* Triplex vero hujus verbi in re proposita usurpatio 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 peterentur, furti non tenetur: atque hoc est, quod sibi vult Jurisconsultus *d. l. sæpe.* 53 *in fin. de verb. sign.* Nonnunquam consilium usurpatur pro simplici suasione seu monitione, veluti si quis de paupertate 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, commonstret; in quo significatu consilium opponitur operæ, quæ actum proximè ad furtum directum, auxiliumque, quod in ipso furto præstatur, designat. *d. l. in furti* 50. §. *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 servo.* 36. *pr. l. si quis.* 52. §. *neque.* 19. *h. t. d. l. sæpe.* 53. §. 1. *in fin. de verb. sign.* Quo loco, quod notandum est, Jurisconsultus primum voce consilii intelligit malignum propositum & scientiam opem ferentis, mox persuasionem 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 casu 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 tit.* Tauros & boves rubicundi coloris adspectu excitari & furorem eis acui, scribit Seneca *lib.* 3. *de ira. cap.* 30. Ovid. 12. *Metam.* eoque alludit Cicero *lib.* 2. *de divin. cap.* 16. 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.* 50. §. *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 suppposuit] Qui vel ostium effregerit, vel ferramenta sciens commodaverit ad effringendum ostium vel armarium, vel scalam suppposuerit, vel sciens commodaverit ad adscendendum, licet nullum ejus consilium principaliter ad furtum faciendum intervenerit, tamen furti actione tenetur. *l. si pignore.* 54. §. *pen. hoc tit.* VINN. Si ergo furti tenetur, licet nullum ejus consilium principaliter ad furtum faciendum intervenerit: manifestum sane est, non conjunctim opem & consilium in jure nostro requiri, sed alterutrum sufficere ad instituendam actionem furti. Vid. Em. Merill. *Obs.* 11, 39. Bachov. *ad* Treutl. *Vol.* 11. *Disp.* 30. *p.* 315. *sequ.* Concidunt itaque quæ in contrarium adferunt Jul. Pac. *ἐναντιοφ.* IV, 25. Donell. *Comm.* XV, 29. HEIN.

Tantum consilium dedit atque hortatus est] Quod ante diximus, ob simplex consilium aut hortationem ad furtum faciendum furti actionem non dari, etiamsi 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 contrectatio 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 furt.* vel quia non magis cum his, quos in potestate habemus, quam nobiscum ipsi agere possumus, *l.* 16. *eod.* nisi filius habeat castrense peculium. *l.* 4. *de judic. l.* 52. §. 5. *de furt.*

COMMENTARIUS.

1. *Cur servi & filii furtum nobis facientes furti non teneantur?*

2. *Quid*

2. *Quid ſi filius caſtrenſe peculium habens patri furtum fecerit, aut pater illi?*
3. *Furtorum domeſticorum coërcitio vetus & hodierna.*

1 SErvi & filii noſtri furtum quidem nobis faciunt, ipſi autem furti non tenentur. Cujus rei duplex affertur 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 patri lis eſſe cum filio, quem in poteſtate habet, nempe ſi filius caſtrenſe habeat peculium, atque ex ea cauſa conveniatur. *l.* 4. *de*
2 *judic.* Quid ergo ſi filius caſtrenſe peculium habens furtum patri fecerit? Defendi poteſt, utili actione eum teneri, cum habeat, unde ſatisfaciat. *l. ſi quis.* 52. §. *ſed ſi.* 5. *hoc tit.* 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. præſt.* VINN. Sed quæ ratio adverſus libertos, clientes, mercenarios furti agere vetuit? Non ſatisfacit ſane, quod adfert Vinnius, patronum habuiſſe jus coërcendi. Nam nec id expeditum eſt, & ſaltim, quod ad clientes & mercenarios, falſiſſimum. Ratio itaque unice in eo quærenda videtur, quod hujuſmodi furtum eſſet domeſticum, adeoque mitius videretur puniendum. *l.* 11. §. 1. *ff. de pœn.* Quamvis vero ea lex de criminali perſequutione loquatur, eadem tamen ratio etiam vetare potuit, quo minus famoſa actione pulſari potuerint. Suffecit ergo & hic actio in factum. HEIN.

Nec ab ullo uſucapi poteſt] Etſi 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. *d. l. ſi quis.* 52. *pr.* junct. *l.* 1. *&* 2. *de act. rer. amot.* Furta domeſtica, puta famulorum aut mercenariorum, qui apud nos degunt, licet graviorem pœnam, quam alia mereri videantur propter perfidiam & difficultatem ab iis cavendi; tamen leges, præſertim ſi viliora ſunt, publicè ea vindicari vetant. *l. perſpiciendum.* 11. §. 1. *de pœn.* 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 cenſeo 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 interſit rem non perire.*

COMMENTARIUS.

1. *Temperatio regulæ à Juſtiniano hic traditæ.*
2. *Remotio eorum, quæ huic loco obſtare videntur.*

DOcet hic Juſtinianus, cui competat actio furti, & primum generaliter definit, actionem hanc competere omnibus, quorum intereſt, furtum factum non eſſe: mox quaſi hoc amplians, ſubjicit, idem etiam obtinere, quamvis dominus non ſit, cui res ſurrepta eſt, denique nec ipſi domino aliter furti actionem competere, quam ſi ejus interſit rem ſalvam eſſe: quæ omnia indigent explicatione. Ad definitionem 1
quod attinet, illa ſic temperanda eſt, ſi interſit ex honeſta cauſa. *l.* 10. *cum ſeq. h. t.* Neque enim furi aut malæ fidei poſſeſſori, quamvis eorum interſit rem non ſurripi, 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, ſufficere ad actionem furti, quod tunc interfuit; cum furtum fieret, licet eo tempore, quo agitur, non amplius interſit, 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, 2
actio furti denegatur ſolum ob hoc, quod dominus non eſt, §. 3. *ſup. de empt. d. l.* 14. *in pr.* junct. *l. ſi vendidero.* 80. *h. t.* cum tamen conſtet, emptoris etiam hic intereſſe; quippe ad quem perfecta emptione, licet res nondum tradita ſit, omne damnum pertineat. *d.* §. 3. *de empt.* 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. interdum.* 49. *h. tit.* Denique traditum eſt, nec eum, cui ex ſtipulatu vel teſtamento res aliqua debetur, ea ſurrepta actionem furti habere, quamvis ejus interſit, *l. is 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 ſurripi; 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. is cujus.* 85. *in pr. eod.* Poſtremo quod Juſtinianus ait, nec domino actionem furti competere, niſi interſit rem non perire, in eo reſpicit ad caſus jam dictos, & qui tractantur §§. *proximè ſeqq.* quibus ſcilicet dominus actionem ex contractu

ad

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 interfit duplici de causa, vel ideo, quod adhuc dominus est, vel quia ad præstandas actiones tenetur. VINN. Regula haut paullo accurative dari videtur in *l. 71. fin. ff. de furt. Interesse ejus videtur, qui damnum passurus, non ejus, qui lucrum facturus est.* Casus a Vinnio adlati huc non pertinent, quia emtor, creditor, legatarius rem furto ablatam ne naturaliter quidem possiederunt. HEIN.

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, *a. l. 12. §. ult.* adeoque licet ipse debitor rem surripuerit. §. 10. *sup. eod.*

COMMENTARIUS.

1. *Quibus de causis creditori in proposito furti actio detur: & quid interfit, adversus dominum, an extraneum experiatur?*

IN numero eorum, quorum interest rem non surripi, & qui ex ea causa furti actionem habent, quamvis 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.* 1 *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.* 14. §. *idem scribit.* 6. tum quia etiamsi 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.* 12. §. *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 debitæ cum usuris. *l. creditori.* 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 sarcinator 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 à fullone aut sarcinatore rem suam persequi possit. Sed & bonæ 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 bonæ fidei emptoris duntaxat hic fiat mentio?*

ETiam is, qui conduxit, furti actionem habet, sed 1
ita si culpa ejus res surrepta sit. *l. eum qui.* 14. §. *quod si.* 12. *hoc tit.* Nam tunc etiam conductoris interest rem non surripi, 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.* 14. §. *idem scribit.* 6. Fullo autem semper agit, quoniam custodiam præstare debet, §. *seq. l. itaque.* 12. *pr. eod.* id est, fullo furti actionem habet, etiamsi 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 sartore idem habendum: repete quæ notavimus *sup. ad* §. *pen. de locat.*

Bonæ fidei emptori surrepta, quam emerit] Atque em-

ptam ab eo, quem dominum esse putabat, acceperit: nam antequam res tradita est, furti actio emptori
2 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.* 12. §. 1. *h. t.*

Omnino competit] In aliis est, *omnimodo*, nempe sive solvendo sit bonæ fidei emptor, sive non sit: Cujac. nam emptoris semper interest, propter pretium, quod ei abest. In fullone autem & sartore 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. *Quæ de fullone & sarcinatore diximus, eadem & ad eum, cui commodata res est, transferenda, veteres existimabant. Nam ut ille fullo mercedem 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, sive commodati actionem adversus eum, qui rem commodatam accepit, movere desiderat, sive furti adversus eum, qui rem surripuit; & alterutra earum electa, dominum non posse ex pœnitentia 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 à domino quidem furti actione liberari; supposito 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 transierit, omnino liberari eum, qui rem commodatam acceperit, quemcumque causæ exitum dominus adversus furem habuerit: eadem definitione obtinente, sive in parte, sive in solidum solvendo sit is, qui rem commodatam acceperit.*

NOTÆ.

16. *In nostris decisionibus*] Scriptæ sunt à Justiniano post priorem Codicis editionem 50. leges, quas decisiones appellavit, propterea quod maximas quasque 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 judicio commodati commodatarium convenire, vel contra furem furti agere possit. Cæterum electione semel facta, non liceat variare, nisi ex causa ignorantiæ, idque ante factam solutionem. Electo fure, ut commodatarius liberetur, commodatario electo, huic ut fur obnoxius fiat.

Rem esse surreptam, &c.] Cujac. *rem non esse subreptam 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. Theoph.

COMMENTARIUS.

HOc admisso, 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 commodatarius in eadem causa cum fullone hic ponitur. Atque hoc etiam constanter à veteribus traditum est, *d. l.* 5. *in fin. & 2. ll. 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 commodatarius solvendo esset, *arg. l. itaque.* 12. *pr. hoc tit.* Justiniano autem

autem visum est, non debere commodatario, 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 commodatarius solvendo esset, postea vero fortunis exueretur, actio furti ad dominum migraret, nec ne; tum etiam utri danda foret actio, dominone, an commodatario, si hic ex parte tantum solvendo esse comperiretur: hanc simul contentionem sustulit. Itaque optionem actionis dedit domino, ut is pro libitu suo vel judicio commodati commodatarium convenire, vel contra furem furti agere posset. Cæterum electione semel facta, non liceret variare, nisi ex causa ignorantiæ, idque ante factam solutionem: electo fure, ut commodatarius liberaretur; commodatario electo, huic ut fur obnoxius fieret. *l. ult. C. h. t.*

TEXTUS.

De re depositа.

17. *Sed is, apud quem res depositа 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 restituendæ ejus rei nomine depositi non tenetur, nec ob id ejus interest rem salvam esse, furti agere non potest: sed furti actio domino competit.*

NOTÆ.

17. *Furti agere non potest*] Nisi convenerit, ut culpam quoque præstet, §. *pen. tit. seq.* aut se depositо obtulerit, arg. *l.* 1. §. 35. *depos.*

COMMENTARIUS.

1. *Probatur D. Cujacii interpunctio l.* 2. §. 23. *&* 24. *vi bon. rapt.*

RE depositа surrepta placet, domino, non depositario, actionem furti dari. *l. eum qui.* 14. §. 3. *hoc tit.* Et merito placet: neque enim interest depositarii, rem non surripi, qui præter fidem nihil præstat. §. *pen. sup. quib. mod. re contr. oblig.* Quod si dolo ejus furtum factum 1
sit, jam quidem ejus interest, quia tenetur actione depositi: sed nihilo magis actionem furti habet: quoniam nemo ex dolo & improbitate sua actionem consequitur. *l. itaque.* 12. §. 1. *d. l. eum qui.* 14. §. 3. *hoc tit.* Quid vero si convenerit, ut culpam quoque præstet? aut quid si depositо 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.* 14. § *qualis.* 16. *eodem.* §. *furti.* 13. *sup. eod.* cumque id etiam satis manifestè evincat §. *pen. tit. seq.* omnino verum esse existimo, quod Cujac. ibi notat, locum Ulp. in *d. l.* 2. §. *& generaliter.* 23. *& seq.* 24. *vi bon. rapt.* mendosum esse; nimirum perperam principium *d.* §. 24. separari à fine §. præcedentis, cum quo jungendum erat, & sic legendum; *Nam & furti actionem habeo, si in re depositа culpam quoque repromisi, vel pretium depositionis, 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 constitit, ita demum obligari eo crimine impuberem, si proximus pubertati sit, & ob id intelligat se delinquere.*

COMMENTARIUS.

1. *Ex impuberibus solos pubertati proximos, delicti & pœnæ capaces esse.*
2. *Quæ concurrere debeant, ut impuberes pœnam ex delicto sustineant?*
3. *Capite plectendos non esse, nec legibus de adulteriis teneri.*

QUod hic traditur, quæsitum esse, an impubes 1
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 relatum.* 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 infantiæ proximi: quippe quos non minus, quam infantes, innocentia consilii tueri debet, *arg.* §. *pupillus.* 9. *sup. de inut. 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 text. l. pupillum.* 111. *de reg. jur. l. impuberem.* 23. *hoc titul. 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. *x. de delict. puer.* Duo vero hæc con- 2
currere 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 aversetur atque oderit? cum videat 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 nuda 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,

3 *cap. 2. x. de del. puer.* Poſtremo ut hæc concurrant, tamen puerum pœna capitali, quamvis grave crimen admiſerit, plectendum 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. quanquam 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 adulteria aut ſtupra, aliave carnis delicta puniunt, *l. ſi minor.* 36. *ad leg. Jul. de adult.* Gomez. *d. reſolut. 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. Tulden. *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 pœnæ perſecutionem pertinet. Nam ipſius rei perſecutionem extrinſecus habet dominus, quam aut vindicando aut condicendo poteſt auferre. Sed rei vindicatio quidem adverſus poſſeſſorem eſt, ſive fur ipſe poſſidet, ſive alius quilibet. Condictio autem adverſus furem ipſum, hæredemve ejus, licet non poſſideat, competit.*

NOTÆ.

19. *Tantum ad pœnæ perſecutionem*] §. 18. *inf. de act. l.* 7. §. 1. *de cond. furt.* Poteſt & criminaliter furti agi ad pœnam corporalem furi infligendam. *l. ult. de furt.*

Extrinſecus] Id eſt, *aliunde.* Furti actio pœnam perſequitur legitimam, condictio rem ipſam: quæ res facit, ut altera alteram non conſumat. *l.* 7. §. 1. *de cond. furt.*

Furem hæredemve ejus] Quia condictio furtiva rei habet perſecutionem. *l.* 7. §. 2. *de cond. furt.* At furti actio in hæredem non datur, quia pœnalis eſt ex maleficio; cujuſmodi actiones in hæredem non dantur, niſi lis cum defuncto conteſtata fuerit. §. 1. *inf. de perp. & temp. act.*

COMMENTARIUS.

1. *An furti actio civilis concurrat cum criminali?*
2. *Vindicatio & condictio rei furtivæ cur ſoli domino competant?*
3. *Adverſus quos hæ actiones dentur?*
4. *Cur condictio in hæredem detur, cum actio furti non detur?*
5. *An hæres condictione furtiva teneatur in ſolidum?*

ACtio furti ſive manifeſti ſive nec manifeſti mere pœnalis eſt, id eſt, ſolius pœnæ perſecutionem 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 & condictio, quarum altera quidem alterius electione conſumitur, ſed neutra earum conſumitur per actionem furti, receptaque re nihilominus ſalva eſt furti actio. *l. ſi pignore.* 54. §. *cum furti.* 3. *hoc titul. l.* 7. §. 1. *de condict. furt.* Illud quæritur, 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 judicio alterum conſumi. *l. interdum.* 56. §. 1. *hoc titul.* Neque obſtat *l. unic. C. quand. civil. action. crimin. præjud.* Nam regula *d. l. unic.* pertinet ad actiones civiles rei perſecutorias, cum quibus ex eodem facto criminales concurrunt: item ad publica judicia, quæ omnibus patent, & concurrunt cum ex eodem facto pœnalibus civilibus. vid. Cujac. 20. *obſerv.* 26. Beſold. *ad tit. de furt. quæſt.* 7. diſſ. 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. quæſt.* 7.

Habet dominus] Furti actio datur omnibus, quorum intereſt furtum factum non eſſe. §. *furti.* 13. *ſup.* At 2
rei furtivæ perſecutio ſoli domino competit, ſive de vindicta quæratur, ſive de condictione furtiva: nam & hæc, ut illa, jure dominii duntaxat datur. *d.* §. *ex maleficiis.* 18. *inf. de action. l.* 1. *l.* 10. §. *ultim. de condict. furt;* Quod ſolus dominus rem ſurreptam vindicare poteſt, mirum non eſt; cum nemo actionem in rem habeat, niſi qui dominus ſit. *l. in rem.* 23. *de rei vind. l. act.* 25. *de obl. & act.* §. 1. *infr. de act.* Quod autem domino adverſus furem datur etiam condictio 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. VINN. Datur tamen condictio furtiva etiam bonæ fidei poſſeſſori, *l.* 136. *ff. de R. J.* tutori ſi pupillo quid ſurreptum. *l.* 56. §. *pen. ff. de furt.* & denique fructuario perceptis jam fructibus *l.* 12. §. 5. *ff. de uſufr.* HEIN.

Rei vindicatio adverſus poſſeſſorem] Quemcumque, 4
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] Condictione furtiva nunquam alius tenetur, quam fur ipſe hæreſve ejus. *hoc text. l.* 5. *de cond. furt.* Furem autem verum accipimus, id eſt, 3
eum, qui ipſe furtum fecit & rem contrectavit. *d. l.* 5. Nam is, cujus ope conſiliove furtum factum eſt, tenetur quidem etiam furti, ſed quia rem non contractavit, non tenetur condictione. *l.* 6. *de condict. furt.* Plane ſi res aliter adverſus furem ſalva eſſe non poteſt, placet, etiam eum, qui opem tulit, condictione teneri, nimirum in ſubſidium. *l. ſæpe.* 53. §. *ultim. de verbor. ſignif. & ibi* Alciat.

Hæ

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. Condictio autem furtiva etiam in eum datur, qui non poſſidet, ſed adverſus furem tantum hæredemve ejus. 4 *hoc text. l.* 1. *de cond. furt. l.* 1. *de priv. delict.* Quod condictio etiam 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 condictio rei furtivæ ex cauſa maleficii deſcendit, quam actio furti. *l.* 2. *l.* 3. *l.* 5. *& l.* 9. *de cond. furt. 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 condictio furtiva tantum comparata eſt ad perſequendum id, quod ex patrimonio nobis abeſt; furti actio ad puniendum ipſum maleficium. *l.* 7. §. 2. *de cond. furt.* junct. *d.* §. 1. *inf. de perp. & temp. 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. & temp. action. l. hæc actio.* 13. *de ſerv. corr. l.* 1. *de priv. del. l. ſicuti.* 38. *l. pœnalia.* 164. *l. pupillum.* 111. §. 1. *de reg. jur. & ſimil.* An igitur condictione ex cauſa furtiva tenebitur hæres furis in ſolidum? Sic ſentio. Nam præterquam quod hoc diſertè reſponſum eſt in *l.* 9. *de cond. furt.* moveor eo, quod nunquam actio in hæredem abſolutè 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. & temp. 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. ſicuti.* 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 perpet. & tempor. act.* Adde Anton. Fabr. 4. *conject.* 1. Donell. *ad d. l. un. C. ex del. defunct.*

TITULUS SECUNDUS.

DE VI BONORUM RAPTORUM.

Dig. Lib. 47. *Tit.* 8. *C. Lib.* 9. *Tit.* 33.

Continuatio. Violentiæ varia genera, & de qua hic agitur.

SEcunda ſpecies delicti privati rapina dicitur, inter quam & furtum hoc intereſt, quod furtum eſt clandeſtina rei alienæ ablatio; rapina violenta. Eſt vero hoc crimen tanto gravius furto, quanto vis magis eſt adverſus bonos mores, magiſque turbat quietem publicam, quam clandeſtina rerum 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.* Inſcribitur 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 coërceri modo. Interpretes vulgo quintuplicem eam faciunt, *turbativam, inquietativam, compulſivam, expulſivam*, & *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, *utrubi* 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; quæ vis edicto *quod metus cauſa* coërcetur. *Expulſiva* eſt, cum quis de poſſeſſione alicujus rei dejicitur. Adverſus quam comparatum eſt interdictum *unde vi.* Et præterea vindicatur hæc vis etiam ſacris conſtitutionibus, item legibus Juliis de vi publica & privata. §. *recuperanda.* 6. *inf. de interd. Ablativa* vis (de qua hic agitur) eſt, quando per vim alicui res eripitur; quæ & ipſa iiſdem legibus, quibus expulſiva, coërcetur, *d. l.* 2. §. 1. *hoc tit.* & præterea ei, cui res erepta eſt, privata actio propoſita vi bonorum raptorum; quæ 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 vi res 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 Prætor introduxit, quæ appellatur vi bonorum raptorum: *& eſt intra annum quadrupli, poſt annum ſimpli. Quæ actio utilis eſt, etiamſi quis unam rem, licet minimam, rapuerit. Quadruplum autem non totum pœna eſt, ſicut in actione furti manifeſti diximus; ſed in quadruplo ineſt & rei perſecutio: ut pœna tripli ſit, ſive comprehendatur raptor in ipſo delicto, ſive non. Ridiculum enim eſſet, levioris conditionis eſſe eum, qui vi rapit, quam qui clam amovet.*

NOTÆ.

Qui vi res alienas rapit] Fur ſine vi ſubtrahit & clam aufert, *l.* 59. *de furt. 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 furt.* Alias in duplum, *l.* 1. *l.* 88. *eod.* quanquam vi bon. rapt. ſemper in quadruplum.

Ridiculum levioris conditionis, &c.] Gravioris enim delicti aſperior pœna eſſe debet. Sed & legibus publicorum judiciorum rapina vindicatur, legibus Juliis de vi publica & privata. *d. l.* 2. §. 1.

COMMENTARIUS.

1. *An furti actione electa ſervetur eadem diſtinctio in rapina & pœna rapinæ, quæ in furto?*
2. *Quando levius ducitur, quod palam, quam quod clam committitur?*

1 TEnetur etiam furti] An igitur furti actione electa eadem diſtinctio & in rapina & in pœna rapinæ ſervabitur, quæ in furto in ſpecie ſic dicto, ut ſcilicet raptor manifeſtus, ſeu in ipſo delicto deprehenſus, quadrupli; nec manifeſtus dupli pœnam ſuſtineat? Id quidem & ratio ſuadet, & ſatis perſpicue ſignificari mihi videtur in *l. ſi quis.* 52. §. *ultim. l ſi vendidero.* 80. §. *cum raptor.* 3. *de furt.* & denique ex eo evincitur, quod hoc loco, & *l.* 2. §. *caterum.* 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 furt.* tantum mentio fit 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 prohibetur experiri actione mitiore,) 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 furt.* ubi Juriſconſultus & exemplum proponit raptoris non deprehenſi, 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.*

Improbum furem eſſe] Id eſt, ἀναιδῆ, ἀναίσχυντον, impudentem, audacem, atrocem. Chryſoſtomus *in Matth. hom.* 53. Ἔδει δὴ κλέπτοντος ὁ ἁρπάζων χείρων. Et ſane is, qui rapit, fur eſt improbior atque impudentior, quam qui clam amovet, cum hic celet ſuum delictum, ille publicet, & crimen etiam publicum admittat, *l.* 2. §. *caterum.* 10. §. *ſi in re depoſita.* 24. *hoc tit.* quanquam aliud judicium Ariſtoteli *in Rhetor. ad Alex. cap.* 12. ubi hæc legimus: δεινότερόν μοι δοκοῦσιν οἱ κλέπτοντες τοῦ λῃζομένου ποιεῖν. οἱ μὲν γὰρ λαθραίως, οἱ δὲ φανερῶς τὰ χρήματα ἁρπαζόντες. VINN. Et vere Prætori ea mens fuit, dum quadruplo, in quod raptor condemnatur, & rem raptam comprehendi voluit. Et neſcio an jocus Plauti *Epid. Act.* 1. *ſcen.* 1. ubi *propalam rapiens minus furtificus* dicitur, hanc ſententiam exagitet. Ratio autem veterum fuit, quod raptoris vis vi facile propulſari poſſit à viro conſtante & forti: furto autem & viro prudentiſſimo fortiſſimoque damnum inferri queat. HEIN.

Propriam actionem] Etiam ſpeciali edicto contra ea, quæ vi committuntur prætor conſuluit, *d. l.* 2. §. 1. ſcilicet ut innoteſceret, prætorem quoque curam agere reprimendæ 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 pœnales, anno finitur, *l. in honorariis.* 34. *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 cujus.* 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. *ll. 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 rapto-

raptorum in quadruplum à prætore propoſita, non eſt mera pœnalis, ſed mixta: quippe in quadruplo etiam ipſius rei perſecutio continetur, ut pœna tantum ſit tripli, §. *vi autem.* 19. *infr. de act.* In quo diſtat hæc actio ab actione furti, quæ tantum pœnæ perſequendæ cauſa comparata eſt, ſive manifeſta 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 pœna pro qualitate rapinæ non variatur, ſicut in actione furti alia pœna eſt manifeſti, alia nec manifeſti, ſed in omnes ereptores pœna 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 ratione 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,
2 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 hæc 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 exerceant 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 ſuæ dominio cadere: ſin autem aliena res ſit, poſt reſtitutionem ejus, etiam æſtimationem ejuſdem rei præſtare. Quod non ſolum in mobilibus rebus, quæ rapi poſſunt, conſtitutiones obtinere cenſuerunt, ſed etiam in invaſionibus, quæ circa res ſoli fiunt: ut ex hac cauſa ab omni rapina homines abſtineant.*

NOTÆ.

1. *Rei ſuæ 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 pœna afficiantur, qui ſine dolo malo rem rapiunt, aut invadunt?*
2. *Pœnam rapinæ, quæ privatis applicatur, exoleviſſe: & an non etiam aliæ, 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 eripuerit, exiſtimans, licere domino quovis modo rem ſuam à poſſeſſoribus auferre, hoc judicio de vi bonis raptis non tenetur, *l.* 2. §. *hac actione.* 18. *hoc tit.* ſed nec furti tenetur; *hoc text.* Cæterum aliis pœnis obnoxius eſt, ut ſtatim audiemus.

Imprudentia juris] Secundum hoc explicandum eſt, quod Juriſconſultus in *d. l.* 2. §. *hac actione.* 18. 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. Jaſ. & DD. *in l. unic. ſi quis jus dic. non obtemp.*

Sed ne dum talia excogitantur] Bene ac prudenter 1
conſtitutum eſt, ut ſine vi & tumultu cives cum civibus contendant, nihil manu, nihil proprio agant impulſu; ſed ſi quis putet ſe habere aliquas portiones, 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, civeſque ad rixam & arma quotidie procedere. *l. non eſt.* 176. *de reg. jur.* Itaque etſi 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 met. cauſ. l. pen. ad l. Jul. de vi privat.* atque hic inſuper etiam vi bonorum raptorum, *l.* 3. *C. hoc tit.* & publico judicio legis Juliæ de vi privata tenetur. *l. ult. ad leg. Jul. de vi priv.*

In invaſionibus] *l. ſi quis.* 7. *C. unde vi.* Solæ res mo- 2
biles 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 rapi-

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 similium 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. Raimutius.* 16. *v.* *de testam.* Gutier. *pract. quæst. lib.* 1. *quæst.* 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 etsi 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 sive in bonis sit, sive non: si tamen ex bonis sit, locum hæc actio habebit. Quare sive locata, sive commodata, sive etiam pignorata, sive deposita sit res apud Titium sic, ut interfit ejus eam rem per vim non auferri (veluti si in deposita re culpam quoque promisit) sive bona fide possideat, sive usumfructum quis habeat in ea, vel quid aliud juris, ut interfit ejus non rapi, 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 interfit*] 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 repromisi, vel pretium depositionis non quasi mercedem accepi.* Hinc demum novus §. inchoandus; *Utilius dicendum est*, &c. Cujac.

COMMENTARIUS.

1. *Ex bonis esse quæ hic dicantur?*
2. *Explicatur locus obscurus Ulpiani.*

VI 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 repromisit; Horum omnium interest rem, quam tenent aut possident, non rapi: 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, quo- 1
rum, 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 possumus. Alibi hæc verba, in bonis latius accipiuntur, *l. bonorum.* 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 2
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 TERTIUS.

DE LEGE AQUILIA.

Dig. Lib. 9. Tit. 2. C. Lib. 3. Tit. 35.

Continuatio, & summa tituli.

TErtia species delicti, ex quo civilis actio oritur, est damnum injuria datum. Damnum generaliter significat omnem detractionem & deminutionem rei alienæ, sive illa lucri causa fiat, sive nullius lucri gratia, & sive salvis rebus, sive peremptis aut corruptis; Nam damnum ab ademptione, & quasi deminutione patrimonii dictum est. *l* 3. *de damn. infect.* Hoc autem loco damnum in specie accipitur pro eo, quod contingit cum interitu aut corruptione rei; & proinde

de ſine lucro damnum dantis, puta ſi quis ſervum alienum aut pecudem aliudve animal occiderit, aut vulneraverit, aut quid alienum uſſerit, 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 injuriæ actio conſtituitur per legem Aquiliam. Cujus primo capite cautum eſt, ut ſi quis alienum hominem, alienamve quadrupedem, quæ pecudum numero ſit, injuria occiderit, quanti ea res in eo anno plurimi fuerit, tantum domino dare damnetur.

NOTÆ.

Damni injuriæ] 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 damnas eſto*, arg. *l.* 11. §. 6. *eod. ero* tenuiter, id eſt, *domino*, ut in Florent. & Gloſſ. Græc. Lat. in δεσπότης. Cujac. 27. *obſ.* 11.

COMMENTARIUS.

1. *Si liber homo occiſus ſit, & de damno ſarciendo agatur, quid juris, & potiſſimum hodie.*

Damni injuriæ] Legendum videtur, *damni injuria*, *l. impuberem.* 23. *de furt. l. ſi ſervus.* 27. §. *ſi furtum.* 10. & *ſeq. l. quemadmodum.* 29. §. *item Labeo.* 3. *hoc tit.* Cic. *pro Q. Roſc.* c. 11. *lite conteſtata, judicio damni injuria conſtituto.* Præciſe videlicet, pro, *damni injuria dati.* Haud ſcio tamen an poſteriores Juriſconſulti Græci homines *damni injuriæ* dixerint in genitivo, pro ex injuria, ut cum dicimus, damnum incendii vel naufragii, pro ex incendio vel naufragio. VINN. Immo opus non videtur emendatione. Nam & apud veteres legas *damnum injuriæ*: veluti apud Mæcianum. *l.* 30. *pr. fin. ff. ad L. Falcid.* &, ut mihi videtur, etiam in *l.* 9. §. *ult. ff. de tutel. & rat. diſtr.* HEIN.

Alienum hominem alienamve quadrupedem, quæ 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 cæde datum, pertinet. *l.* 2. *h. t.* 1 Occiſo homine libero non agitur ex lege Aquilia; quia liberi corporis nulla eſt æſtimatio: ſed legi Corneliæ 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. Grot. *lib.* 3. *introd. c.* 33. Sic Hercules legitur Iphiti à ſe occiſi liberis multam pependiſſe, quo facilius expiaretur. Atque ita cenſuit Senatus Dolanus apud Joan. Grevell. *deciſ.* 25. & Card. Puteus *lib.* 3. *deciſ.* 280. Sed & Cujac. 14. *obſ.* 4. exemplo Hadriani & Conſt. Porphyrogennetæ probat, novum non eſſe, ut pars bonorum addicatur occiſi liberis, vel patri, vel uxori, maxime ſi paupertate premantur, quamvis cædes citra dolum facta, injuſte tamen. Michaël Epheſius ad 5. *Nicom. Ariſt.* ſcribit, eum ipſum, qui cæſus eſt, quodammodo capere, quæ uxor aut liberi, aut cognati ex bonis homicidæ ferunt. Idque in Gallia obtinere, uſque ad modum lucri amiſſi teſtatur Coſtal. *ad l.* 3. *ſi quadr. paup. fec.* add. Gomez. 3. *reſol.* 3. *num.* 37. Grot. 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 tit.* 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, damnatur, *d. l.* 2. *in pr.* de quo plura *infr.* §. *his autem.* 9.

TEXTUS.

De quadrupede, quæ pecudum numero eſt.

1. *Quod autem non præciſe de quadrupede, ſed de ea tantum, quæ pecudum numero eſt, cavetur, eo pertinet, ut neque de feris beſtiis, neque de canibus cautum eſſe intelligamus; ſed de iis tantum, quæ gregatim proprie paſci dicuntur, quales ſunt equi, muli, aſini, oves, boves, capræ. De ſuibus quoque idem placuit. Nam & ſues quoque pecudum appellatione continentur: quia & hi gregatim paſcuntur. Sic denique & Homerus in Odyſſea ait, (ſicut Ælius Marcianus in ſuis inſtitutionibus refert),*

Δήεις τόνγε σύεσσι παρήμενον, οἱ δ' νέμονται
Πὰρ Κόρακος πέτρῃ, ἐπὶ τῇ κρήνῃ Ἀρεθούσης.

Hoc eſt:

Aſſidet is ſuibus, quorum grex magnus in agris
Paſcitur, ad Coracis ſaxum, fontemque Arethuſam.

COMMENTARIUS.

1. *Cur dubitatum de ſuibus, an pecudum numero ſint?*

PEcudum numero eſſe ea animalia proprie intelliguntur, quæ gregatim paſcuntur, id eſt, in grege

paſtoris imperio ſubjecto; ut equi, aſini, muli, boves, oves, capræ. Itaque canes in pecudum numero non ſunt, multoque minus feræ beſtiæ, veluti urſi, leones, pantheræ. Enimvero cameli & elephanti, licet feræ naturæ ſint, ad primum tamen caput pertinent, propterea quod jumentorum operam præſtant. *dict. l.* 2. §. 2. VINN. Jureconſulti ubi ex arte loquebantur, diſtinguebant *quadrupedes*, quæ dorſo & collo domantur, id eſt, quæ ſarcinas vehunt & trahunt; *pecudes*, quæ gregatim paſcuntur, & *beſtias*, quales erant reliqua animalia omnia. Ampl. Bynkersh. *de Reb. manc. & nec mancip. cap.* VI. *p.* 119. *ſequ.* HEIN.

De ſuibus 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 ſuibus dubitatum, quoniam ſues neque operam hominibus præſtant, puta geſtando, arando, ut equi, muli, aſini, boves; neque lacte aut lana proſunt, ut vaccæ, oves, capræ. Utut ſit, placuit etiam ſues pecudum numero haberi, quia & ipſi gregatim ſub imperio paſtoris paſcuntur, *d. l.* 2. §. 2. *hoc tit. l. legatis.* 65. §. *pecoribus.* 4. *de leg.* 3. Ubi Marcianus Juriſconſultus auctoritate Homeri hanc ſententiam confirmat. Locus eſt apud Poëtam *Odyſſ.* 13. ubi Minerva Ulyſſem 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. VINN. Sed quamvis ſues gregatim paſcantur, dubitari tamen non abſurde potuit, an ſint quadrupedes pecudes. HEIN.

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?*

QUI 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 quodcunque 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, etiamſi 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 infantiæ 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 omittendo ſeu negligendo conſiſtit, ad legem Aquiliam pertinere, quoniam lex factum exigit. Covar. *de ſponſ. part.* 2. *c.* 6. § 8. *n.* 13. Donell. 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 antecedens 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. *h. 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 quemcunque 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 permiſſa, ſed defenſio, quæ ita excuſata eſt, ſi in defendendo ſervata ſit moderatio inculpatæ 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 inveniatur. Nam alioqui non minus ex dolo, quam ex culpa quiſque hac lege tenetur.*

COMMENTARIUS.

NON 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 hæred. inſtit.* apud Ulpianum *l. jurisgentium.* 7 §. *pactorum.* 8. *de pact. l.* 3. §. 2. *de incend. ruin. naufr.* apud Calliſtratum *l. ſolidum.* 85. *de ſolut.*

TEX-

TEXTUS.

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, culpæ reus 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, culpæ reus eſt; ſed ſi proclamavit, nec ille curavit præcavere, extra culpam eſt putator. Æque extra culpam eſſe intelligitur, ſi ſeorſum à via forte, vel in medio fundo cædebat, 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, culpæ reus erit.*

De imperitia Medici.

7. *Imperitia quoque culpæ adnumeratur; veluti ſi medicus ideo ſervum tuum occiderit, quia male eum ſecuerit, aut perperam ei medicamentum dederit.*

De imperitia & infirmitate mulionis, aut equo vecti.

8. *Impetu quoque mularum, quas mulio propter imperitiam retinere non potuit, ſi ſervus tuus oppreſſus fuerit, culpæ reus eſt mulio. Sed & ſi propter infirmitatem eas retinere non potuerit; quum alius firmior eas retinere potuiſſet, æque culpæ tenetur. Eadem placuerunt de eo quoque, qui cum equo veheretur, impetum ejus aut propter infirmitatem, aut propter imperitiam ſuam retinere non potuerit.*

NOTÆ.

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.* Solebant olim medici venas incidere, & ægris ſanguinem mittere. Cic. *Piſoniana.*

7. *Si medicus*] *l.* 7. *in fin. & d. l.* 8. *pr. eod.* quanquam eventus mortalitatis medico imputari non debet. *l.* 6. §. 7. *de off. præſ.* & extra culpam eſſe intelligitur, ὅταν μεῖζον τὸ πάθος ἢ ἰατρικῆς βοηθείας. Alex. Aphrod. in 1. *Top. Ariſt.*

Perperam ei medicamentum] Ἀμαθῶς καὶ ἀπειροκάλως, ut Hippocr. *de pharm. purg.* imperite, temere, inconſiderate.

COMMENTARIUS.

1. *Quod de militibus in loco exercitii ſe exercentibus hic dicitur, id etiam ad paganos certo loco ſe exercere ſolitos pertinere.*
2. *Medicorum culpam raro nunc in judicium vocari.*

Afferuntur 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 quacunque culpa datum ſarciri ab eo, qui dedit.

A milite in eo campo] Duæ circumſtantiæ in propoſito efficiunt, ut factum à culpa abſit & Aquiliæ ceſſet; locus exercitationi deſtinatus, & perſona ſe in eo loco exercitantis. Altero autem horum deficiente Aquiliæ 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 tranſcurrentem transfixerit, extra culpam eſſe reſpondit Wameſ. *cent.* 2. *conſ.* 51. fac. Grot. 3. *juriſp. 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, aliamve per quam vulgo iter fit 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 putator.* 31. *hoc tit.* Via publica est, quæ Græcis βασιλικὴ, 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. Theoph. *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 culpæ, &c.] Imperitia alicujus rei per se culpa non est, sed in eo, qui peritiam aut artificium aliquod profitetur, culpæ adscribitur; si quid circa ea, quæ ad illud artificium pertinent, per imperitiam commissum sit, *l.* 9. §. *pen. l. item quæritur.* 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, ἀμαθῶς καὶ ἀπερισκέπτως, secuerit, vel medicamento perperam usus mortem attulerit, hac lege tenebitur, *l.* 7. *in fin. & l. seq. in pr. eod.* Homicidii crimen est in hominis salute peccare, ait Cassiod. 6. *var.* 19. Diligenter autem considerandum est, ne, quod vi morbi contigit, 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. præs.* & extra culpam esse intelligitur, ὅταν ἢ μεῖζον τὸ πάθος ἢ ἰατρικῆς βοηθείας. Alex. Aphrod. *in* 1. *top. Aristot.* Culpa medici raro in judicium 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 fortiorem 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 ll. abr. hic.* 2

Impetu quoque mularum, &c.] Mulio cujus ob imperitiam vel infirmitatem impetu mularum servus alienus obtritus est, hac actione tenetur. Idem juris est in persona ejus, qui impetum equi, quo vehebatur, propter imperitiam vel infirmitatem retinere non potuit. Neque iniquum esse 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, at 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 aliquando longè pluris. Ideoque constat, in hæredem eam actionem non transire, quæ transitura 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 depretiata non sit, tamen ad hoc, ut pœnalis habeatur, sufficit posse præsentem æstimationem exuperari, & pœnam generaliter in damnosos statutam esse.

In hæredem 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.*

Quæ transitura fuisset] Ait, actionem legis Aquiliæ in hæredem non transire, non quia ex delicto est, sed quia pœnalis; transituram, si pœnalis non esset. Itaque hic locus apertè confirmat eorum sententiam, qui existimant, actiones non pœnales, etiamsi ex delicto veniunt, in hæredem dari. de quo latius alibi, §. *ult. supr. de obl. quæ ex del. & infr.* §. 1. *de perp. & temp. act.* Hodie actio legis Aquiliæ pœnalis non est: nam solum eatenus 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 indemnis servandi, quam coërcendi adversarii causa fieri existimatur. Gudel. *de jur. nov. lib.* 3. *c.* 13. Grot. 3. *introd.* 32. & 34. Groenew. *de ll. abrog. hic.*

TEX-

TEXTUS.

Quid æſtimatur.

10. *Illud non ex verbis legis, ſed ex interpretatione placuit, non ſolum perempti corporis æſtimationem habendam eſſe ſecundum ea, quæ diximus, ſed eo amplius, quicquid præterea perempto eo corpore damni nobis illatum fuerit, veluti ſi ſervum tuum hæredem ab aliquo inſtitutum ante quis occiderit, quam is juſſu tuo hæreditatem adierit: nam hæreditatis quoque amiſſæ rationem eſſe habendam conſtat. Item ſi ex pari mularum unam, vel ex quadrigis equorum unum quis occiderit, vel ex comœdis unus ſervus occiſus fuerit, non ſolum occiſi fit 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, ἐλατ]αθέντες.

COMMENTARIUS.

NOn *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 patimur: quod variis exemplis illuſtratur, *l. ait lex.* 21. §. *ult. cum ll. ſeqq. hoc tit.* Ait autem Juſtinianus id per interpretationem placuiſſe, nimirum quia legiſlatorem 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. ait lex.* 21. §. *ult.* Nam omnia commoda, quæ intra annum, quo verbi cauſa ſervus interfectus eſt, pretioſiorem hunc ſervum facerent, ad æſtimationem ejus accedunt, *d. l. inde Neratius.* 23. §. *in ſumma.* 6. *eod.* Damnum autem intellige pecuniarium: nam affectionis ratio non habetur. Ut ecce ſi filium tuum naturalem quis occiderit, quem tu magno emptum velles, non pluris 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 hæredem] Si ſervus hæres inſtitutus, antequam juſſu domini hæreditatem adiret, occiſus fit, etiam hæreditatis 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 cohærentes æſtimari. Itaque ſi quis ex comœdis, 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 Aquiliæ damnum perſequi, & capitalis criminis eum reum facere.*

COMMENTARIUS.

SI dolo ſervus occiſus ſit, non tantum privato judicio legis Aquiliæ dominus agere poteſt: ſed etiam publico legis Corneliæ 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.* 23. §. *ſi dolo.* 9. ſi lege Aquilia dominus egerit, non ob id tamen præjudicium fieri legi Corneliæ; 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 Aquiliæ, 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 dolus 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. *ſup. & ad hunc* §. *n.* 1. De libero homine occiſo, ſi de damno ſarciendo agatur, dixi ſub *pr. hujus tit.*

TEXTUS.

Caput ſecundum.

12. *Caput ſecundum legis Aquiliæ in uſu non eſt.*

COMMENTARIUS.

SEcundum hujus legis capitulum jam tempore mediæ 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 ſumant. Cujacio videtur, pertinuiſſe ad interceptam nobis utilitatem quandam, re noſtra illæſa. VINN. Nos, ne otio abundare videamur, lectorem remittimus ad *Antiquitates noſtras Rom. h. t.* §. 9. *edit. ſec.* HEIN.

TEXTUS.

Capud tertium, quod damnum vindicatur.

13. *Capite tertio de omni cætero damno cavetur. Itaque ſi quis ſervum, vel eam quadrupedem, quæ pecudum numero eſt, vulneraverit; ſive eam quadrupedem, quæ pecudum numero non eſt, veluti canem, aut feram beſtiam, vulneraverit, aut occiderit; hoc capite actio conſtituitur. In cæteris quoque omnibus animalibus, item in omnibus rebus, quæ anima carent, damnum per injuriam datum hac parte vindicatur. Si quid enim uſtum, aut ruptum, aut fractum fuerit, actio ex hoc capite conſtituitur; quanquam poterat ſola rupti appellatio in omnes iſtas cauſas ſufficere. Ruptum enim intelligitur, quod 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 miſcuerit, quo naturalis bonitas vini aut olei corrumperetur, ex hac parte legis Aquiliæ eum teneri.*

NOTÆ.

13. *Capite tertio*] Verba capitis tertii referuntur ab Ulp. *l.* 27. §. 5. *eod.* ejuſdemque *l.* §. 7. & deinceps fuſe explicantur.

COMMENTARIUS.

1. *Caput tertium legis Aquiliæ declaratur variis exemplis.*
2. *Quid Juris ſi liber homo vulneratus: & quid eo caſu hodie?*

TErtio capite ait eadem lex Aquilia; *Cæterarum rerum, præter hominem & pecudem occiſos, ſi quis alteri damnum faxit, quid uſſerit, fregerit, ruperit injuria, quanti ea res erit in diebus triginta proximis, tantum æs domino dare damnas eſto. l. ſi ſervus.* 27. §. *tertio.* 5. *hoc tit.* Si quis igitur non occiderit hominem vel pecudem, ſed uſſerit, fregerit, ruperit, ſine dubio ex
1 his verbis legis agendum erit. Proinde ſi facem ſervo meo objeceris, & eum aduſſeris, teneberis mihi. Idem eſt ſi loris, vel virgis, vel pugnis, vel telo ceciderit, ut corpus ei ſcinderes vel tumorem faceres. *d. l.* 27. §. 17. Item ſi quis mulum meum plus juſto oneraverit, & aliquid membri ruperit. *d. l.* 27. §. 23. Sed & ſi arbuſtum meum vel villam meam incenderis, Aquiliæ actionem habebo. *d. l. ſi ſervus.* 27. §. *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 ſervorum & pecudum vulnera, reliquorum animalium vel vulnera vel cædes, omnium denique rerum inanimatarum corruptiones, in judicium vocantur. Liber homo vulneratus directam ex hoc capite actio-2 nem 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 inflictum filiofam. *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 dolorum & deformationis corporis, ſi quando id petitur, æſtimatio fit, quamvis propriè hæc pecunia ſarciri non poſſunt, neque juri Romano id conveniat. *l. ult. de his qui dejec. l.* 3. *ſi quadr. paup.* Grot. *d. loc.*

Ruptum intelligitur, quod quoquo modo corruptum] Verbum *ruperit* ferè omnes veteres ſic intellexerunt, *corruperit.* Itaque rupti appellatione continentur & uſta & fracta, & ſciſſa & colliſa, & effuſa & quoquo modo vitiata, deteriora facta, aut perempta. Neque obſtat quod lex diſtinctim hæc tria exprimit, uſſerit, fregerit, ruperit. Nam, ut Celſus dicebat, non eſt novum, ut lex ſpecialiter quibuſdam enumeratis generale ſubjiciat verbum, quo ſpecialia complectatur. *d. l. ſi ſervus.* 27. §. *inquit.* 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 occiſave 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.

SI *dolo aut culpa*] In hac quoque actione, quæ ex hoc capitulo oritur, tam culpa quam dolus punitur. Ideoque 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,

&

& ſubita vis venti ignem longius produxit, caret culpa. *l. qui occidit.* 30. §. *pen. hoc tit.* VINN. Singulare id habet lex Aquilia, quod & dolum & culpam vindicat, quum alias verum delictum non niſi ex dolo proficiſcatur. *l.* 53. *ff. de furt.* quaſi delictum ex culpa. Unde non abſurde Cel. Thomaſius damnum injuria datum & veris & quaſi delictis accenſet: quamvis facta a potiore denominatione potius verum delictum dicatur. Add. *Elem.* noſtra *jur. ſecund. ord. Inſtitut.* §. 1034. §. 1081. * HEIN.

Quanti in diebus triginta] Hoc capitulo, quanti res fuerit triginta diebus proximis, tanti lis æſtimatur, *d. l. ſi ſervus.* 27. §. *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 adjicitur. 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.

HÆc verba, *quanti in diebus triginta proximis 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.] Rectius dixiſſet *legem juſſit*, & mox, *eo verbo uſus eſſet*, ut hic notat Hotoman.

TEXTUS.

De actione directa, utili & in factum.

16. *Cæterum placuit, ita demum directam ex hac lege actionem eſſe, ſi quis præcipuè corpore ſuo damnum dederit. Ideoque in eum, qui alio modo damnum dederit, utiles actiones dari ſolent; 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 præcipitaretur: aut ſi quis alieno ſervo perſuaſerit, ut in arborem adſcenderet, vel in puteum deſcenderet, & is adſcendendo vel deſcendendo aut mortuus, aut aliqua parte corporis læſus fuerit; utilis actio in eum datur: ſed ſi quis alienum ſervum aut de ponte, aut de ripa in flumen dejecerit, & 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 læſum fuerit, ſed alio modo alicui damnum contigerit, quum non ſufficiat neque directa, neque utilis legis Aquiliæ actio, placuit, eum, qui obnoxius fuerit, in factum actione teneri: veluti ſi quis miſericordia ductus alienum ſervum compeditum ſolverit, ut fugeret.*

NOTÆ.

16. *Si quis præcipue corpore ſuo*] Directa legis actio ita demum conceditur, ſi quis corpore ſuo damnum dederit. *l.* 51. *eod.* Directa actio hic intelligitur, quæ ex verbis legis, eoque, quod ſcriptum eſt, deſcendit.

Qui alio modo, &c. utiles actiones] Quæ eædem & in factum; cæterum civiles *l.* 7. §. 3. & 6. *l.* 9. *eod.* Actio, quæ inducitur per interpretationem & extenſionem aliquam, tanquam ex mente legiſlatoris, non directa, ſed utilis dicitur: quanquam vi & effectu à directa nihil differt. *l.* 47. §. 1. *de neg. geſt.* Sic patri nomine filii, bonæ fidei poſſeſſori, item libero homini ſuo nomine utilis actio legis Aquiliæ 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 præcipitaverit, Celſus ait ſive ipſo ictu perierit, aut continuo ſubmerſus ſit, aut laſſatus vi fluminis victus perierit, eum qui dejecit, ipſa lege Aquilia teneri: quemadmodum ſi quis puerum ſaxo illiſiſſet. *d. l.* §. *pen.*

Ipſa lege Aquilia] Ex ipſis verbis legis Aquiliæ, ut directa in eum actio competat, ut rectè interpretatur Theoph.

Neque corpus læſum] 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*, quæ a prætore defectum legis ſupplente datur. *l.* 11. *de præſcr. verb.*

Miſericordia ductus] *d. l.* 7. §. 7. *de dolo.* Intempeſtiva miſericordia damnoſa eſt. Similiter actione in factum tenetur, qui fumo facto apes fugaverit vel etiam necaverit. *l.* 49. *eod.* Apes fumo abigi & necari, notiſſimum eſt. Fabrot.

COMMENTARIUS.

1. *Directa actio quot modis dicatur?*
2. *Actio utilis quid: & qua ratione, quando, à quibus introducatur?*
3. *Directam actionem eſſe, tam quæ ex ſententia legis deſcendit, quam quæ ex verbis: utilem, quæ, tanquam ex ſententia per interpretationem extenſivam, in factum, cui nec oratio nec ſententia convenit.*
4. *Utilem, quo tanquam ex ſententia legis, & ipſam interdum in factum appellari.*

Ut

UT hic locus plenè intelligatur, ſciendum eſt, non uno ſemper & ejuſdem oppoſitionis intuitu nomen actionis aut directæ aut utilis à veteribus
1 uſurpari. Nam primum directa actio dicitur principalis oppoſita vel præparatoriæ, puta actioni ad exhibendum, *l.* 3. §. *ibidem.* 13. *l. ſi quis.* 17. *ad exhibend.* vel contrariæ, ut actio directa commodati, depoſiti, pigneratitia. &c. Vide noſtra ad §. 2. *ſup. quibus modis re contr. obligat.* §. 1. *ſup. de obligat. quæ quaſi ex contract.* Deinde actio ordinaria ex delicto, oppoſita noxali, directa quoque vocatur. §. *omnis* 5. *inf. de nox. action.* Poſtremo directa actio dicitur ad differentiam actionis utilis; quæ conſideratio hujus loci propria eſt.
2 Utilis actio ſic in univerſum deſcribi poteſt, quod ſit actio, quæ deficiente ſtricta juris ratione ex æquitate introducitur. Id vero fit bifariam: vel interpretatione jurisconſultorum; vel etiam jure expreſſo, tum prætorio, tum etiam civili æquitatem ſectante. Actiones prætoriæ in relatione ad jus civile ſtrictum, omnes dicuntur utiles, tametſi apertè verbis edicti propoſitæ 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.*
3 *ult. C. quib. ex ca. maj.* Quanquam, ſi jus prætorium abſolutè ſpectamus, quædam actiones hoc jure proditæ directæ, quædam utiles appellari poſſunt: directæ, quæ ipſis edicti verbis proponuntur: utiles, quas verbis ceſſantibus prudentum interpretatio induxit, *l. pen.* §. *ult. de his qui dej. 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 inſtit. act. l.* 5. §. *pen. de pec. conſt. l.* 1. *C. de precar.* Sed & jus civile nonnunquam verbis expreſſis utiles tantum actiones tribuit, nimirum quoties ratio juris impedit, quominus directæ dentur; veluti ſi directæ jam ſint apud alium. Nam ratio juris non patitur, ut aut apud duos ſimul directa ſit actio, aut ab eo, cui illa ſemel competere cœpit, avulſa in alium transferatur. Hinc eſt, quod ei, cui nomen venditum, legatum, donatumve eſt, non directa, ſed utilis actio reſcriptis Impp. datur, quia ſcilicet ex ratione juris directa penes venditorem, hæredem, 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 juris civilis non patitur, ut noſtra conventione alteri actionem quæramus, quibuſdam caſibus hic utilis actio conſtitutionibus introducta eſt. *l.* 3. *C. de don. quæ ſub mod.* His autem caſibus, & ſi qui ſunt ſimiles, demtis, actio directa dicitur, quæ ex verbis legis, eoque, quod ſcriptum eſt, deſcendit. Scriptum autem etiam illud & verbis comprehenſum intelligi oportet, quod voluiſſe legiſlatorem conſtat, etiamſi id verbis apertè expreſſum non ſit. Ut ecce, lege Aquilia, qui damnum dedit, expreſſè jubetur ejus damni æſtimationem præſtare. Illud non exprimitur, damnum tanti æſtimandum, quanti interſit 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 deficiunt, hic prætor defectum legis, utilitate id exigente, ſupplere ſolet reddendo actiones in factum. *l. quia actionum.* 11. *de præſcr. verb.* Quæ omnia exemplis in textu illuſtrantur. Illud etiam hic obi- 4
ter notandum, appellatione actionis in factum nonnunquam 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.* Propriè 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 præſcr. verb. l. ſi ſervum.* 33. §. 1. *hoc tit. l.* 7. §. *idem Labeo.* 7. *de dol. & hoc titul. 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 eædem & in factum, cæterum civiles, *l. qua actione.* 7. §. 3. *& §. Celſus.* 6. *l. item ſi* 9. *fere per tot. 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 peremto 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 præſcr. verb. l. ſi ſervum.* 33. *in fin. hoc titul. l.* 7. §. *idem Labeo.* 7. *de dolo.*

TITULUS QUARTUS.

DE INJURIIS.

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 pœna vindicetur; quæ circumſtantiæ eam augeant aut minuant, & denique quomodo aboleatur, hic docebitur.

TEXTUS.

Verbum injuria quot modis accipitur.

Generaliter injuria dicitur omne, quod non jure fit: ſpecialiter, alias contumelia, quæ à contemnendo dicta eſt, quam Græci ὕβριν appellant: alias culpa, quam Græci ἀδίκημα dicunt, ſicut in lege Aquilia damnum injuria datum accipitur: alias iniquitas & injuſtitia, quam Græci ἀνομίαν καὶ ἀδικίαν vocant: cum enim prætor vel judex non jure contra quem pronuntiat, injuriam accepiſſe dicitur.

NOTÆ.

Generaliter injuria] Ex Paulo *apud Rufin. tit.* 2. & Ulpiano *l.* 1. *h.t.* ubi JC. 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.

COMMENTARIUS.

OMne quod non jure fit] Quicquid non jure fit, generali verbo injuria dicitur, *l.* 1. *hoc tit.* ubi Ulpianus ait, injuriam ex eo dictam, 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 furia, ſic tuæ tibi occurrunt injuriæ, quæ te reſpirare non ſinunt. Injuriæ*, id eſt, actiones injuſtæ, flagitia, peccata. Injuriæ, ſic generaliter dictæ, Juſtinianus tres ſpecies hic commemorat, uti & Jurisconſultus in *d. l.* 1. contumeliam, damnum culpa datum, iniquitatem ſententiæ; quibus tamen genus propoſitum non exhauritur. Sed de eo unuſquiſque pro arbitratu exiſtimet. Adeundus omnino Ariſtot. *lib.* 5. *& hic.*

Specialiter alias contumelia] Speciatim 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 ſignificatu injuria ſic ab auctore librorum *ad Herennium lib.* 4. *cap.* 25. definitur. *Injuria eſt, quæ aut pulſatione corpus, aut convitio aures, aut turpitudine vitam alicujus violat.* Ego ſic; Injuria eſt omne dictum factumve ad contemptum, infamiam aut dolorem alterius directum.

A contemnendo] Contumelia à contemptu, Seneca quoque auctore, dicta eſt: quia nemo niſi quem contemſit, tali injuria notat.

Alias culpa, ſicut in lege Aquilia] Lex Aquilia injuriæ verbo vel maximè dolum malum intelligit: cæterum eodem verbo & culpam comprehendit, atque id quoque, quod per imperitiam aut imprudentiam factum eſt, injuria factum exiſtimat. Quod Ariſtoteles non ἀδίκημα, ſed ἁμάρτημα appellaret: & ita fortè legendum; quia id nomen locum habet etiam ubi dolus abeſt. Atque hæc eſt ſecunda injuriæ ſpecies.

Non jure contra quem pronuntiat] Tertio circa judicia injuriam pro iniquitate accipimus. Nam ſi judex iniquè ſententiam dixerit, eum qui ſententia læſus, injuriam paſſum eſſe dicimus. Quanquam 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 evict.* Effectu tamen juris inter hæc facta multum intereſt; & alterum vere maleficium eſt, alterum propriè non eſt, ſed quaſi maleficium; ἁμάρτημα utique: de quo vide *pr. tit. ſeq.* Illud huic loco contrarium non eſt, quod apud Paulum in *l. penult. de juſt. & jur.* legimus, Prætorem 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 prætorem facere convenit; ſive nomine relato ad id quod videtur, non quod eſt; πρὸς τὸ φαινόμενον non πρὸς τὸ ὄν.

TEXTUS.

Quibus modis injuria fit.

1. *Injuria autem committitur, non ſolum cum quis pugno pulſatus, aut fuſtibus cæſus, 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 prætextatum prætextatamve adſectatus fuerit: ſive cujus pudicitia attentata eſſe dicetur: & denique aliis plurimis modis admitti injuriam manifeſtum eſt.*

NOTÆ.

1. *Matremfam. aut prætextatum, &c.*] Budæus *in l. ult. de ſenat.* erat autem prætexta puerile veſtimentum, *l.* 23. §. 2. *de aur. & arg. leg. & ingenuitatis inſigne*, σύμβολον ἐυγενείας, Philoſtrat. *in Herode.*

COMMENTARIUS.

1. *Re quot modis injuria fiat?*
2. *Convitium quid, & an circa 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. *Adsectari cur injuriosum?*
10 *Sermo prætextatus.*
11. *Cur injuriosa attentatio pudicitiæ?*

INterpretes 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. VINN. At poteſt etiam per picturam fieri injuria, ejusque rei lepida proſtant exempla. Enimvero & hanc ad injurias reales referri poſſe nemo dubitaverit. HEIN.

1 *Cum quis pugno pulſatus*] Propriè injuria realis eſt, quoties manus inferuntur. *d. l.* 1. §. 1. Sed & illa realis cenſetur, quæ citra illationem manuum aut læſionem corporis infertur, re aut facto 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 indiciis publicè utatur, puta lugubri aut ſquallida veſte, aut ſi demittat barbam, 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 compoſito fiunt, ὕβρεις γὰρ οὐ μόνον ἡ ἐν λόγῳ, ἀλλὰ καὶ ἢ ἔργῳ πᾶν ἔργον αἰσχρόν. Euſtath. *ad Odyſſ.* α. add. Damhoud. *prax. crim. c.* 140. Theſſaur. *dec.* 22. 9.

Convitium factum] *l. item apud.* 15. §. *ait prætor.* 2. *&*
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 propriè dici, ſed infamandi cauſa dictum, *d. l. item apud.* 15. §. *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 quæ (ſi qua eſt) hanc fore ait, quod convitium eſt maledictum contumelioſum; nec utique vociferatione ſemper convitium fieri. Idque probat primum auctoritate Quintiliani *Inſt. lib.* VII. *cap.* 3. & Ciceronis: cujus verba in oratione *pro Cælio cap.* 3. hæc ſunt: *Maledictio nihil habet propoſiti præter contumaciam, quæ ſi petulantius jactatur, convitium: ſin facetius, 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.* 15. §. *appellare.* 20. VINN. Conſulendus hic omnino V. C. Car. And Dukerus *de Latin. JCt. vet. p.* 191. *ſequ.* HEIN. Tria ferè hic quæri ſolent? Primum eſt, an veritas convitii excuſet injuriantem. Interpretes vulgo reſpondent, excuſare, ſi id, quod objicitur, tale eſt, ut publicè interſit 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. rect. 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. Covar. 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. *defin.* 7. Alterum eſt, an injuriantem relevet præfatio honoris 4
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 facto nihil operatur: atque ita etiam pronuntiari ſolet, vid. Gail. 2. *obſ.* 101. *num.* 1. Guid. Pap. *deciſ.* 465. *in fin.* Covar. 1. *reſolut.* 11. *num.* 1. Clar. *lib.* 5. §. *injuria.* 13. Ant. Fab. *C. ſuo. hoc tit. deciſ.* 1. *num.* 3. Tertium eſt, an verbis factam injuri- 5
am verbis rétundere 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 & innocentiæ, vid. Mynſ. *cent.* 5. *obſ.* 17. Gail. 2. *obſ.* 100. Tulden. *in C. hoc tit. n.* 4.

Sive cujus bona quaſi debitoris] Quia cujus bona ex edicto poſſidentur, ejus fama & exiſtimatio cum bonis ſimul poſſidetur, ut ait Cicero *pro Quint. cap.* 15. Eſt autem hæc injuria realis: cui ſimilis ſpecies eſt quæ proponitur 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-

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 statuam hujus
6 modi 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. *tabulæ, cum perpaucas res capite sanxissent, in his hanc quoque sanciendam putaverunt, si quis carmen condidisset, quod infamiam faceret, flagitiumve alteri. Præclare. Judiciis enim ac magistratuum disceptationibus legitimis propositam vitam, non Poëtarum ingeniis, habere debemus: nec probrum audire, nisi ea lege, ut respondere liceat, & judicio 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 malo fecerit, quod quid eorum fieret, etiamsi 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. unic. C. de famos. libell.* qua constitutione eadem pœna etiam is plecti jubetur, qui libellum inventum, quem abolere debebat, in
7 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.
8 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 coërceatur auctor, qua coërceri meretur crimen illud, quod in libello objicitur. Alias vero mitius & pœna extraordinaria hoc genus petulantiæ vindicatur, secundum *Gloss.* Petr. Cyn. Salic. Angel. *in d. l. unic.* Joan. de Plat. & Schneid. *hic.* Gomez. 3. *res.* 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, sceleste, 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 objiciat. Jus Canonum hanc pœnam mutavit in flagellationem rei atque excommunicationem, *cap.* 1. & 3. *cap.* 5. *quæst.* 1. Atque hodie generali consuetudine pœna famosi libelli capitalis esse desiit. Clar. §. *fin. quæst.* 68. *num.* 25. & Bajard. *in add. ibid. num.* 64. & *seq.* Zypæ. *not. jur. Belg.* Groenew. *de ll. abrog. C. de fam. libell.* Perez. *ibid. in fin.*

Qui matremfam. aut prætextatum prætextatamve affectatus] Affectatur, qui tacitus frequenter sequitur. Affi- 9
dua enim frequentia quasi præbet nonnullam infamiam. Ulp. *l. item apud.* 15. §. *aliud.* 22. *hoc tit.* Quibus verbis meo judicio 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 adambulare, quasi scortum ad locum constitutum sectantes. Materfamilias dicitur quælibet mulier honesta, sive nupta sit, sive vidua. *l. pronunciatum.* 46. §. 1. *de verb. sign.* Prætextati 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 Lælii.* Hinc ætas prætextata Gellio *lib.* 1. *noct. cap.* 10
23. mores prætextati Juvenali *satyr.* 2. *v. ult.* sermo prætextatus, qui aliis est sermo aperte obscœnus. Sueton. *in Vespas. cap.* 22. Macrob. 2. *Saturnal.* 1. Aliis qui nihil obscœnitatis habet. Prætextatum enim sermonem quidam ab eo dictum putant, quod prætextatis nefas sit obscœno verbo uti. Alii dici putant, quod nubentibus depositis prætextis à multitudine puerorum obscœna clamentur, auctore Festo. Vide Budæum ad *l. ult. de senat.* Joan. Britan. *in d. satyr.* 2. *vers. ult. Sic prætextatos referunt Artaxata mores.* Prætextatæ etiam puellæ dicebantur ingenuæ & innuptæ, à prætextis, quas nubentes deponebant. VINN. Injuriam quoque facere dicitur, qui à prætextato vel prætextata comites abduxerit. *l.* 15. §. 17. *h. t.* de quo contumeliæ genere add. Casaub. *ad.* Pers. *Sat.* 5. *v.* 30. HEIN.

Pudicitia attentata] Attentari pudicitia alicujus dici- 11
tur, cum id agitur, ut ex pudico impudicus fiat; & qui attentat, injuriam facit, atque hac actione tenetur. *l.* 9. §. *ult. cum l. seq. hoc tit.* 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 concepisse. Prætor appellandi verbo usus est, ut apparet ex *d. l. item apud.* 15. §. *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. *Patitur autem quis injuriam non solum per semetipsum, sed etiam per liberos suos,*

quos in poteſtate habet: item per uxorem ſuam; id enim magis prævaluit. Itaque ſi filiæ alicujus, quæ Titio nupta eſt, injuriam feceris, non ſolum filiæ 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.

PAtitur 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 fit, qui vel poteſtati, vel affectui noſtro ſubjecti ſunt, *l.* 1. §. 3. *hoc tit.* Injuria funeri teſtatoris vel cadaveris poſt aditam hæreditatem facta, hæredi quodammodo facta cenſetur. Semper enim hæredis intereſt defuncti exiſtimationem purgare. Idemque eſt, ſi fama ejus, cui hæredes exſtitimus, 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 fit 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.* 19. *cum* §§. *ſeqq. l. pater.* 41. *hoc tit. l.* 2. *C. eod.* addo tertium, niſi pater præmortuus ſit. Itaque quod dicitur, in *l.* 1. §. *ult. eod.* filiæfam. 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 prætoria actio competit. *l.* 5. §. *illud.* 6. *& ſeq. eod.* Uſque adeo autem injuria, quæ liberis noſtris fit, ad nos pertinere intelligitur, ut etiamſi 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 latus uxoris ſibi quoque ſimul injuria illata ſit, *l.* 1. §. *ult. l. non ſolum.* 11. §. *quanquam.* 7. *l. eum qui.* 18. §. 2. *eod.* quod in ſponſo quoque & ſponſa receptum eſt, *l. item apud.* 15. §. *ſponſum.* 24. *eod.*

Filiæ alicujus, quæ 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 dignitatem participant. *l.* 8. *de ſenat.* Quare qui uxoris dignitatem violat, ſimul mariti dignitatem, quæ in ea ineſt, violare intelligitur: non contra: ὅτι ὁ ἀνὴρ ἐστὶ κεφαλὴ τῆς γυναικός. 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. VINN. Hæ rationes hodie non malæ ſunt: originem tamen hujus juris non indicant. Videtur potius ex iiſdem rationibus marito actio data ob injuriam uxori illatam, ob quas patri data propter injuriam filiof. factam. Uxores enim vetere jure fuiſſe loco filiarumfam. jam alibi demonſtravimus. vid. *Antiqu. noſtr. Rom.* 1, 10, 6. *p.* 135. Sed poſtea rejecto hoc principio, concluſio manſit, quemadmodum manſit prohibitio donationum inter virum & uxorem, ex eodem principio derivanda. HEIN.

Sed & ſocer, &c.] Itaque nomine injuriæ factæ filiæfam. nuptæ filiofam. quatuor perſonæ actionem habebunt; illa ipſa, pater ejus, & maritus & ſocer. Per *hunc text.* contra quem ſocero actionem denegat D. Tulden. *c.* 9.

TEXTUS.

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.*

COMMENTARIUS.

DUo 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 pugnus 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.* 15. §. *ſi quis.* 35. Ex quibus efficitur, leviorem injuriam ſervo factam, veluti ſi leviter percuſſus ſit, vel maledictum ei leviter, ad fugillationem domini factam non videri; alioqui

qui utique domino actio daretur. *d. l. item apud.* 35. junct. §. 44. Deinde ne atrociorem 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, graviorem injuriam, licet servo factam, & citra contemplationem domini, inultam non relinquit. Et esset sane perabsurdum, inultum prorsus 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.* 15. §. *prator.* 34. *cum seq. & §. prator.* 43. *cum seq.*

Textus.

De servo communi.

4. *Si communi servo injuria facta sit, æquum est, non pro ea parte, qua dominus quisque est, æstimationem injuriæ fieri, sed ex dominorum persona, quia ipsis sit injuria.*

Notæ.

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.

Commentarius.

OB 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. *infr. 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 quæritur, 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 arguunt, cum portiones officio judicis æstimari dicit.

Textus.

De servo fructuario.

5. *Quod si ususfructus in servo Titii est, proprietas Mævii, magis Mævio injuria fieri intelligitur.*

Commentarius.

SI 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.* 15. § *antepen. 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.* 15. §. *pen. eod.*

Textus.

De eo qui bona fide servit.

6. *Sed si libero homini, qui tibi bona fide servit, injuria facta sit, nulla tibi actio dabitur, 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.

SI iis, qui nobis bona fide serviunt, injuria facta sit, siquidem liberi sunt, nulla nobis actio competit; sed ipsi suo nomine experiri possunt: sin servi alieni, dominus injuriarum agit. Sed & hic si in contumeliam nostram pulsati sunt, non domino, sed nobis actio datur, *d. l. item apud.* 15. §. *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. *n.* 6. Schneid. *hic. num.* 2. Tulden. *cap.* 9.

Textus.

Pœna injuriarum ex l. XII. Tabb. & ex jure Prætorio.

7. *Pœna autem injuriarum ex lege* 12. *tabularum propter membrum quidem ruptum talio erat: propter os vero fractum nummariæ pœnæ erant constitutæ, quasi in magna veterum paupertate. Sed postea prætores permittebant ipsis, qui injuriam passi sunt, eam æstimare, ut judex vel tanti reum condemnet, quanti injuriam passus æstimaverit, vel minoris, prout ei visum fuerit. Sed pœna quidem*

dem injuriæ, quæ ex lege 12. *tabularum introducta eſt, in deſuetudinem abiit: quam autem prætores introduxerunt, (quæ etiam honoraria appellatur) in judiciis frequentatur. Nam ſecundum gradum dignitatis, vitæque honeſtatem, creſcit aut minuitur æſtimatio injuriæ. Qui gradus condemnationis & in ſervili perſona non immerito ſervatur, ut aliud in ſervo actore, aliud in medii actus homine, aliud in viliſſimo vel compedito jus æſtimationis conſtituatur.*

NOTÆ.

7. *In deſuetudinem abiit*] Cujus deſuetudinis cauſa fuit Veratius, homo inſigniter improbus, qui viginti quinque aſſibus datis pro oblectamento habebat os liberi hominis depalmare. Gell. *Noct. Lib.* XX. *cap.* 1.

COMMENTARIUS.

1. *Quæ quarum injuriarum pœna ex lege* 12 *tabb?*
2. *Inſtituto prætorum quomodo injuria vindicentur?*

1 INjuriæ & legibus coërcentur & edicto prætoris. Lex antiqua XII. tabularum de omni injuria nominatim cavit, de carmine ſeu libello famoſo; de membro rupto, de oſſe fracto, deque cæteris injuriis omnibus, quæ vel verbis fiunt, vel manu extra membri oſſiſve ruptionem, ut conſtat ex Gellio *lib.* 20. *noct.* 1. & Paulo *lib.* 5. *ſent.* 4. De pœna famoſi libelli dictum ſuperius §. 1. *hoc tit.* 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 Hotomanus, 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 ſimus; quoniam pœnæ legis duodecim diu exoleverunt, aliaque pœna à prætoribus ſubſtituta eſt, de qua mox videbimus. Cæterum & lex Cornelia, quæ manu fiunt, injurias coërcet, vid. §. *ſeq.*

Talio erat] Talio ſimilem ſeu reciprocam perpeſſionem ſignificat. Impp. dixere reciprocam pœnam, *l.* 3. *C. Theod. de exhib. reis.* Itaque per talionem parem vindictam lex permittit: quod etiam legi Moſaicæ conſentaneum eſt. *Exod.* 21. *Levit.* 22. *Deut.* 15. 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 depaciſci nollet, & acerbitatem talionis metueret, ad æſtimationem pecuniariam arbitrio judicis redigi neceſſario ſolitam: Nam ſi reus, qui depaciſci 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.

Nummariæ pœnæ] 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 nummariæ 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. Dionyſ. Halicarnaſ. *lib.* 1. Gell. *lib.* 11. *c.* 1. Plin. *lib.* 18. *cap.* 3.

Sed poſtea prætores] Injuriarum pœna inſtituto 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.* 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 aboleſcere & relinqui cenſuerunt, injuriiſque æſtimandis recuperatores ſe daturos edixerunt. 2

Secundum gradum dignitatis vitaque 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 competit*

petit 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 conducta, sive gratis, sive hospitio receptus sit.

COMMENTARIUS.

1. *Ex lege Cornelia criminale quidem injuriarum judicium, sed non publicum constitutum fuisse.*

TRes sunt causæ, ex quibus etiam lex Cornelia actionem injuriarum dedit, quod quis pulsatus verberatusve, domusve ejus vi introita sit. *l. 5. hoc tit.* Nam etsi actio prætoria ad omnes injurias pertinebat, tam quæ manu, *l. 7. §. 1. & 2. eod.* quam quæ verbis fiunt, 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 *tit. 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 hanc tulisse videtur L. Cornelius Sylla, quo tempore rempub. constituebat, bello civili & cædium impunitate ac proscriptione jactatam.

Pulsatus vel verberatus] Ofilius scribit, *verberare* esse cum dolore cædere, *pulsare*, sine dolore, *d. l. 5. §. 1. hoc tit.* Latinæ autem linguæ consuetudinem qui spectat, facile observabit, differentiam illam non perpetuo servari. VINN. Aliquando tamen & veteres auctores distinguunt τὸ *pulsare* & τὸ *verberare*, tanquam minus & majus. Vid. V. C. Car. Andr. Duker. *de Latinit. Vet. JCt. p.* 147. HEIN.

Domum autem accipimus] In lege Cornelia domus nomine etiam conducta & 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 cæsus; 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 personæ injuria æstimatur. Nonnunquam & locus vulneris atrocem injuriam facit, veluti si in oculo quis percussus fuerit. Parvi autem refert, utrum patrifamilias, an filiofamilias talis injuria facta sit: nam & hæc atrox injuria æstimabitur.*

COMMENTARIUS.

1. *Pœna injuriæ, magistratui, officiali aut apparitori facta, quatenus extendatur ex sententia interpretum?*

INjuria quædam levis est, quædam atrox. Quæ sit injuria levis, ex descriptione atrocis simul intelligetur. Atrocem injuriam accipimus quasi contumeliosiorem & majorem, *l. 7. §. atrocem. 7. hoc tit.* eaque vel specie talis 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 ll. 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 percussum, *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 aliquem afficere, facinus est indignissimum. Idem ergo dicendum est de foro & similibus locis, *h. text. & d. l. 9. §. 1. eod.* & denique si injuria facta sit ludis aut in conspectu magistratus; quæ ad circumstantiam temporis referuntur in *d. l. 7. § ult. eod.*

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 tit.* 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 pœna posse compesci, censent Decius in *c. ex literis. 11. x. de constit.* Menoch. *de arbitr. cas. 239.* quanquam alii interesse putant, utrum magistratui, ut cuilibet, an qua magistratui, id est, ad turbandam administrationem officii, aut in ultionem condemnationis rite per eum irrogatæ, aut ad seditionis initium incitamentumque quis injuriam inferat: id

il enim in seditionem cadere aut in legem Juliam de vi publica, cujus pœna est deportatio, *l.* 3. *l. qui dolo.* 10. *per tot ad l. Jul. de vi publ.* quibus assentior. Vide Tulden. *tit. C. de pœn.* Offendens apparitorem sive principis, sive senatus, sive alterius domini aut judicis inferioris, gravissime puniendus est, quod ea res ad publicam utilitatem tuendamque magistratuum 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 στέρησις ἀβίωτον βίον ἐργάζεται. Basil. *orat.* 36. Sed hæc species ad primam referri potest, quæ scilicet ipso facto atrox est.

Utrum patrisam. 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 filiisam. nomen non est nomen dignitatis.

TEXTUS.

De judicio Civili & Criminali.

10. *In summa, sciendum est, de omni injuria eum, qui passus est, posse vel criminaliter agere, vel civiliter. Et siquidem civiliter agatur, æstimatione facta, secundum quod dictum est, pœna reo imponitur. Sin autem criminaliter, officio judicis extraordinaria pœna 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 manifestius apparet.*

COMMENTARIUS.

1. *Actionem ad palinodiam, jure civili incognitam, civilem esse, non criminalem.*
2. *In actione criminali pœnam extra ordinem constitui. Civili electa hanc consumi, & 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 objiciente iracundia. §. *pœna.* 7. *supr. eo l.* Hæc autem pœna uti pecuniaria est, ita ipsi applicatur atque adjudicatur actori. Et ideo hæc actio opposita criminali civilis dicitur, quamvis prætoria sit ratione causæ efficientis. Porro quo- 1
niam 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 pœna infligatur, vel quicquam applicetur fisco: sed tantum, ut honori & existimationi ejus, qui læsus est, consulatur, & alioqui cumulatio ista non admitteretur. Mynsi. 2. *obs.* 98. Gail. 1. *obs.* 65. Wurmsi. 1. *pract. tit.* 47. *obs.* 8. Criminali actione poscitur vindicta in exemplum pu- 2
blicum, atque extra ordinem ex causa & persona arbitrio judicis pœna constituitur, reusque coërcetur vel in corpus, vel irrogatione mulctæ, non parti, ut fit in judicio civili, sed fisco applicandæ. *hoc text. d. l. ult. eod.* Utram autem ex his persecutionibus actor elegerit, una alteram consumit: Quia utraque ad eundem finem, id est, ad vindictam comparata est. *l.* 6. *l.* 7. §. 1. *eod. l. unic. C. quand. civ. act. crim. & ibi* Bart. *num.* 2. Gail. *d. obs. num* 1. Marant. *d. distinct. n.* 5. Matth. *d. loc. n.* 8. Sed & utroque judicio condemnatum sequitur infamia, *l.* 7. *in pr. h. t. l.* 1. *l.* 4. §. *ult de his qui not. inf. l. non damnatos.* 18. *C. eod.* Quam tamen evi- 3
tare 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. si reus.* 73. *de procur.* Gail. 2. *obs.* 102. *num.* 12. *& obs. seq. per tot.* Wurmser. *d. tit.* 47. *obs.* 5. *n.* 7. Wesemb. *parat. de his qui not. infam. n.* 9. Christin. *vol.* 4. *decis.* 202. *num.* 26. Quod nescio an juri nostro consentaneum sit. Nam textus in *d. l. si reus.* 73. *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. Gail. 1. *obs.* 65. *n.* 6. Wesemb. *cons.* 22. *num.* 26. Marq. Freher. *de exist. lib.* 3. *cap.* 8. *& seq.* Christin. *vol.* 4. *num.* 20. *decis.* 202. Equidem non ignoro, juris esse, ut gravior pœna ultra legem imposita existimationem conservet, quasi sententia de existimatione transactum sit. *l. quid ergo.* 13. §. *pen. de his qui not. infam. l.* 4. *C. eod.* Cæterum, si sententia pœnam 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.* 1. *de re judic.* Donell. 18. *comm.* 8.

Viri illustres & per procuratores] Ad actionem civilem quod attinet, agere quis injuriarum & per se & per pro-

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.* VINN. Et id ubique obſervatur, partim quia inſcriptio hodie ceſſat, partim quia non amplius aliquis uſus eſt dominii litis. Ceſſante autem cauſſa unica & adæquata, effectum etiam ceſſare oportere palam eſt. HEIN.

TEXTUS.

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 percuteretur.*

COMMENTARIUS.

ACtio 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. quæ notamus ad §. *illud. 7. ſupr. de mand.*

TEXTUS.

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 pœnitentia remiſſam injuriam non poterit recolere.*

COMMENTARIUS.

1. *Remiſſa injuria adhuc peti poſſe impenſas, &c.*
2. *Cur diſſimulatione injuria aboleatur?*
3. *An idem obtineat & in reali injuria?*
4. *Plures ſpecies tacitæ remiſſionis: inter eas non eſſe communionem cœnæ dominicæ.*
5. *Annus in actione injuriarum utiliſne intelligendus, an continuus: & ex quo tempore currat?*
6. *Actionem injuriarum ex lege Cornelia perpetuam eſſe.*

INjuriarum actio tollitur remiſſione injuriæ. Eaque vel expreſſa, puta ſi quis cum adverſario paciſcatur de lite, aut tranſigat: quod in actionibus, quæ ex contractu proficiſcuntur, facere licet etiam abſque infamiæ nota, *l. 7. hoc tit.* atque hoc modo ipſo etiam jure hæc actio tollitur. *l. ſi tibi. 17. §. 1. l. ſi unus. 27. §. 2. de pact. l. ſed ſi. 17. §. ſi ante. 6. hoc tit.* Quin & 1 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 2 & 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, & tacitè condonare ac remittere: atque hinc eſt, quod clauſula hæc libello inſeri ſolet, quod actor injuriam ſibi factam ad animum revocaverit. Hoc autem obtine- 3 re 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 & tacitæ remiſſionis 4 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 communione cœnæ dominicæ, ut definivit Curia Friſiæ, teſte D. Joan. à Sande *lib. 5. tit. 8. defin. 12.* Ant. Matth. *ff. ad h. tit. n. 15.* quem vide. Ναὶ ναί. Item ſi injuriam 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 exi- 5 ſtimat, Clar. *d. §. injuria. n. 9.* Mynſ. *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 prætoriis 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. præſcr. l. 3. §. ult. de accuſ.* tum ratione initii, quod non incipiat currere ignoranti aut experiri impedito, *d. l. 1. de div. & temp. præſc. l. 2. quis 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 & 8. hoc tit.* & alios quoſdam

dam rectè docent Gail. 2. *obs.* 105. Mynſ. 5. *obſ.* 7. *n.* 7. Fachin. 9. *cont.* 8. Chriſtin. *vol.* 4. *deciſ.* 202. *n.* 8. 9. *&* 10.

6 Plane, quod dicimus, actionem injuriarum anni ſpatio 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. Fachin. 9. *controv.* 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 Sande *lib.* 5. *titul.* 8. *defin.* 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 QUINTUS.

DE OBLIGATIONIBUS, QUÆ QUASI EX DELICTO NASCUNTUR.

Dig. Lib. 47. *Tit.* 5. *C. Lib.* 9. *Tit.* 3.

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 maleficio eſt proximum. Etenim ut quædam ſunt 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 æquè ex delicto obligetur, ac medicus male curans? & circa hoc mores hodierni.*
2. *Cui, adverſus quem, qua de re, ex hac cauſa actio detur?*
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 imperitiam 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 perpe- 1
ram 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 profitetur, in ea re culpæ adſcribitur. *l.* 9. §. *penult. l. item quæritur.* 13. §. *ſi gemma.* 5. *locat.* Denique caſus hic ſeparatus eſt à lege Aquilia, qua damnum corpori datum duntaxat coërcetur, §. *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. Tulden. *hic. cap.* 1. & Joſeph. Ludovic. *dec.* 1. *n.* 50. Baro *comment. part. alt.* 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. c.* 75. *Quid, ſi cum pro altero dicas, litem tuam facias? &c.*

Licet per imprudentiam] Judex male judicando litem ſuam facit, non tantum cum dolo malo inique 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

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 exsistima-
2 tione. *d. l. ult. de extr. cogn.* Hæc actio iis constituta est, qui ea sententia læsi sunt; proinde actori si reus injustè absolutus est; reo, si injuria est condemnatus: quod ex fine hujus actionis intelligitur, quippe quæ comparata est damni farciendi causa: aliis autem farciri non potest, quam quibus datum est. Ei, qui remedio appellationis utitur, quod hodie in casu proposito necessarium est, non est æquum adversus ju-
3 dicem, à quo appellavit, hanc actionem dari. Dolus judicis ut verum & infame delictum severius vindicatur: nam qui τῷ χείρονι μαίνων δώροις, largitione, odio, vel gratia depravatus iniquam sententiam dixisse arguitur, & famæ dispendium patitur, & veram litis 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 Juliæ repetundarum facit. *l.* 3. *&* 4. *de leg. Jul. rep.*

TEXTUS.

De dejectis, vel effusis, & positis aut suspensis.

1. *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 propriè ex maleficio obligatus intelligitur, quia plerumque ob alterius culpam tenetur, aut servi aut liberi. Cui similis est is, qui ea parte, 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, cæteraque impendia, quæ in curatione facta sunt: præterea operas, quibus caruit aut carituras est, ob id quod inutilis est factus.*

NOTÆ.

1. *Ob alterius culpam*] Habitator 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 dejiciatur aut effundatur, quod transeuntibus nocere possit, *l.* 5. §. *is quoque. pœn. de obl. & act.* Unde si quid dejectum effusumve alicui nocuit, constituta est à prætore 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 dejiceretur vel effunderetur, non in dominum ædium. Habitare autem dicimus vel in suo vel in conducto vel gratuito. Hospes plane non tenebitur; quia non ibi habitat, sed tantisper 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 interfit, 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 propriè ex maleficio] Cujus ex ædibus quid dejectum est, quod alicui nocuit, is propriè 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.* dejiceretur, peccasse aliquid intelligitur, & ideo quasi ex maleficio tenetur. VINN. De dejectis & effusis & ante Prætores cavisse legem Aquiliam, existimat V. A. Corn. van Bynkersh. *Obs.* 1, 13. immo ipsum caput legis Aquiliæ secundum ea de re egisse censet. Quæ si vera sunt, (sunt autem verosimillima,) eo majus robur accedet sententiæ eorum, qui L. Aquiliam & vera & quasi delicta vindicasse existimant. HEIN.

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. §. *is quoque.* 5. *de oblig. & act.* Et adversus eum, qui posuit, aut positum patitur, puta inquilinum

vel dominum, actio in factum in decem aureos datur, *l.* 5. §. *prætor ait.* 6. *cum seqq. de his qui dejec. vel effud.* Quæ actio popularis est, id est, cuivis è populo conceditur, *d. l.* 5. §. *ult.* 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 inficiantem in duplum datur, §. *sed furti.* 26. *in fin. de act.* nimirum prætor securitati 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 cum.* 5. *eod.* eaque de causa actio ex hac parte edicti popularis quoque est, & pecunia litem occupanti attribuitur, *d. l.* 5. §. *hoc autem.* 5. *eod.* junct. *l.* 12. *de verb. sign.*

Si vivat nocitumque ei esse dicatur] Hæc verba edicti; *si vivet nocitumque ei esse dicatur*, non pertinent ad damna, quæ in rem hominis liberi facta sunt, si forte vestimenta ejus, vel quid aliud sciissum ruptumve est: sed ad ea, quæ in corpus ejus admittuntur, *d. l.* 1. §. *hæc 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. §. *hæc 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. tit.* 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.*

TEXTUS.

De filiofam. seorsim habitante a 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.*

NOTÆ.

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 hîc 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.*

COMMENTARIUS.

1. *Cur in proposito in patrem de peculio actio non detur? & n.* 2.

SI ex filiifam. seorsum 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 1
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 maleficium vel ob quasi maleficium filiifam. ullo modo cum patre agi potest, non actione noxali, §. *ult. infr. de noxal. act.* non de peculio. *l. in pœnalibus.* 58. *de R. J.* Quippe pater filio peculium concedens præsumitur quidem velle & facto filii pro modo peculii obligari: cæterum non ex delicto aliove facto, quod pœnam meretur. Plane, si judicio cum filio actum sit, isque in certam summam condemnatus, jam pater quoque actione judicati de peculio conveniri potest, etiam 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 2
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.* 15. qui litem suam fecit, in tantam quantitatem pecuniæ teneri, quæ tunc in peculio fuit, cum sententiam dicebat, id quam rationem habeat, fateor me ignorare. Consuli tamen poterunt Accurs. *ad d. l.* Cujac. 13. *obs.* 18. Ant. Fab. *in rationalib.*

TEXTUS.

De damno aut furto, quod in navi, aut caupona, aut stabulo factum est.

3. *Item exercitor navis, aut cauponæ, 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 maleficium, 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*

opera malorum hominum uteretur, ideo quasi ex maleficio teneri videtur. In his autem casibus in factum actio competit; quæ hæredi quidem datur, adversus hæredem autem non competit.

NOTÆ.

3. *Item exercitor navis*] Ex Cajo *l.* 6. §. *ult. de obl. & act.* Pertinet huc pars altera edicti *nautæ, caupones, stabularii*, &c. cujus initium *l. pen.* §. *ult. d. t.*

De dolo] *d. l.* 5. §. *ult.* Cujac. & Hotom. *de damno*, auctoritatem Flor. codicis secuti, & sententiam *l.* 5. §. 1. *naut. caup.*

Caupona aut stabulo] Apparet stabulum hic non accipi pro caupona aut diversorio, ut alias sæpe; sed pro loco, ubi jumenta stabulantur, *l.* 5. *naut. caup. stabul.* pro ταμείῳ κτηνῶν.

COMMENTARIUS.

DE 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 hospitibus invecta aut illata salva fore receperunt. Constituta est in id, quanti ea res est, quæ salva non restituitur. *l.* 1. *naut. caup. stab.* Ex eadem causa est & actio civilis ex locato aut conducto aut depositi; nec tamen ideo otiosa est actio honoraria: quippe quæ etiam tunc locum habet, cum damnum datum est aut res periit 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 prætorem 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 text.* 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.* Illa 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 diversorio seu caupona aut πανδοχείῳ vel καταλύματι sæpe accipi, satis notum est. In hoc autem edicto, ubi prætor stabularios à cauponibus distinguit, significat locum, ubi jumenta stabulantur, *l.* 5. *ff. d. titul.* ταμεῖον κτηνῶν, ἱπποστάσιον, ὀνοστάσιον, 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 subsidiariis in factum actionibus vindicantur.

Hæredi quidem datur] *d. l. ult.* §. 1. *& ult. naut. caupon. stabul.* commune autem hoc est omnium actionum pœnalium, quod hæredibus quidem dentur, sed adversus hæredem non competant: neque enim æquum esset hæredem ex delicto defuncti pœnam sustinere, vid. *infr.* §. 1 *de perp. & temp. action.*

TITULUS SEXTUS.

DE ACTIONIBUS.

Dig. Lib. 44. *Tit.* 7. *C. Lib.* 4. *Tit.* 10.

Continuatio.

TEXTUS.

Supereſt, ut de Actionibus loquamur.

COMMENTARIUS.

1. *Ratio ordinis & continuationis.*
2. *Error veterum interpp. notatus.*
3. *Actio ut conſideranda, quatenus tertium juris objectum conſtituit?*
4. *Ex quo jure actiones proficiſcantur, accurata diſſertatio.*
5. *Actionis nomen quam late pateat?*
6. *Quot modis uſurpetur à noſtris? & quæ ſignificatio huc pertineat?*

Upereſt] 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

ter longam, quæ interceſſit, antecedentium partium
1 explicationem. Sed tamen ratio ordinis & continuationis partis ſequentis non uſque adeo obſcura eſt, quin facile ab homine non nimis luſcitioſo perviderí queat. Et nimirum reſpicit Imperator tum ad partitionem propoſitam in calce *tituli de jur. nat. gent. & civ.* qui ſecundus eſt libri primi hujus operis, quo loco totius juris noſtri tractationem ad tria capita, quæ totidem 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 oblig.* 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, ſupereſt adhuc tertium & poſtremum, actiones videli-
2 cet, 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. præced 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 obtinendi ejus, quod nobis debetur, à vinculo, quo ſe debitor
3 adſtringit, argumento & materia ſeparata eſt. Etenim quod omnino notandum eſt, actio in propoſita diſputatione non tam conſideratur, quatenus cujuſque eſt, dependens ex jure quæſito; 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 præſtetur, pervenitur & aufertur invitis; uno verbo, quatenus conſideratur ut inſtituenda exercendaque in judicio, ut rectè Ti-
4 mæus Fab. *diſp. de action. theſ.* 1. Vix interpretem inveneris, quin hic in veſtibulo quæſiturus ſit, ex quo jure actiones proficiſcantur, ex jurene gentium, an ex jure civili, id eſt, utrum cauſa actionum remota jus gentium ſit, an jus civile. Quæſtio minimè 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 dominii noſtri ſit, ſi id ſponte is, qui poſſidet, non reſtituat; vel quod in obligationem à nobis deductum, ſi id debitor non præſtet, obtinere liceat. Nam certe fruſtra ſis, ſi id voluntati permittatur & arbitrio poſſeſſoris aut debitoris; aut, quod reſtat, rixis, tumultibus, cædibus porta patefiet, 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, quenquam eſſe, qui juri gentium adſcripturus ſit ea, quibus conceſſis neceſſe ſit hominum ſocietatem everti. Præclarè Theodoricus Rex apud Caſſiodorum *lib. 4. var. epiſt.* 10. *Fœdum 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. extat. 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 accidentali, & 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 efficaciæ 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 jus 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 & determina-

minationem usus rectè dicantur esse juris civilis, ut & actiones: per *l. 6. de just. & jur.*

5 *De Actionibus*] Nomen actionis latissimè patere vulgo notum est, ac comprehendere omnem omnino viventis operationem, quæ passioni opponitur: denique & oratorum & histrionum & fabrorum actionem esse dicimus. Sed ne quis erret in varia hujus verbi significatione, quam habet etiam tunc cum ad usum forensem 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
6 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 fere utimur verbo accusationis, *l. penult. si ex nox. cauſ. ag. l. ultim. de privat. 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 prætoriæ, 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. pecuniæ.* 178. §. 2. *de verb. sign* Tertio pro genere communi 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 & hæ* 35. §. 2. *l. non solum.* 39. *de procur. d. l.* 178. §. 2. *de verb. sign.* Quarto & postremo strictissimè atque angustissime, ut solam denotet actionem in personam, *l. actio.* 28. *hoc tit. d. l.* 178. §. 2. *de verb. sign* ac tum fere opponitur petitioni, qua actio in rem significatur, ut in formula stipulationis Aquilianæ, §. 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 suprà dicta divisio, in qua actio constituitur tertium totius juris privati objectum. Cognata vocabula sunt, petitio, persecutio, formula, lis, causa, controversia, conventio, judicium: nam & vox judicii pro actione sæpe sumitur: ut videre est in *l. 1. & pass. ff. & C. fam. ercisc.* & prætor promiscuè nunc actionem, nunc judicium se daturum pollicetur.

TEXTUS.

Definitio.

Actio nihil aliud est, quam jus persequendi in judicio, quod sibi debetur.

NOTÆ.

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 quæsito 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. *Refutatur Hotom. qui formulam interpretatur.*
3. *Neminem posse quod sibi debetur, propria occupare auctoritate.*
4. *In jure fieri quæ dicebantur, quæ in judicio.*
5. *Repetitur res ab origine.*
6. *De quibus causis magistratus ipsi ex officio cognoscere soliti: in quo plerique hallucinantur.*
7. *Romam olim commune fuisse forum: nunc autem metropoles idem jus non habere.*
8. *Commune forum esse & locum domicilii: tum quod tempus hic inspiciendum.*
9. *Mos passim receptus.*
10. *Proprium forum quæ 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: quæ quid sint, simul docetur.*
15. *Item actioni injuriarum, & petitioni usurarum.*

ACtio 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 Latinè loquentes significat potestatem jure publico tributam; veluti cum dicimus, jus testandi, jus stipulandi, jus retinendi, jus eundi, agendi, utendi, fruendi, &c. Neque alia hoc loco quærenda huic verbo significatio est. Et malè omnino Hotomannus 2
formulam interpretatur. Etsi 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 adeatur: & quis non videt, actionem in proposito considerari, ut in persona creditoris radicata est, non ut actu in judicium deducta? atque ut maximè ut jam actu intentatam 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 & verbo-

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. recte 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 judicio] 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 persecutiones dicerentur. *l.* 178. §. 2. *de verb. sign.*

3 *In judicio*] His verbis indicatur, neminem sibi jus dicere posse, aut privata, quod sibi debetur, occupare auctoritate: sed si quis putet, se habere actionem, legitimo judicio eum cum adversario experiri debere, atque actionem suam proponere apud magistratum sive judicem, 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 fit apud competentem judicem ex ratione ac præcepto legum & justitiæ. Cæterum quo res tota plenius intelligatur, duo adhuc nobis explicanda sunt. 1. quid hæc verba *In judicio* significent. 2. quis dicatur judex competens. Primum quod attinet, diversa
4 veteribus sunt, *In jure* & *in judicio*. In jure fieri dicebant ea, quæ fiebant apud magistratum, antequam ad judicem iretur, vel quæ tota peragebantur apud prætorem, veluti ea, quæ cognitionis erant extraordinariæ, & cautiones, quæ à prætore postulabantur, puta damni infecti, vel legatorum: in judicio ea proprie, quæ expediebantur post litem contestatam apud judices datos sive pedaneos. Actio in jure à prætore dabatur, apud judicem recuperatoresve in judicio exercebatur. Cæterum mutato veteri procedendi ritu, ex quo ipsi magistratus judicare jussi sunt, *l.* 2. *C. de pedan. jud.* perexiguus hujus differentiæ usus esse cœpit: nisi quis putet, adhuc dici debere in jure fieri, quæ fiunt ante litem contestatam, & prætor ipse olim explicabat; in judicio, quæ postea fiunt, licet apud eundem magistratum omnia expediantur. VINN. Multo accuratius hæc omnia exponuntur à Celeberrimo Ger. Noodtio, *lib* 1. *de jurisd. cap.* VI. & VIII. ubi docuit, prætorem de jure; judicem de facto cognovisse, & hoc institutum ipsi urbi fuisse coævum, siquidem Dionys. Halic. *lib.* 11. refert Romulum quædam per se cognovisse, quædam per judices. Unde cadit conjectura auctoris nostri, quam sequente *num.*
5 5. proponit. HEIN. Operæ pretium est, rem ab origine repetere. Initio quidem prætorem ipsum, utpote juri dicundo 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 & judicium susciperent. Horum judicum varia fuere nomina. Dicuntur judices dati, delegati, pedanei, speciales, addicti, selecti, disceptatores, recuperatores, in judiciis bonæ fidei etiam arbitri: de quorum nominum ratione consulantur Scip. Gent. 2. *de jurisd.* 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 judices habebant, sed nudam duntaxat notionem, hoc est cognoscendi tantum, & judicandi potestatem sine imperio aut jure sententiæ exequendæ; & simul ac sententiam dixissent, judices esse desinebant, *l.* 5. *l.* 15. *l. judex.* 55. *de re jud.* Apud hos judicium exerceri proprie dicebatur, & ipsi specialiter judices appellari & à magistratibus separari solent, *d. l.* 15. *& 55. de re jud. l.* 2. *de reg. jur. l.* 1. *& l.* 3. *de jurisd.* Usque adeo vero hæc ratio dandorum judicum invaluerat, ut vix ipse prætor judicium 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 tut. dat. l. ult. de off. prat. l.* 8. *& 9. de off. præf. 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 judicet, judicarive jubeat, prætor esto.* Quod in medio relinquimus. Illud constat, ex- 6
ceptas fuisse nonnullas causas, de quibus ipsi magistratus ex officio cognoscebant, non judicem dabant; quæ cognitiones prætoriæ, & extraordinariæ dicebantur, propterea quod præter morem judiciorum ordinarium atque usitatum, sine solemnibus & strepitu judicii, sine formula, hæ 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 judicem mitti dicuntur, *l.* 8. §. 1. *& l.* 9. *de lib. ca.* passimque judicis liberalis causæ, qui de libertate cognoturus est, mentionem fieri videmus, ut in *l.* 7. §. 1. *& seqq. l.* 41. §. 1. *de lib. ca. l. servus* 34. §. *ult. verf. quid ergo. de statulib. l.* 7. §. 1. *in fin. de hared. pet.* Plautus recuperatorum semper meminit in *Rud & Bacch.* & Sueton. in *Vespas. c.* 3. refert, *Flaviam quandam Domitil-*

mitillam ingenuam & civem Romanam recuperatorio judicio pronuntiatam. Nec multum movet, quod traditum est in *l. non distinguemus.* 32. §. *de liberali.* 7. *de recept. arbitr.* causam liberalem majores judices poscere, quam sint compromissarii, vel quia etiam judices à prætore delegati majores sunt arbitris, qui constituuntur mera conventione privata: vel quia Jurisconsultus non simplicem cognitionem & decisionem causæ considerat, quæ sola pertinet ad officium judicis dati: sed totam causæ tractationem, & in hac etiam partes prætoris, qui lite primum apud se contestata formulam ipse concipit & judicium judicemque constituit. Atque his insuper argumentum præbet *l.* 1. *C. de off. prat.* ubi Constantinus causam liberalem propriam facit prætoris, quod frustra fecisset, nisi antea fuisset judicii ordinarii, add. Ræv. 3. *var.* 20. Hotoman. 6. *obs.* 6. Sed nec interdicta huc pertinent, ut constat ex *orat. pro Cæcin.* item ex *l.* 1. §. 2. *si ventr. nom. m. l. 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 refelluntur, qui negant, ex causa interdicti formulam aut actionem datam fuisse. Postea ratio judiciorum mutata est, & injuncta causarum omnium cognitio ipsis magistratibus, extra quam si vel occupationibus publicis vel multitudine causarum ipsi cognoscere impediantur, *l.* 2. *C. de ped. jud.* aut ea negotii sit vilitas, ut non admodum notionem magistratus requirat, *l. ult. C. dict. tit.* quo respiciens Justinianus, ait, judicia omnia suo tempore extraordinaria fuisse, §. *ult. Inst. de interd.* In judicio igitur sic nunc interpretabimur apud prætorem sive magistratum, qui dum jus dicit ac reddit, rectè judex appellatur, & cui soli nunc judicandi munus incumbit. Alterum quod hic explicandum erat, est, quis sit judex competens: neque enim promiscue apud quemvis judicem quævis actio institui potest, sed apud eum solum, cujus de ea re, qua de agitur, notio
7 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.* 33. *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 regiæ urbes seu metropoles jus istud commu-
8 nis fori non habent. Commune forum item recte dixeris, in quo quisque conveniri potest quacunque ex causa: quale forum tribuit locus domicilii: & est notandum, circa locum domicilii non tantum inspici locum, in quo reus habitat tempore movendæ actionis, sed etiam in quo 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 quæratur, cum quo forte alias non contraxisset, jus illud creditori facto debitoris adimi non debet. Moribus in 9
Belgio & aliis regionibus dudum invaluit, ob summam difficultatem, quæ sæpe est, sequendi debitores exteros, ut ii quovis loco deprehensi detineri judicioque sisti queant. Gudel. *lib.* 4. *cap.* 2. late Peck. *in tractat. de jur. sistend.* Proprium forum est, quod præ- 10
ter 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 reperiatur; per *l.* 2. §. 4. *l.* 19. *in pr. & §.* 1. *l. argentarium.* 45. *de judic.* textus est in *cap.* 1. §. *contrahentes.* 3. *x. de for. comp. in* 6. Covar. *pr. quæst.* 10. *num.* 3. Sichard. & Vultejus *in l.* 2. *C. de jurisd.* Anton. Fab. *C. suo, ubi conv. qui cert. loc. defin.* 4. & siquidem in contrahendo dictum non sit, quo loco rem præstari oporteat, is locus contractus intelligitur, in quo res gesta est, *dict. l.* 19. §. 1. *dict. 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. poss. l. contraxisse.* 21. *de obl. & act.* In Francia & his regionibus non inspicimus locum contractus, nec solutionis, sed domicilii debitoris, juxta *l. exigere.* 65. *de judic.* sic ut *l. hæres.* 19. *de jud. l.* 3. *de reb. auct. jud. poss. l.* 21. *de obl. & act.* non sint receptæ, secundum ea, quæ tradit Imbert. & alii allegati à Christin. *vol.* 2. *dec.* 164. In actionibus in rem speciale forum tribuit 11
locus, in quo res sitæ sunt. Est enim constans hæc fere omnium interpretum sententia usuque 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 obscurum in *l.* 3. *C. ubi in rem act. fac. l. un. C. ubi de hered.* 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 scil. in quo sunt constitutæ; ibi reum conveniendum esse, ibi se defendere debere: conventum in loco domicilii non cogi judicium 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, eo 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 præstatione 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 mutuam sibi operam præstare debent, considerare debuit Donellus, non esse ex ratione juris Romani in judiciis realibus ordinariam hanc procedendi atque exequendi viam, ut possessori restituere jusso, nec parenti res ipsa manu militari auferatur, sed ut damnetur quanti in litem actor juraverit, *l. ejus rei.* 46. *cum seq. de rei vind.*

l. 5. *l.* 8. *de in lit. jur.* Quæſtiones criminum ubi exer-
12 ceantur docet *l.* 1. *l.* 2. *cum auth. ſeq. C. ubi de crim.* Illud obiter adjicio, poſſe eum, qui per ſe competens non eſt, ex accidenti competentem fieri, idque vel propter judicium jam cœptum, vel propter prorogationem juriſdictionis. Cœpti judicii hæc vis eſt, tum ut actorem mutuæ petitioni ſeu reconventioni, ut nunc in foro loquimur, obnoxium reddat, hoc eſt, ut mutuas rei actiones ibi excipere cogatur, ubi ipſe litem movit, tametſi prius ibi conveniri non potuiſſet, *l.* 22. *de judic. l.* 14. *C. de ſent. & interl.* tum ut litigatores retineat in judicio conjuncto. Conjuncta autem judicia hac 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 judicium excipere non cogeretur, ne cauſæ continentia dividatur, *l. nulli.* 10. *C. de jud.* Moribus tamen disjunctos cernimus iſtarum cauſarum judices: quippe interdicta poſſeſſoria in conciliis provincialibus ſolent tractari: quæſtiones vero proprietatis apud cujuſque loci magiſtratum. Gudelin. *lib.* 4. *c.* 2. ubi de foro competente late & eleganter diſputat. *art.* 19. *inſtr. ſupr. Holland. cur.* Prorogatur juriſdictio, cum alius judex, quam cujus notio eſt, ex conventione aditur, *l.* 18. *de juriſd. l.* 1. *de judic.* de quo conſule DD. *ad d. l.* 1. *& c. ſi diligenti.* 12. *x. de for. comp* Chriſtin. *vol.* 2. *dec.* 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.*
13 *ſcribit.* 34 *in pr. de aur. arg. leg.* Sed quid prohibet verbum debendi laxius accipere, ut debere quiſque dicatur, quod jure præſtare tenetur, quamvis facto ſuo ad id ſe non obſtrinxerit? Convenit certe hoc & partitioni juris initio propoſitæ, & præſenti inſtituto Juſtiniani, ut divifio in continenti ſubjecta clare oſtendit. Nec deeſt veterum auctoritas: nam & Ulpian. in *l. pecunia.* 178. §. *ult.* ſcribit, hoc verbum *debuit*, 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.
14 §. *quod illicite.* 5. *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. act.* 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. act. 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 præmii loco pars aliqua datur actori, *l.* 25. §. *ex hoc edicto.* 2. *de Senatuſc. Syllan. l. ult. de term. mot.* Cæterum quia hæ actiones ita propoſitæ ſunt, ut ejus demum, qui eas occuparet litem conteſtando, propriæ fierent, eique ſoli pœna præſtaretur, inde eſt, quod qui habet actionem popularem, non intelligitur 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 quatenus jam occupatæ vel etiam occupandæ per litis conteſtationem, ad definitionem pertinent. Idque menti Juſtiniani omnino conveniens eſt, qui & *ſup. tit. præced.* §. 1. *& infr. hoc eod. tit.* §. 12. populares aliquot actiones proponit. Eadem fere ratio eſſe videtur & actionis injuriarum. Hæc ante litem con- 15
teſtatam 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. §. 1. *de act. empt. l.* 4. *C. depoſ.* id non ſignificat, uſuras non deberi, aut nullam uſurarum nomine actionem eſſe, ſed non deberi principaliter, nec eſſe propriam actionem, qua principaliter petantur, ſed ſortis duntaxat, qua mota & ipſæ per conſequentiam officio judicis veniant.

TEXTUS.

Diviſio prima.

1. *Omnium autem actionum, quibus inter aliquos apud judices arbitroſve de quacunque re quæritur, 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 proditæ 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 proditæ actiones in rem ſunt: veluti ſi rem corporalem poſſideat quis, quam Titius ſuam eſſe affirmet, poſſeſſor autem dominum ejus ſe eſſe dicat: nam ſi Titius ſuam eſſe intendat, in rem actio eſt.*

NOTÆ.

1. *Judices arbitroſve*] Judicum nomine intelligit judices addictos actionibus ſtricti juris; arbitrorum addictos judiciis bonæ fidei, *l.* 15. *de re jud. l.* 7. *de leg.*

Jul.

Jul. rep. quanquam & arbitri ex compromiſſo ſumpti huc pertinent, *l.* 1. *de rec. arbitr.*

Quo caſu proditæ 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 κατ' ἐξοχὴν dicitur rei vindicatio titt. *D.* & *C. de rei vindic.* ſoli competit vero rei domino, *l.* 23. *eod.* Utilis tamen emphyteutæ & ſuperficiario datur, *l.* 1. §. 1. *ſi ag. vect. l.* 74. *de rei vind.*

Poſſeſſor dominum ſe dicat] Aut utique neget petitorem dominum eſſe: nam ut contra vindicet, non eſt neceſſarium, §. 4. *inf. de interd. l.* 4. *C. de edend.*

COMMENTARIUS.

1. *Diviſionem hic propoſitam non à materia, ſed à cauſa efficiente ſumptam eſſe.*
2. *Indicatur cauſa efficiens ſeu jus, unde actio & in rem & in perſonam manat.*
3. *Perſonæ ad conſtituendum judicium neceſſariæ.*
4. *Quam varie nomina hæc, judex & arbiter, accipiantur, 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, quæ dicuntur in rem ſcriptæ, 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 quæ eſt in rem circa cauſam libello complectendam.*
12. *Actiones in perſonam, quæ nec ex contractu nec ex maleficio originem trahere videntur.*
13. *Formulæ in actionibus in perſonam uſitatæ, & quali 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 competat principalis illa, qua de hic agitur?*
16. *Quæ petitori in hac actione probanda ad fundandam intentionem? & primum de dominio.*
17. *Neceſſe eſſe ad fundandam actionem, ut his, cum quo in rem agatur, poſſideat. Quam late verbum poſſeſſionis hic accipiatur? Aliaque non paſſim obvia.*
18. *Poſſeſſorem non compelli, ut contra vindicet, diſſertatio adverſus D. Contium.*
19. *Petitio hujus actionis propria: & qui exitus?*

PRoponuntur 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 & 1 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 cæteræ, quæ noſtræ ſunt, aut nobis 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. fiſc.* 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. fiſc.* quia fiſcus jure extraordinario privilegii ſui rem aufert, non cum obligato ex contractu aliquo fœneratitio agit. At cum utraque actione & res petatur & perſona conveniatur, qui fit, 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 2 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 duæ in univerſum diverſæ actionum ſpecies inde manarunt, ſive duo remedia ad jus illud judicio perſequendum. *Jus in re*, quod obiter hic inculcandum, multiplex, dominium tum directum tum utile, uſusfructus, 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 diverſa 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 convenitur, 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,

miſit, 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 deſierit. *l. ſin autem.* 27. §. 1. *l. ult. de rei vind.*

3 *Quibus inter aliquos apud judices*] Tribus his verbis breviter comprehenduntur tres illæ perſonæ, quæ ad conſtituendum judicium neceſſario requiruntur, actor, reus, judex. Actor & reus litigatores ſunt, inter quos res agitur, & quorum ille eſt, qui litem intendit, hic, qui excipit. Græci φεύγοντα appellant, & more Græcorum noſtri aliquando partem fugientem, *l. 2. C. de jurejur. prop. cal. l.* 13. §. 2. *C. de judic.* Judex, apud quem res agitur, qui idem cauſam cognoſcit, & litem auctoritate ſua dirimit. Unde judicium non male definitur legitima rei controverſæ inter actorem & reum apud judicem tractatio, in eum finem inſtituta, ut lites publica auctoritate ſopiantur.

4 *Judices arbitroſve*] Nomina hæc judex & arbiter non eodem ſemper modo accipiuntur, nec per ſe poſita, nec conjuncta, ut hoc loco. Utrumque autem vel proprie accipitur, vel improprie. Judex proprie dicitur, qui ita judicat, ut in eo munere publico fungatur. Etenim judicandi munus publicum eſt. *l. quippe.* 78. *ff. de judic. l. ult.* §. *judicandi.* 14. *de mun. & hon.* Atque hinc judices omnes dicuntur habere notionem, id eſt, poteſtatem cognoſcendi jure publico conſtitutam. *l.* 5. *de re jud.* Improprie judices dicuntur arbitri, qui ex conſenſu litigatorum & compromiſſo ſumuntur: quippe conſenſus privatorum judicem facere non poteſt. *l.* 3. *C. de juriſd.* Appellantur autem judices propter affinitatem, quam cum veris judicibus habent, eo quod partibus judicis fungantur, & arbitria ad ſimilitudinem judiciorum redacta ſint, *l. l.* 13. §. 2. *de rec. arbitr. l. pen. ff. l.* 14. *C. de judic.* ac tametſi ſententiæ eorum executioni mandari non ſoleant, effectum tamen aliquem habeant vi ſtipulationis pœnalis. Arbitri proprie & plerumque dicuntur iidem illi, quos diximus, judices voluntarii & compromiſſarii. Non eſt tamen infrequens ut veri quoque judices arbitri dicantur, ut plurimum autem illi, qui ex bonæ fidei judicio cognoſcunt, & maxime in judiciis diviſoriis familiæ erciſcundæ & communi dividundo: unde & judicia ipſa arbitria. *l.* 24. *depoſ. l. arbitrium.* 43. *l. ult. ff. l.* 15. *l.* 17. *C. famil. erciſc. l.* 18. *ff. l.* 3. *C. comm. divid. l. pro ſocio.* 38. *ff. pro ſoc.* Sic autem appellati ſunt hujus generis judices, 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 judicis etiam tunc cum proprie uſurpatur, aliquando generaliter accipitur, ut eo contineantur omnes, qui cognoſcendi & judicandi poteſtatem habent, ſive eam habeant jure magiſtratus, aut vi alicujus juriſdictionis, *l.* 1. *de judic. tot. tit. C. de juriſd. omn. jud. tit. ff. & C. de reb. auth. jud. poſſeſſ.* ſive jure nudæ notionis, ut judices pedanei; aliquando ſpecialiter pro pedaneis judicibus duntaxat, hoc eſt, iis, qui dati ſunt à magiſtratibus, aliiſve, qui jus dandi judicem 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 privatis.* 77. *de judic. l.* 15. *l. judex.* 55. *de re judic. l.* 2. *de reg. jur.* Cujus tamen diſtinctionis non tantus eſt hodie uſus, quantus olim fuit; cum judicis 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, judices arbitrive & maxime cum additur, à magiſtratu dati, ut in *l.* 15. *de re jud. l.* 7. *de leg. Jul. rep.* Quod cum fit, judicis nomen in ſpecie accipitur, reſtringiturque ad certos tantum judices, datos quidem à magiſtratu, ſed in judiciis ſtricti juris, poteſtate judicandi certa formula, quam excedere non liceat, circumſcripta. Sicut per nomen oppoſitum arbitri judices item veros tunc intelligimus, ſed qui addicti ſunt bonæ fidei judiciis, 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 *lib.* 3. *de benef. cap.* 3. ſic ſcribit; *Melior videtur conditio cauſæ bonæ, ſi ad judicem, quam ſi ad arbitrum mittatur, quia illum formula includit, & certos, quos non excedat, terminos ponit, hujus libera & nullis conſtricta vinculis religio eſt.* Plane, cum ſimpliciter hæ voces, judex & 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 judice 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 judices, nec aliter arbitria eorum rata ſunt, quam ſi ordine judiciario, id eſt, cauſa more judiciorum agitata & cognita, ad ſententiam ferendam proceſſerint. *l.* 1. *de rec. arb.* VINN. Quam diverſa fuerit judicum arbitrorumque poteſtas, ex ipſis formulis, quibus dari ſolebant, patet. Judex in ſtricti juris judiciis ita dabatur: *C. Aquili, judex eſto, ſi paret Catulum Servilio debere centum, tu illum in centum condemna.* Nihil itaque hic poterat judex præter formulam, ſed ex formula condemnabat tanquam *ad libellam*, ut ait Cic. *pro Q. Roſc. cap.* 4. Contra arbiter in judiciis bonæ fidei ita dabatur: *Si paret, Catulum Servilio domum vendidiſſe, tum quantum Catulo Servilium ob eam rem dare ex fide bona oportet, tanti damnetur.* In arbitrariis denique: *Arbiter eſto: & ſi paret, Mævium veſtem Servilii habere, neque is arbitrio tuo exhibuerit, tum quantum in litem Servilius juraverit, tanti damnato.* Hic ergo aliquid arbitrio arbitri vel judicis erat relictum, ut poſſet & uſurarum habere rationem, & exceptionum, quamvis formula non comprehenderentur. Add. Sigon. *de Judic.* 1, 24. HEIN. Enimvero nihil 5
huc pertinent arbitratores, quos vocant. Quippe qui non ut judices 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 ſeq. pro ſoc. l. ult.*

C. de

C. de contr. empt. nullus autem locus dari poteſt, quo lis aliqua deciſa arbitratoris interventu dicatur. Et commentitia eſt, prorſuſque aliena à ratione juris civilis interpp. diſtinctio, qui duo arbitrorum genera faciunt, arbitros & arbitratores, quorum illi tanquam judices ſervato ordine judiciorum procedant, hi ſine ſolemnibus litem amice ex æquo & bono componant, ut poſt Coraſ. 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. *inſ. eod.* actiones ſcil. mixtas, cujuſmodi ſint actio familiæ erciſcundæ, 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 hær. pet.* junctaque tribus præcedentibus quadrigam illam mixtarum tam in rem quam in perſonam actionum efficit, de qua Cujac. *par. C.* 6 *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 bimembrem facit, uno membro omiſſo, quod ad perfectionem totius non minus, quam duo illa, quæ poſita ſunt, pertineat. Nec accipio reſponſionem quorundam, qui fatentur quidem, rectius 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 inſuper habendas. Hæc enim reſponſio, 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 condictio appellatur: tranſitque deinde ad alia, miſcelli generis nulla facta mentione: vitioſe omnino, ſi præter duo iſta genera, quæ proponit, adhuc tertium genus actionis ſuperſit, ab utroque diſtinctum. Ego ſic ſentio, 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 erciſcundæ, 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 hær. 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 diſerte 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 cenſeri 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 quæratur, 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 erciſcundæ & 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. erciſc.* Ex contrario in *dict. l.* 25. §. *antepen.* ſic Ulp. *Petitio hæreditatis etſi 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 & pecuniæ 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, actiones haſce etiam ratione eſſentiæ ſuæ & originis mixtas eſſe; quia naſcantur ex duplici eoque diverſo principio, dominio ſcil. & obligatione: nam præterquam quod hoc à mente veterum longe alienum eſt, (cur enim illi petitionem hæreditatis actionem in rem eſſe dicerent, actionem autem finium regundorum in perſonam, ſi illa æque in perſonam, hæc æquè 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 hæreditatis, hæreditas ipſa, & præſtationes, quas diximus, perſonales, quatenus illa petitur, actionem iſtam ait in rem eſſe, utpote quæ naſcatur ex jure dominii, eique ſoli competat, qui ſe hæredem, id eſt, hæreditatem ſuam, eſſe intendit: quatenus vero eadem actione hæres petit, ſibi præſtari pretia rerum venditarum, eave, 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 dividundo, 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 ante dixi, petitio hæreditatis 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, quo facto ſuo ſe obſtrinxerit poſſeſſor hæreditatis; quem conſtat quaſi rem ſuam gerentem nemini ſe obligare voluiſſe: *l.* 14. §. 1. *comm. divid.* ſed quarum nomine is, qui petitione hæreditatis convenitur, perinde ac quiſque, qui ſe obligavit, tenetur: hoc eſt, etiamſi, exempli gratia, pecuniam exactam non poſſideat, nec dolo poſſidere deſierit, *l.* 20. §. *ult. de har. pet.* & omnino ut debitor generis, non ſpeciei: atque hoc demum reſpectu mixta perſonalis hæc actio dicitur in *l.* 7. *C. de har. pet.* Contra actiones familiæ erciſcundæ & communi dividundo in perſonam ſunt, non deſcendentes ex dominio ſimul & obligatione, ſed ex obligatione duntaxat, quam una parit rerum ſuſcepta communio, quæque non minus ſocium obligat ad patiendam rerum diviſionem, adjudicationeſque & condemnationes, quam ad præſtationes lucri, damni, impenſarum, manentem in communione. 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 ſit, ut
7 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 ſi.* 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 obſervarunt viri eruditi. Duar. *ad l.* 7. §. *pactorum.* 8. *ff. de pact. & ad tit. quod met. ca. cap.* 3. Donell. *hoc loco, & 15. comm.* 38. VINN. Quamvis quæſtio illa, denturne actiones mixtæ? non adeo magni momenti ſit, & ipſi alio loco oſtenderimus, poſſe doctrinam de actionibus & ſine hac diſtinctione explicari: non tamen exiſtimo abſurdam eſſe eorum ſententiam, qui mixtas actiones reperiri contendunt. Nam (1) quamvis & Ulp. *l.* 25. *ff. de O. & A.* & Tribonianus hoc §. actiones in duo ſumma genera partiantur: nihil tamen in jure noſtro frequentius eſt, quam ob ſpecies, quæ mixtam cauſſam habent, modo bipertitam, modo tripartitam dari diviſionem. Vid. Noodt *Probab.* 1, 12. (2.) Quamvis petitio hereditatis naſcatur ex jure hereditario ſimul, tamen etiam pro fundamento habet quaſi contractum, puta adminiſtrationem rei alienæ arg. *l.* 1. *l.* 3. *l.* 10. §. 1. *l.* 25. §. 11. *l.* 50. §. 1. *ff. h. t.* (3.) Ita & judicia diviſoria manifeſto & jus in re ponunt & obligationem ex quaſi contractu. Unde non nude in *perſonam* eſſe dicuntur hæ actiones, ſed *pro rei vindicatione l.* 1. *ff. fin reg.* & ſpeciatim judicium communi dividundo *magis ex re, quam ex perſona ſocii, naſci* dicitur. *l.* 29. *pr. ff. comm. div.* (4.) Non abſurdum eſt, veteres JCtos hereditatis petitionem realem; judicia diviſoria perſonalia dixiſſe, quamvis mixtæ ſint naturæ. Denominationem enim ſæpe in mixtis ab eo ſumimus; quod prævalet. Et ſufficit mixtas has actiones diſerte appellari in §. 20. *h. t.* & *l.* 7. *C. de her. petit.* Non enim ſane ob finem ita dicuntur, ſed quia duplex hic eſt cauſſa petendi: jus in re & obligatio. HEIN.

Cum eo qui obligatus] Deſcriptio actionis in perſonam 8
exprimens definitionem, quæ traditur in *l. actionum.* 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 conventione fieri poſſit, ut vel alius obligetur, vel alteri obligatio aut actio acquiratur, §. 3. 4. & 18. *de inut. 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. dicto tit.* At enim vero etſi ex ra- 9
tione juris creditor nomen alienare non poteſt hoc effectu, ut actio vel obligatio ad eum modum transferatur, quo res corporales, & quæ dominii 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 facto emptor procurator in rem ſuam conſtituitur, manentibus directis actionibus apud venditorem, cujus nomine

mine eas in rem ſuam exerceat. Sed & non ceſſis 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 hæred. vel act. vend. l.* 18. *C. de legat.* de quo fuſe & ſubtiliter differit Bachov. *de action. diſp.* 4. *theſ.* 2. *&* 3. In actione in rem utramque contrario modo ſe habet: nam cum ea non ex alia cauſa naſcatur, quam ex dominio aut ſimili in rem jure; hoc autem jus à domino 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 quæritur, 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 abſolutè 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, quæ tibi dedi mutua.* In actionibus in rem ſufficit cauſam communem dicere, hoc eſt, ſe dominum eſſe, etſi non adjiciat 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 exprimatur, nihil de eo reus ſtatuere poteſt. Plane nomen actionis libello complecti nihil neceſſe eſt, cum id appoſita 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 maleficium comprehendatur, §. 10. §. 18. *& ſeq. inſ. hoc tit.* §. 1. *inſ. de perp. & tempor. action. l.* 16. *de neg. geſt. l. ex contractibus.* 49. *de oblig. & act.* Atque hæ 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 ſubſidiariæ, §. *ult. ſupr. de leg. Aquil. l.* 23. §. *item quæcumque.* 5. *l. cum autem.* 52. *de rei vind. c.* 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, quâ tenetur poſſeſſor malæ fidei nomine conſumptorum fructuum, *l.* 3. *C. de condict. ex leg.* Sed neque actio de peculio propriè 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 obligatorio naſci conſtat, ſed dari tantum ob ſummam æquitatem conjunctam cum utilitate publica & civili, quia ſcilic. quiſque tenetur præſtare, quod illi nullo modo noceat, alteri etiam proſit ad obtinendum quod ſibi debetur, *l.* 2. §. 5. *in fin. de aq. pluv. arc.* Pulchre Oldend. *Claſſ.* 3. *act.* 1. *quæſt.* 2. Poſtremo nec omnis obligatio aut actio, quæ ex conventione eſt, ex contractu deſcendit; veluti quæ naſcuntur ex pactis legitimis: atque hæc fortaſſis cauſa eſt, cur Cajus, in *l.* 1. *pr. hoc tit.* fontes obligationum indicans, cum contractus & maleficii mentionem feciſſet, reliquas dicat naſci proprio quodam jure ex variis cauſarum figuris: reviſe quæ notamus *ſupr. ad* §. *ult. de obl.*

Dare aut facere oportere] Verba ſunt vulgaris & uſitatæ in actionibus in perſonam formulæ; in qua verbum *dare* dominii tranſlationem ſignificat, §. 14. *infr. l. ubi autem.* 75. §. *ultim. de V. O. l.* 25. §. 1. *de contr. emp.* verbum *facere*, nudum factum, ut inſulam ædificari, rem tradi, *l.* 28. *l.* 72. *in pr. d. l.* 75. §. 7. *de V. O.* uti & in diviſione ſtipulationum, *l.* 2. *pr. d. titul.* §. *ultim. Inſtit. eodem.* Ait *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 axiomate 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. Inſtit. 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 inſertum fuit formulæ, hoc fortè modo: *ſi paret Mævium facere debuiſſe, nec feciſſe, quanti intereſt, condemnetur:* 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 τῷ *facere*;

cere, & ad id quod intereſt, referatur.

14 *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 condictiones: 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; *Aio te facere oportere*, tam latè accipi poſſe, ut eo contineatur etiam rei traditio aut reſtitutio; 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 diviſoriis, quas perſonalibus veteres annumerant, alia formula principalis intentionis fuit, §. *quadam.* 20. *inf. eodem.* Quamobrem rectè opinor Theophilum verba Juſtiniani & aliis quibuſdam modis reddidiſſe; ἢ ἑτέροις δὲ τρόποις δυνατὸν γενέσθαι τὴν ἀγωγήν. *Sed & aliis 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. theſ.* 1.

15 *Qui nullo jure ei 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 dominii, 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 vind.* Igitur emphyteutæ & ſuperficiario, qui veri domini non ſunt, non datur: at his datur in rem utilis, *l.* 1. §. 1. *ſi ag. vect. l.* 74. *de rei vind.* 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.

Rem corporalem poſſideat, quam Titius ſuam eſſe, &c.] 16 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 vind.* Primum, quod hic intendit actor & probare debet, eſt, ſe dominum eſſe: etenim cauſa petendi, in actione in rem tota fundata eſt in jure dominii, 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 ſupervenîſſe. Jure Canonum res definita eſt, nimirum poſſeſſorem nihilominus condemnandum eſſe, *cap. Abbate.* 3. *x. de rejud. in* 6. At quæritur 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 retrotrahi 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 judex datus in hac ſpecie procedere ad condemnationem; ſed nova formula à prætore impetranda, novumque conſtituendum judicium eſt, *d. l.* 23. junct. *l.* 18. *ff. comm. 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 condemnetur. Et cur vero abſolveretur mox alio judicio ab eodem condemnandus? Continuatio certè dominii 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 & Jaſ. *hic. num.* 69. ex communi DD. ſententia. Alterum, quod ad inſti- 17
tuendam & 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

quæ arbitraria eſt, officio quoque judicis contineatur, ut is prius, quam ſententiam ferat, jubeat rem reſtitui; §. *præterea.* 31. *inſ. 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 vind.* 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 vind.* 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 ſe liti obtulit, judiciumque accepit decepto petitore, *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 hæred. 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 defideret, 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 judex perinde hic procedat, ac ſi is, unde petitur, adhuc verè poſſideret, ſcil. cet ut, quæ natura eſt hujus judicii, primum jubeat rem reſtitui, & ſi non reſtituatur, tum ſequatur ea, quam dixi, & eodem judicio, 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 hæred. pet.* Proinde tantum non nugas agunt, qui nova hic inſtantia & judicio opus eſſe contendunt hoc ſolo argumento, quod adverſus eum, qui dolo poſſidere deſiit, 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 judicio incluſa eſt actio, uti cœpta eſt, ita eam peragi oportet, nec petitori nocere debet doloſi factum poſſeſſoris. Porro cum ſuperiores regulæ & ſi quæ ſunt generis ejuſdem, ſimpliciter & indiſtinctè definiant, dolum pro poſſeſſione eſſe, eumque qui dolo poſſidere deſiit, condemnandum perinde quaſi adhuc poſſideret; ex eo rectè colligitur, non tantum eum, qui poſt litem conteſtatam dolo poſſidere deſiit, pro poſſeſſore haberi, ſed eum, qui ante litem conteſtatam ſimiliter per fraudem poſſeſſionem tranſtulit: ac proinde hunc quoque judicio in rem conveniri poſſe: quæ collectio firmatur ex *l. in rem.* 23. §. *pen. 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 Jaſ. & Zaſius in contrarium abierunt, nimirum ſi cum eo, qui ante litem conteſtatam dolo deſiit poſſidere, actio in rem inſtitui poſſet, fruſtra videri introductam à prætore actionem in factum edicto *de alien. jud. mut. ca. fact.* 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 judicium rei vindicationis cum actione ex edicto concurrere, ut in arbitrio actoris ſit, utra actione experiri velit. Quinimo hoc diſertè ſatis traditum eſt in *l.* 3. §. *ult. d. tit.* Tantum JC. electionem actoris ita moderatur, ut ſi is, cum quo ex edicto agi poteſt, paratus ſit utile judicium pati, deneganda ſit in eum actio ex edicto, ſc. quia ea oblatione fiat, ut actoris nihil interſit. Ex contrario vero concedendum non eſt, ut utile judicium in rem defugere poſſit, qui paratus ut ſuſcipere actionem ex edicto.

Poſſeſſor autem dominum ejus ſe eſſe dicat] Priſcis tem- 18
poribus 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 Murena, cap.* 12. *Fundus Sabinus meus eſt. Imo meus:* cui ſimilis illa apud Plautum *in Rudent. Hunc meum eſſe dico. Et ego item ajo eſſe meum.* vid. Boët. *in Top. Cic.* Gell. 20 *Noct. Att* 10. Briſſon. *lib.* 5. *de form.* Sive autem contraria illa poſſeſſoris vindicatio olim neceſſaria fuerit, ſive *ἐπὶ τὸ πλεῖστον*, honeſtatis fortè cauſa uſurpata, certum eſt, poſterioribus temporibus ad defenſionem rei nihil defideratum 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. *inſ. de interd.* ac ne ad hoc quidem poſſeſſor compelli poſſit, ut vel titulum poſſeſſionis ſuæ edat: *l.* 11. *C. de pet. hær.* cum tamen, qui titulum poſſeſſionis ſuæ dicit, non continuo dominium ſibi aſſerat: conſtatque, judicium 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 a reo, ut quid dicat, quod aut aperte 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 mutuæ 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 narrativè 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. *diſt.* 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, protinus condemnandum eſſe, licet de intentione ſua nihil probaverit petitor. Ad hoc nec Contius dicere auſus ſit: quin ipſe tacitè 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 relinquitur, 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, 19 *arg. l.* 18. *comm. 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 paret, ſequitur illa ſententia; qua condemnatur, quanti ea res eſt jurejurando actoris æſtimata, quandoque etiam manu militari poſſeſſio ab eo transferatur. *l.* 46. *l.* 68. *d. tit.*

TEXTUS.

De actione confeſſoria, & negatoria.

2. *Æque ſi agat quis, jus ſibi eſſe fundo fortè vel ædibus utendi fruendi, vel per fundum vicini eundi agendi, vel ex fundo vicini aquam ducendi, in rem actio eſt. Ejuſdem generis eſt actio de jure prædiorum urbanorum, veluti, ſi quis agat jus ſibi eſſe altius ædes ſuas tollendi, proſpiciendive, vel projiciendi aliquid, vel immittendi tignum in vicini ædes. Contra quoque de uſufructu, & de ſervitutibus prædiorum ruſticorum, item prædiorum urbanorum, invicem quoque proditæ ſunt actiones: ut ſi quis intendat, jus non eſſe adverſario utendi fruendi, eundi agendi, aquamve ducendi; item altius tollendi, proſpiciendive, vel projiciendi, immittendive; iſtæ quoque actiones in rem ſunt, ſed negativæ. Quod genus actionis in controverſiis rerum corporalium proditum non eſt. Nam in his 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 apparebit.*

NOTÆ.

2. *Altius ædes ſuas tollendi*] Altius ædificatur jure ſervitutis à vicino impoſitæ & ædificanti quæſitæ, 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 negativæ] Paſſim negatoriæ. Actio negatoria propoſita eſt neganti ſe ſervitutem debere: confeſſoria ſervitutem ſibi aſſerenti, *tit. ſi uſuſf. 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 poſſidenti datur: quippe cui ſufficit, quod poſſideat, *l.* 1. §. 6. *uti poſſ.* Secus eſt in ſervitutibus, quarum uſus in alieno eſt.

Sane

Sane uno caſu] Ita quoque Theoph. alias, *non uno caſu*. Goveanus, *Sane hoc uno caſu*, id eſt, in controverſiis ſervitutum: quomodo & in duobus codicibus Theoph. ἐν ᾧ δὲ μόνῳ θέματι. Fabrot.

COMMENTARIUS.

1. *Rerum incorporalium nomine duplicem actionem comparatam eſſe, confeſſoriam & negatoriam, utramque in rem.*
2. *An hæ actiones etiam pro alio jure dentur, quam pro ſervitutibus:*
3. *Actiones haſce non ex figura verborum, ſed ex ſententia, & re petita æſtimandas.*
4. *Quæ pro Triboniano & contra afferantur, ut oſtendatur, bene vel malè eum inter formulas confeſſorias hanc ponere, Ajo mihi jus eſſe ædes meas 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 detur? Hotomanni correctio & diſputatio confutantur.*
9. *Fruſtra eſſe omnes, qui unicum illum caſum, de quo in hujus §. calce, quærunt.*

Æquè ſi agat quis] Reſpicit ad id, quod dixit §. præcedenti, *veluti ſi rem corporalem poſſideat quis, &c.* quaſi dicat, etſi modo de actione in rem verba faciens rei corporalis mentionem habui, ſciendum tamen eſt, etiam rerum incorporalium nomine, quæ noſtræ ſunt, actionem in rem comparatam eſſe, nempe de uſufructu & cæteris ſervitutibus. Et obſervandum 1 eſt, quod in hoc genere rerum non una tantum actio prodita ſit, ut in controverſiis rerum corporalium, ſed duæ diverſæ, una ſervitutem ſibi competere afferenti, 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. pet.* & à Juſtiniano hoc textu. Ambæ in rem, utpote quibus rem noſtram petimus, aut ſervitutem vendicando aut rei noſtræ perſequendo libertatem. Hinc & duplex horum titt. *ſi uſufr. pet. 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 & uſusfructus, 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; ideo tantùm fit, ut intelligamus, de omnibus actiones in rem quas diximus competere: nec eſt de eo ulla con- 2 troverſia. Verum illud quæritur, an non præter ſervitutes, 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 afferat, 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 ſervitutes? aut cur confeſſoria & negatoria, ut uſusfructus & ſervitutum actiones propriæ, à Juriſconſultis proponuntur? *l. 1. l. 4. fere per tot. ſi ſerv. vind. l. 5. ſi uſusfr. pet.* quibus in locis obſervare licet, hæc, ut ἰσοδυναμοῦντα, ſæpe inter ſe permutari, actio confeſſoria aut negaroria, & actio de ſervitutibus. Infantiam ſuam produnt 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 afferenda utili confeſſoria experiantur contra eos, qui exercitionem ejus impediunt; quæ & communis eſt Interpp. ſententia, teſte Soarez *recept. ſent. n. 25.* adde Gail. 2. *obſ. 66.* Schneid. *hic. n. 11.* Illud monendi ſumus, nomina harum actionum non 3 tam ex conceptione verborum intentionis, quam ex re petita & quod eo 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, etiamſi 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 negatoriam contineat, qua servitus negetur, afferatur libertas, ut mox clarius apparebit.

4 *Jus sibi esse altius ædes suas tollendi*] Si verum est, 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 nominè à Glossa & Hotomanno reprehendi, nec non noviſſimè à Bachovio, qui eo amplius ἁμάρτημα istud Triboniano potius condonandum contendit, quam admittendas esse inanes quasdam conjecturas, quæ pro defensione Triboniani afferuntur excogitanturque ad formandum jus aliquod altius tollendi, quod quis vi servitutis 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 negatoriæ, 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 vendicationem esse. *l.* 8. *C. de servit. l.* 9. *ff. de serv. prad. urb. l.* 4. *§. competit.* 7. *si 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 vicinus ædes reficere cogatur. Simili quoque in errore versari fatemur eos, qui exemplum confessoriæ 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 servitutem altius tollendi, & postea cum eo experiar ut altius tollat: nam & hoc æquè alienum est. Ut enim formulæ confessoriæ, de qua agimus, locus sit, quærenda species servitutis non ab eo debita, de cujus ædium sublatione agitur, & qui ob id ipse cogi potest suas ædes altius tollere ad commodum vicinarum, (quamquam dari talem servitutem 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 servitutem 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 pactione 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 præscriptione quæsierat, postea remiserit. Et hactenus 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 diserte dicit jus altius tollendi esse jus urbani prædii, atque hoc ipsum jus, ut servitutem 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 servitutem esse pronuntiat, *licere altius tollere & officere prætorio vicini.* Loquitur Jurisconsultus suo arbitratu, ex loco prædium rusticum appellans ædificium, quod ruri est, non considerato juris effectu, 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, servitutem altius sublatum habendi sive contra veterem formam ædificiorum ædificandi longa possessione acquiri posse. Quæ constitutio evertit commentum Bachovii, negantis jus altius tollendi servitutem dici posse, nisi quatenus relatio fit 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 ejusmodi aliquam servitutem, restat, ut exempla proferamus. Ea nobis suppeditant, *l.* 11. *de serv. prad. urb. l.* 1. *l. pen. §.* 1. *C. de ædif. priv. l.* 1. *C. de servit. l.* 14. *de serv. prad. urb.* Tacit. *lib.* 15. *annal. cap.* 42. Strabo *lib.* 5. *p.* 162. 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

fuisse ad certum modum, & in plerisque civitatibus, & ipsis 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 & cœlum 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 contiguæ quoque facilè 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, hactenus liberè & jure rei suæ quisque ædificat; potestque id facere etiam cum incommodo vicini, eoque obnitente: ut 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 hactenus liberas esse contendit, negans, servitutem 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 quidem ad certum modum, sed intra quem agens consistere volet. Sed ponamus, ædificantem definitam lege municipali formam sive altitudinem non custodire: hic jam reperiemus exemplum & actionis confessoriæ de servitute altius tollendi, & negatoriæ de servitute contraria non extollendi. Nam si vicinus mihi concesserit jus, invito se supra eam altitudinem ædes meas tollendi & officiendi luminibus suis, hoc jus servitutis erit, qua pati debeat, quod prius pati jure publico non cogebatur, altius me ædificare cum incommodo suo: quod pati utique servitutis est, *l.* 15. §. 1. *de serv.* & proinde, si me impediat, quominus altius ædificem, hic locus erit actioni confessoriæ, qua intendam, jus mihi esse ædes meas altius tollere: quam servitutis vindicationem esse in specie proposita dico, cum ex jure imposititio cum vicino agam, contendamque, eum hanc mihi servitutem debere, ut cogatur altius ædificantem pati. Ex contrario si vicinus nullum mihi jus cesserit, atque ego nihilominus supra statutum modum ædificare incipiam, hic jam locus erit negatoriæ, 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 hactenus 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 à vicini insula, *juxta l.* 14. *de serv. prad. urb.* Atque his casibus etiam servitutis, quam quærimus, locum obtinet 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 cesserit 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 liberas 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, confessoriis adscripsit, & contrariam negatoriis, 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 primo Jo. Faber; diligentius expossuere Zas. Bar. Don. & novissime Christoph. Riccius in *præmess. 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 incorporalibus sunt duorum generum, confessoriæ & negatoriæ: de rebus corporalibus generis unius, omnes scilicet confessoriæ: quanquam in harum rerum vindicatione verbo *confessoria* non utimur, quia nulla in iis est actio negatoria. Differentia manavit ex hoc principio, quod quicunque judicio cum aliquo experiri vult ad rem aliquam obtinendam, eum de suo jure, non de alieno agere oporteat, *l.* 5. *si usufr. pet.* 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 negat, 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 quicquam 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 6

esse, *l.* 4. §. 7. *si serv. vind.* & proinde de suo jure, non alieno, agit, ut est in *d. l.* 5. *si usufr. pet.* quæ res facit, ut negatio in his rebus agenti inutilis non sit. Et negatoria igitur actio ipsa quoque in servitutibus admissa est; non ut negans, sed ut affirmans, & ut confessoria, idque exemplo quoque rerum corporalium.

7 *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 is etiam, qui sit in possessione. Videamus quam recte. Si rem corporalem 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 restituatur. 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 negatoriæ de servitutibus, *l.* 5. §. *ult. si usufr. pet.* sed tamen ne 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 corporalem, quam non possidenti, inepta & inutilis est negatoria: quia nemo se dominum esse, aut rem suam esse vincit, propterea quod negat esse adversarii, ut dictum est supra. In rerum incorporalium sive servitutum & libertatis vendicatione 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 & petitorem esse, *l.* 6. §. 1. *si serv. vind.* quod & traditur in *l.* 8. §. 3. *d. tit. l.* 5. §. *ult. si usufr. pet.* 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 supervacuum 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 usuf. l. ult. de serv.* potest tamen dominus fundum suum occludere, 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 præcidendo vel diruendo parietem. Hæc autem res cum faciat, ut effectu nec servitutem 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. pet.* 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 ignorantes in hac possessione turbare usurpando servitutem. 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. pet.* 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 confessoriam 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 voluit, actionem negatoriam huic accommodari non poſſe: ideo vero non poſſe, quia natura rerum non patitur talem actionem ad rem ſuam pe-8 tendam non poſſidenti dari. Nunc ei item, qui poſſidet, eandem actionem detrahi, 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 obſtare, 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 detrahit negatoriam, contra mentem Juſtiniani colligendum eſt; cui ſolum propoſitum, probare, negatoriæ 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 Græce reddidit, *τῷ δὲ νενομίκῳ ἐ δίδοται ἐν rem.* 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 *auctoris*. Sed nulla, ut ego quidem exiſtimo, neceſſitate: nam & particulæ adverſativæ *vero* ſua vis conſtat 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 inſerendæ negationi quærit, imprudens quod dictum in Juſtiniano culpaverat, mox laudat, ut præclare dictum ab Ulpiano. Fruſtra autem pro voce *actoris* ſubſtituas *alterius* vel *auctoris*; 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 & ſententia, 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 controverſiis 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 priore parte aſſumptionis Juſtinianeæ, 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.

Sane uno caſu] Fruſtra ſunt omnes, qui unum hunc 9
caſum aut adhuc quærunt, 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 arbitrarer, *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 Æmilius Ferretus. Alii, *Sanè hoc uno caſu*, *ἐν ἑνὶ γ μόνῳ θέμενοι*, Theoph. VINN. Et hæc poſtrema lectio, ſi qua ulla, vera mihi videtur. Quis enim crediderit, Tribonianum tam inepte adfectare voluiſſe brevitatem, ut multis verbis lectorem ad latiora Digeſtorum volumina remittere, quam caſum illum uno verbo indicare maluerit? Scripſit itaque procul dubio, unum eſſe hunc caſum, quos is agat qui poſſidet: quum alioquin ordinarie in judiciis petitoriis, poſſeſſor rei vices ſuſtineat. HEIN.

TEXTUS.

De actionibus Prætoriis realibus.

3. *Sed iſtæ quidem actiones, quarum mentionem habuimus, & ſi quæ ſunt ſimiles, ex legitimis & civilibus cauſis deſcendunt. Aliæ 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 di-*

cat

cat se quasi usucepisse, quod non usuceperit: vel ex diverso possessor dicat, adversarium suum non usucepisse, quod usuceperit.

COMMENTARIUS.

1. *Divisionem hic propositam æque principalem esse, ac superiorem: & unde sumpta?*
2. *Legitimum quid proprie, & quid latius in usu juris?*
3. *Prudentium non fuisse, actiones dare.*
4. *Non omnes actiones, quæ edicto prætoris proponuntur, esse prætorias.*

1 INsinuatur hic alia actionum divisio, sumpta à causis efficientibus 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 prætoriæ, 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.

Istæ 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 quæ sunt similes] Similes sunt ex actionibus in rem, petitio hæreditatis, *l. 1. 2. 3. de har. pet.* confessoria & negatoria de servitutibus aliis, quam quas supra commemoravit: ex actionibus in personam illæ, 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.

2 *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. 4. 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 eædem, 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 prudentum: quippe ex qua parte juris nullæ unquam actiones datæ sunt, aut dari potuerunt. Neque enim prudentum fuit actionem 3
constituere, sed an data esset lege, interpretari, & eam, quæ data erat, ostendere, *l. 2. §. deinde. 6. & §. ita 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 prudentum, ut ipsi etiam ex causa aliqua actionem dare & constituere potuerint.

Ex sua jurisdictione] Id est, ex suo edicto, ut passim alibi jurisdictio pro edicto, *l. 1. §. pen. de postul. l. 7. de jurisd. & simil.* Nam edictum pars erat jurisdictionis prætoriæ, *l. 2. §. eod. 10. de orig. jur.* Enimvero non 4
est argumentum actionis prætoriæ, quod prætor dicat edicto suo, *actionem dabo.* Solebant enim prætores etiam actiones civiles edictis monitoriis proponere. Exemplo sit actio commodati: *l. 1. commod.* sed eæ duntaxat prætoriæ sunt, quas ipsi prætores 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. Quanquam autem longe plures sunt actionum prætoriarum species, quam quæ à Justiniano postea proferuntur: tamen ad rem, quam proposuit, declarandam, omnes recensere non existimavit necessarium.

Ut ecce] Indicantur hic prætoriarum 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? VINN. Vocabulum *possessor* non plane expunxerim, quia id & Theophilus habet, sed eo sensu *Vel è diverso cum aliquo, qui rem meam usucepit, ac possidet, agere possum, ac docere.* Patet itaque eum non legisse *possessor*, sed fortassis hoc modo: *Vel ex diverso dicat, possessorem, adversarium suum, non usucepisse* &c. HEIN.

TEX-

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 proditæ ſunt jure civili actiones, ut quis dominium ſuum vindicet. Sed quia ſane durum erat, eo caſu deficere actionem, inventa eſt à Prætore 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 prætore 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. quanquam ſi nihilominus honoraria agere ſub qualitate bon. fid. poſſeſſoris malit, hoc ei permittendum. Mynſ. *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 prætori viſum extraneum quemlibet vel injuſtum poſſeſſorem potiorem eſſe eo, qui rem ex juſta cauſa & bona fide nactus, ejus poſſeſſionem caſu amiſiſſet. Dixi *extraneum*, quia juſti dominii 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, & an cum rei vindicatione cumulari poſſit?*
5. *Cur requiratur, ut amiſſa ſit poſſeſſio & amiſſa caſu?*
6. *Cauſa hujus actionis introducendæ.*
7. *Quæ ſit & qualis in hac actione petitoris intentio?*
8. *Adverſus quem detur? quid ei obſtet? tum quis ejus exitus?*

PRoponitur hic actio in rem Publiciana, ſic dicta à prætore 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 eâ actor intendat. Adverſus quem competat, quod præcipue notandum erat, hic prætermiſſum 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 1
qua re à vero domino tradita ſtatim dominium in accipientem tranſiret. *l.* 13. *eod. in pr.* Quod intellectum ex eo, quod ſequitur in edicto, *& nondum uſucaptum 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 præcedente 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 hujuſmodi emptione contra furioſum quidem ipſum eundemque venditorem Publiciana non detur, per *l.* 2. §. *ſi à furioſo.* 16. *pro empt.* detur tamen contra extraneum. *d. l.* 7. §. 2.

Tradita fuerit] Ut Publiciana competat, exigitur ut 2
res tradita ſit, *d. l.* 1. *d. l.* 7. § *pen. & ult. eod.* quod hanc rationem habet; quoniam antequam res tradita eſt, nemo ſe dominum factum prætendere poteſt: cum non nudis conventionibus, ſed traditionibus, dominia rerum transferantur. *l. traditionibus.* 20. *C. de pact.* Cæterum 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, prætenſionem dominii per uſucapionem quæſiti non eſſe hujus actionis requiſitum eſſentiale: 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. De quo pluſcula inferius. Porro & de uſufructu & de 3
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 vectigalibus & ſuperficiariis, 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. bonæ.* 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. *hic. 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 actionem civilem, nec deſiderare honorariam.

4 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, cum Mynſ. *num.* 28. Oldendorp. *claſſ.* 3. *action.* 3. Sed & ex quo uſus fori cumulationem actionum admiſit, eodem libello Publicianam cum rei vendicatione 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, præſumptive dominus eſt, & falſum eſſe, quod remedia prætoria denegentur iis, quibus jure civili conſultum eſt, oſtendunt bonorum poſſeſſiones unde liberi, contra & ſecundum tabulas. Belle Bachov. *diſp.* 3. *de act. theſ.* 17. Gomez. Mynſing. & Schneid. *hic.* Gail. 1. *obſ.* 62. *n.* 5.

5 *Poſſeſſionem caſu amiſerit*] 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 facto & voluntate ſua poſſeſſionem amiſit, puta rem vendendo, permutando, & donando, ejus recuperandæ actionem non habet. Ex his, quæ hactenus dicta ſunt, intelligi poteſt, qua ex cauſa cui Publiciana competat: 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 prætore. 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.*

6 *Durum erat eo caſu deficere 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 petitorem civili in rem actione experientem ſuccumbere. Cum itaque prætori iniquum videretur, quemvis vel injuſtum poſſeſſorem potiorem 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 quæſita 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 7
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 dicet actor expreſſe, ſe uſucepiſſe, quod falſum eſt, & conſtitutioni hujus actionis contrarium: ſed quod ad omnem actionem recte inſtituendam pertinet, cauſam actionis intentione ſua complectetur. Dicet, ſe rem, qua de agitur, bona fide emiſſe 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. Titio legatam, aut eam in hæreditate L. Titii fuiſſe, quam aut ipſe crevit, aut reſtitutam ſibi ex Senatuſconſulto 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. VINN. Fictio illa eſt Prætoris, non actoris. Quia enim Prætor directe leges evertere non poterat, leges autem non niſi vero domino vindicationem concedunt: uſus eſt arte ſua ſollemni, & finxit hunc uſucepiſſe, quum non uſuceperit. Vid. *Antiqu. noſtr. Rom. lib.* 1. *tit.* 2. §. 24. *edit. nov.* Neque iniqua erat hæc fictio, quia non fingebat Prætor, eum jus domini veri uſucapione excluſiſſe, ſed tantum ratione tertii, nullo vel infirmiore jure poſſidentis actorem in ea cauſſa eſſe, quaſi uſuceperit, quia ſi hic poſſeſſor obvertiſſet exceptionem non competentis dominii, ea fuiſſet exceptio de jure tertii. HEIN. Reſtat, ut videamus, 8
quod hic omiſſum eſt, adverſus quem hæc actio detur. Datur Publiciana, ut cæteræ 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; ſin 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

ab eodem non domino emerit, ſive ab alio atque alio quæ ſpecies eſt: quam tractat Neratius *l. ſi ea.* 31. §. *ultim. de action. empt.* ut recte cenſent 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 juſti 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 obſunt, quominus poſſeſſor ei rem reſtituere debeat, eadem & poſſidenti ac Publiciana convento obſtabunt, 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 vendicatione civili: de quo ſcripſimus ad §. 1. *ſup.*

Textus.

De reſciſſoria.

5. *Rurſus ex diverſo, ſi quis cum reipublicæ cauſa abeſſet, vel in hoſtium poteſtate eſſet, rem ejus, qui in civitate eſſet, uſuceperit, permittitur domino, ſi poſſeſſor reipublicæ cauſa abeſſe deſierit, 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.*

Commentarius.

1. *Actionem, qua hic proponitur, & reſciſſoria in ſpecie dicitur, eſſe Publicianæ quodammodo contrariam.*
2. *Quibus ex cauſis hac actio à prætore detur? ejuſque introducendæ 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 ignorantiæ reſtitutio danda adverſus uſucapionem?*

1 HOc loco proponitur actio in rem prætoria, quæ in uſu juris noſtri ſpecialiter reſciſſoria appellatur, *l. nec non.* 28. §. *ult. ex quib. ca. maj. l. ult. C. cod. l. nullo.* 24. *C. de rei vind. l. ab hoſtibus.* 18. *C. de poſtl. 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 è 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 reſtituturum pollicetur. Vinn. Recte hæc notat Vinnius. Vere enim unus idemque utriuſque actionis auctor eſt, puta Publicius. Unde non ſolum ejuſdem naturæ ſunt propter fictionem: ſed & reſciſſoria differte dicitur *Publiciana. l.* 35. *ff. de O. & A. & l.* 57. *ff. mandat.* Publicium Ciceroni fuiſſe σύγχρονον, plerique colligunt ex ejus *Orat. pro Cluent. cap.* 45. ubi meminit Q. Publicii Prætoris. Sed mihi actio reſciſſoria antiquior videtur ob locum inſignem Terent. *Phorm. Act.* 11. *Scen.* 4. *v.* 9. ubi Cratinus Advocatus: *Quod* TE ABSENTE *hic filius egit, reſtitui in integrum æquum eſt & bonum, & id impetrabis. Dixi.* Vere enim loquitur de actione reſciſſoria, quamvis eam male tanquam rabula adplicet. Hein. Cauſas duas edicto expreſſit, 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 hanc cauſam prætor habuit, quod iniquum ei viſum fuit, aut neceſſariam juſtamve abſentiam nocere abſenti, 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 diſces mox ex commentario.

2

Cum reipub. cauſa abeſſet] De eo, qui abſens uſucepit, ita loquitur Juſtinianus, quaſi eum oporteat neceſſaria aliqua aut probabili de cauſa abfuiſſe: quod tamen ſecus eſſe, diſcimus edicto, cujus in ſecunda clauſula, quæ hunc caſum continet, prætor non diſtinguit, qua ex cauſa quis abfuerit, neceſſariane aut probabili, an plane voluntaria. Quod & diſerte Ulp. notavit *l. item ait.* 21. §. 1. *hoc tit. ex quib. ca. maj.* Et vero ſi ne juſtiſſima quidem abſentia prodeſt abſenti ad uſucapionem retinendam; abſurdum ſit, ei 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 extitit: nam ſi procurator fuit, aut amicus, qui ſe ultro defenſioni obtulit, non de-

3

bere 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 præsenti, usucapionem interrumpere, adito judice, & diligentia sua apud eum contestata, *l.* 2. *C. de annal. exc.* Itaque ex hac parte edicti restitutio dari desiit.

In hostium potestate] Ut hic procedat usucapio, pònendi termini habiles, nempe si servus aut filius ejus, qui captus est, rem ex causa peculiari teneant: hoc enim casu domini aut patris captivitas impedimento non est, quominus ea res usu acquiratur, *l. ait prætor.* 23. §. 3. *hoc tit. l. justo.* 44. §. *ult. de usuc.* Cæterum extra hanc causam captivus per servum aut filium possessionem acquirere non potest, ac proinde nec usucapere: sed possessio atque usucapio inchoata captivitate interrumpitur, in tantum ut nec postliminio restituatur, *l. denique.* 19. *hoc tit. l. si is.* 15. *in pr. de usucap.*

Usuceperit] Potest igitur & absens usucapere rem præsentis, & ejus quidem, qui contra absentem agere non potuit, *l. item ait.* 21. §. 1. *& deinceps. l. seq. hoc*
4 *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.* 30. *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 usucapionis ipso jure: at singulorum factorum, quæ idem impedimentum afferunt, rationem habere jus non potest.

Permittitur domino] Veteri scilicet, cujus res jure civili usucapta est. Hunc dominum vocat, vel respectu præteriti temporis, vel potius, quia à prætore rescindente usucapionem adhuc pro domino habetur.

Intra annum rescissa usucapione] Actio hæc, licet rei persecutoria sit, anno tamen eam finiri placuit, quia contra jus civile datur, *l. in honorariis.* 35. *in fin. pr. de obl. & action.* Annum intellige utilem, *l.* 1. §. 1. *hoc titul. l. ab hostibus.* 18. *C. de postl. rev.* pro quo tamen Justinianus substituit quadriennium continuum. *l. ult.*
5 *C. de temp. in int. rest.* Quod autem ait, permitti domino rescissa usucapione rem petere, & Paulus, *d. l.* 53. hanc actionem dari rescissa usucapione, id non sic intelligendum est, quasi duplici judicio hæc res expediatur, decretumque aliquod antecedat, quo prætor rescindat usucapionem, ac tum demum hanc actionem det, qua petatur res restitui. Sed ideo hoc dicitur; Quia prætor, dum hanc actionem concedit, simul vi ipsa usucapionem rescindit: quoniam permittit veteri domino sic agere, ut petat rem sibi à possessore restitui, perinde ac si nulla usucapio interveniisset, *l.* 1. §. 1. *l sed etsi.* 26. §. *si feria.* 7. *l. nec non.* 28. §. *penult. hoc tit. l. ult. C. eodem. l. nullo.* 24. *C. de rei vindic.*

Quibus ex locis manifestè apparet, rescissionem usucapionis in ipsa datione actionis consistere, prætoremque dici restituere, cum actionem rescissoriam petenti concedit: ac proinde uno simplicique judicio rem totam explicari, *fac. l.* 9. §. 3. *& 4. quod met. ca. l.* 1. §. 1. *de dol. l.* 2. §. 1. *de cap. minut. l.* 1. *de alien. jud. mut. 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 judicium hic necessarium, unum rescindens, alterum rescissorium; ac proinde & duplex libellus, duplex litis contestatio, & duplex pronuntiatio, decretum scilicet magistratus, quo rescindatur usucapio, & sententia judicis, quo res restitui jubeatur. Pet. de Bellapert. Jo. Fab. Jas. Zas. Mynf. Schneid. *hic.* Odd. *de restit. quæst.* 33. *art.* 1. Maurit. *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. Mynf. 2. *obs.* 25. Oldend. *class. 6. action.* 8. Error hic natus videtur ex ignorantia ordinis judiciarii, qui apud veteres fuit; ubi quidem in omnibus fere actionibus occurrebat species quædam duplicis judicii, dum quædam apud prætorem seu magistratum tractabantur, quædam apud judices datos: Cæteroquin revera unum tantum erat judicium: ideoque unus tantum libellus, una litis contestatio, una sententia desiderabatur. Nempe apud prætorem non instituebatur judicium, sed à prætore constituebatur, data actione & judice, qui de re cognosceret: unde nec illa, quæ apud prætorem fiebant, in judicio fieri dicebantur, sed in jure: de quo fusius ad *pr. 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 finiri 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 integr. rest.*

Ut dicat, possessorem usu non cepisse] His verbis signi- 6
ficatur 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 usucapta 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 vendicatione proditæ non sunt, §. 2. *sup. eod.* sed causam exprimet, ex qua actio ei jure constituta sit: dicet, adversarium absentem rem usucepisse, cum ipse interea ejus nomine agere vellet, & usucapionem interrumpere, non potuerit. Itaque petere se, ut sibi restituatur. Prætorem quoque verisimile est verba edicti secutum hoc modo judicium concepisse; *Si pa-*

ret,

ret, eam rem qua de agitur, à poſſeſſore abſente per ſtatutum tempus poſſeſſam eſſe, cum interea petitor ejus nomine agere cum conaretur, non potuerit, tum ſi ea res petitori non reſtituatur, poſſeſſor damnetur.

7 *Quibuſdam & aliis*] Veluti abſenti, 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 reſtitutio 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 tit.* 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 abſenti 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 priore 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 reſtitutoria in perſonam eſt.

8 *Simili æquitate 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 ſcientia 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 ignorantiæ, 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 aſſequetur finem ſuum, nunquam finis erit litium, ſemper dominia in incerto, contra *l. 1. de uſucap.* Weſembec. *parat. hoc tit. n. 10.* Pinell. *in auth. niſi tricennale. C. de bon. mat. diſſ. comment.* DD. Covar. *in c. poſſeſſor. de reg. jur. in 6. pag. 3. §. 3.* Gail. *2. obſerv. 19.* de præſcriptione tamen 40. annorum adhuc contenditur: videſis And. Fachin. *1. contr. 69.* Ant. Fabr. *Codic. ſuo tit. ſi adverſ. uſuc. & tit. de temp. in integr. reſtit.* Pinell. *in d. auth. n. 58.*

TEXTUS.

De Pauliana.

6. Item ſi quis in fraudem creditorum rem ſuam alicui tradiderit, bonis ejus à creditoribus poſſeſſis ex ſententia præſidis, permittitur ipſis creditoribus reſciſſa traditione eam rem petere, id eſt, dicere eam rem tradi-tam non eſſe, & ob id in bonis debitoris manſiſſe.

NOTÆ.

6. In fraudem creditorum] Et eventum fraus habuerit, *l. 10. §. 1. l. 15. quæ in fraud. cred.* & ſimul is, qui accepit, 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.

COMMENTARIUS.

1. *Agi hic de actione, quæ Pauliana dicitur; licet ea non in rem, ſed in perſonam ſit.*
2. *In perſonam eſſe, multis argumentis evincitur.*
3. *Dari hanc actionem creditoribus, ſive ante ſive poſt miſſionem in bona, res in fraudem eorum alienata ſit: interdum & in rem competere: quæ tamen huc non pertineat.*
4. *Quæ 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 quædam notabilia.*
7. *Quando primum creditores Pauliana experiri poſſint? D. Joan. Deckher. notatus.*
8. *Qualis hic ſit reſciſſio & reſtitutio?*
9. *Intentio creditorum in actione Pauliana.*
10. *Dari hanc actionem intra annum utilem, quo primum experiundi poteſtas fuit.*

TErtia ſpecies actionis prætoriæ hic proponitur, Pauliana dicta, quæ datur creditoribus ad revocanda ea, quæ in fraudem eorum alienata ſunt, *l. videamus. 38. §. in Faviana. 4. de uſur.* atque huc pertinent *titt. ff. quæ in fraud. cred. & C. de rev. his, quæ 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 reſciſſoriæ 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 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

ne non tenetur, nisi & fraudis particeps fuerit, aut rem ex lucrativa causa acceperit, *l. 1. l. is 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 desiit 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 abhorret, quæ rem semper sequitur, & propter rem ejus possessorem / *l. 2. C. si un. ex plur. hared.* Cum itaque in rem non sit, relinquitur, ut sit in personam, *§. 1. sup. eod. d.l. actionum. 25. de obl. & 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 diserte testatur Ulp. *l. 1. §. hac 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 inquies, 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.* VINN. Certum quidem est, Paullianam naturam potius personalium quam realium actionum servare. Neque tamen ideo credibile sit, Tribonianum & socios tam fuisse principiorum juris ignaros, ut solo vocabulo *rescissionis* decepti actionem personalem pro reali vendiderint, maxime quum verosimile sit, eos in hoc titulo Cajum vel alium ex veteribus κατὰ πόδα fere sequutos. Existimo itaque actionem hanc ex mente Prætoris & veterum vere esse in rem, quia nascebatur ex jure in re, quod creditores in bonis debitoris per possessionem bonorum consequebantur. Unde patet, cur hic diserte mentio fiat *bonorum ex sententiâ præsidis possessorum:* simulque intelligimus ratiocinationem non procedere ab actione Faviana ad Paullianam. Hic enim creditores res vindicant, quia prætor eis jus in debitoris bonis dedit, finxitque, res in fraudem alienatas non esse traditas, adeoque adhuc ad bona hæc, quæ pos-
3 sident ex decreto suo, pertinere. HEIN. 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. diss. 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 amisisset; nunc etiam, etsi culpa sua possessione cecidit, *d. l. ult. C. de prat. pign.* Verum hæc actio huc non pertinet, ut putat D. Donellus; quippe qua agenti necesse non est dicere rem in bonis debitoris mansisse: nam alienatio non extinguit jus pignoris, *l. distractis. 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 com- 4
petat, 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 prætor. 10. §. 1. l. si quis. 15. hoc tit.* Hoc amplius cessat hæc actio & revocatio, nisi & is, qui accepit, fraudis conscius fuerit, *l 1. l. 6. §. hoc edictum. 8. d. l. ait prætor. 10. §. 2. eod.* Cæterum hoc sic acceptum est, si quis rem accepit ex causa onerosa: nam in causis lucrativis placuit detrahi mentionem scientiæ, & hactenus 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 edictum non incidit; quia sibi vigilavit, *d. l. 6. §. apud Labeonem. 6. & seq.* 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. de reb. auct. jud. poss* aliarumque eodem pertinentium, vid. Bart. *in d. l. pen.* Pet. Fab. *ad l. generaliter. 78. de reg. jur.* Ant. Fab. *2. conj. 14.* Gail. *1. obs. 25. n. 14. & seqq.*

Alicui tradiderit] Edictum generalibus verbis con- 5
ceptum est, *Quæ fraudationis causa gesta erunt, &c.* quæ verba latissimè patent, continentque quicquid quocumque modo fraudis causa factum est. Itaque qualecumque id fuerit, hac in factum actione revocatur, sive rem alienaverit debitor, puta vendiderit, dona-

donaverit, pro derelicto habuerit, usucapi passus sit, usumfructum aut servitutem non utendo amiserit; sive acceptilatione aut pacto debitorem liberaverit, aut data opera ad judicium non adfuerit, vel litem mori passus sit, vel à debitore non petiit, ut tempore liberaretur. Sed & si pignora liberaverit, 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. §. ja cum. 12. & seqq. l. 14. & pas-*

6 *sim decreps, hoc sit* 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 deminuunt, non qui id agunt, ne locupletentur, *l. 6. pr. §. 1. & aliquot seqq. eod. l. non fraudantur. 134. de reg. jur. fac. l. 5. §. 13. & seq. de don. int. vir. & ux.* D. Diod. Tulden. *in C. hoc tit. num. 4.* Late & eleganter D. Wesemb. *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 exhæredatus, 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 est 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.*

7 *Bonis ejus possessis*] Id est, postquam creditores à magistratu in possessionem bonorum debitoris missi sunt. 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 Schneid. *n. 59. & seqq.* Sententiam hujus loci corrumpit D. Joan. Deckherus *ubi supra.* Nam vitiose planè & per fallaciam compositionis & divisionis hæc textus verba *bonis ejus possessis*, ita accepit, ac si significarent, pro iis demum bonis revocandis hanc 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. si quis. 15. l. omnes. 17. §. 1. hoc tit.* junct. *l. pen. C. eod.*

8 *Ipsis creditoribus*] Plerumque curator bonorum hic constitui solet, *tit. de cur. bon. dand.* cui tum hæc actio exercenda datur, *l. 1. hoc tit.*

Rescissa traditione] Sic intelligo, ut §. *præc.* dictum est, vi ipsa restitutionis in integrum & judicii constituti. Rescinduntur autem hac in factum actione & in pristinum statim 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 interveniisset, *l. 1. §. 1. l. ait prætor. 10. §. per hanc. 19. & 3. seqq. l. hac in factum. 14. l. omnes. 17. l. ult. §. non solum. 4. hoc tit. l. videamus. 38. §. in Faviana. 4. de usur.*

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. Sic enim 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 pœnalis 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 experiun- 10
di potestas fuit, *d. l. 10. in pr.* 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.* Mynsi. *n. 63.* Schneid. *n. 83.* Inconsiderate igitur nonnulli textus istos retulerunt ad diem alienationis factæ à debitore, inter quos & D. Wesemb. *par. hoc titul. num. 12.*

TEXTUS.

De Serviana & quasi Serviana, seu hypothecaria.

7. Item Serviana & quasi Serviana (quæ etiam hypothecaria vocatur) ex ipsius prætoris jurisdictione substantiam capiunt. Serviana autem experitur quis de rebus coloni, quæ 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 hac appellatione continetur. Sed in aliis differentia est. Nam pignoris appellatione eam propriè rem contineri dicimus, quæ simul etiam traditur creditori, maximè si mobilis sit. At eam, quæ sine traditione nuda conventione tenetur, propriè hypothecæ appellatione contineri dicimus.

NOTÆ.

7. *Quæ 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 nascentes; quæ tacitè intelliguntur pignori esse domino fundi, *l. 7. in quib. caus. pign. tac.* In prædiis quidem urbanis eo jure utimur, ut etiam invecta & illata ab inquilino citra conventionem pignori sint:

in

in ruſticis autem prædiis contra obſervatur, *l.* 4. *d. t. 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 ἐνέχυρον & ὑποθήκην.

COMMENTARIUS.

1. *Cauſa introducendæ actionis hypothecariæ.*
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 hanc actionem, quando alius, quam debitor, pignus poſſidet: tum quid hic juris apud Batavos?*
6. *Nomina Serviana & quaſi Serviana unde? Hypothecaria nomen commune: differt à pigneratitia.*
7. *Edictum quibus verbis à Servio conceptum?*
8. *Quæ res coloni pro mercede pignoris jure teneantur?*
9. *Invecta & illata in prædium urbanum tacitè pignori eſſe: in ruſticum importata pignori non eſſe, niſi id expreſſe convenerit.*
10. *Actioni hypothecariæ 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 propriè interſit ſecundum uſum juris? Veteres pro hypotheca verbo Latino* fiducia *uſos videri.*

1 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 actionem de pignore ſeu hypotheca quibuſdam in cauſis introduxit, quæ poſtmodum eadem æquitate ſuadente prudentum interpretatione producta eſt etiam ad alias cauſas & ſpecies pignoris.

2 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. §. *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*. 16. §. 3.

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. & quæ 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 præbeat, & creditor jure debitoris nitatur, oportet creditorem potentiori jure munitum eſſe, quam poſſeſſorem. Illud probare neceſſe non eſt, de- 4
bitorem rei dominum fuiſſe, ſed quemadmodum dixi, fuiſſe in ejus bonis, ſeu juſto titulo & bona fide ab eo poſſeſſam: quoniam pro probato ſuccumberet poſſeſſor debitore agente Publiciana, eo probato etiam ſuccumbere debet creditore agente hypothecaria, arg. *l. ſi ab eo*. 18. *de pign.* Hæc fuſius tractantur à Jo. Fab. Angel. Jaſ. Zaſ. Schneid. *ad hunc* §. Cyn. & Salic. *ad l. cum res*. 5. *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 poſſide- 5
bat, 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. diſtractis*. 14. *l. perſecutione*. 24. *C. de pignor. l. ult. C. de obl. & act.* Tantum hoc requirebatur, ut ſi debitor præſens eſſet, prius denuntiationibus conveniretur, id eſt, legitimè 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 præſentes 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 vendicante humanitatis cauſa placuerat, *l. Moſchis*. 47. *de jure fiſc.* ad cujus exemplum in conventionali pignore idem caviſſe videtur Juſtinianus. Quod ſi debitor aut hæres ejus pignus poſſideat, tum adhuc nullus ordo ſervatur, & liberum etiamnum creditori eſt, omiſſa actione perſonali pignus perſequi. *d. Nov*. 4. *c*. 3. *verſ. contra principales. l. perſecutione*. 24. 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. *& 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, quæ etiam hypothecaria] Duplex igitur de pignore in rem actio eſt Serviana, dicta 6
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;

petit; ſed cum hæc nomen proprium haberet, illa, quod commune eſt, ſibi proprium fecit. Nonnunquam tamen appellatione Servianæ & quaſi Serviana ſeu hypothecaria omnis ſignificetur. *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 π. & *C. de pign. act. §. ult. ſupr. quib. mod. re cont. 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 ingenus 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 cenſeri, propterea quod cauſam & initium à juriſdictione prætoris acceperant.

De rebus coloni] Dubium non eſt, quin ea actio de pignore, quæ verbis edicti propoſita fuit, Ser-
7 viana 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.

8 *Quæ 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 etiam tacitè 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 interdict.* 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 conductione ruſtici: nam in urbanum prædium illata plicet pignori eſſe locatori, etiamſi nihil nominatim convenerit,
9 *l.* 4. *de pact. & d. l.* 4. *in quib cauſ pign. tac.* Cujus differentiæ ratio ſi quæratur, 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 tacitè ſive citra pactionem 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 conſtitutione adſignificatur expreſſa conventio, quemadmodum etiam in *l. Pomponius.* 5. §. 1. *in quib. ea 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 ſic rectè 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 pactione importarentur, pignoris loco teneantur. Ita ferme Connan. 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. Tulden. *in tit. C. in quib. ea. pign. tac. n.* 3. Chriſt. *vol.* 3. *dec.* 110. *& vol.* 4. *dec.* 155.

Qua creditores pignora perſequuntur] Quaſi Serviana 10
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 præt. 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 ſenſiſſe Marcianum arguit inſcriptio *d. l.* 5. quæ eſt, ad formulam hypothecariam. Quorſum hæc reſtrictio pertineat, mox indicatur.

Inter creditorem & debitorem convenit] Additum hoc exempli cauſa; multa enim ſunt genera pignorum, quæ conſtituuntur ſine conventione, ut jam intelleximus. In conventionali pignore hoc jure in toto Belgio utimur, ut nullum prædium ſpeciali hypotheca affici queat, niſi coram magiſtratu & judice, ſub cujus juriſdictione ſitum, pignus conſtituatur ſcriptura in fidem rei geſtæ confecta, juxta placitum Caroli Quinti ann. 1529. Jo. Deckher. *lib.* 1. *diſſ.* 10. *n.* 34. add. *art.* 45. *Ordin. Polit* aut ſi feudale ſit prædium, coram Paribus Curiæ, Neoſtad. *de feud. c. ult. n* 26 Grot. *lib* 2. *introd. c.* 42. Plane ad conſtituendam generalem hypothecam ſufficit, coram quovis hujus regionis judice bona ſua apud acta pu-

blica 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 de-
11 ſignari ſolet. Quippe quæ actio, & ſi quod commodum ei adhæret, 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 conventione, 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 conventione penes creditorem fuit, & poſtea fortè amiſſa: ſed hoc caſu adhuc ſtatim & recta poſſeſſionem pignoris avocari poſſe: quæ ſententia non caret ratione. Neguſ. *de pign. part.* 8. *memb.* 1. *n.* 18.

12 *Pignoris 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, Græcus ἐνέχυρον, & præſertim ſi ſit mobilis: hypotheca autem cum res ſine traditione nuda conventione obligationi ſubjicitur. In pignore id noſtri ſumpſerunt 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 maximè 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 ἀπὸ τοῦ ὑποτίθεσθαι, 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 appellatione intelligatur ſpecies pignori contraria, id eſt, res, quæ ſine traditione nuda conventione tenetur, & maximè immobilis: 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 occurrat, ſed fiduciæ duntaxat, ut videre eſt apud Paulum in libris receptarum 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 Licinum Ruffinum *in collat. leg. Moſaic. & Rom. tit. de depoſ.* *Sed & in cæteris quoque partibus juris iſta regula* (de culpa præſtanda) *cuſtoditur: ſic enim & in fiducia judicio, & in actione rei uxoriæ & dolus & culpa deducitur*, &c. Papinianus apud eundem *tit. de atroc. injur.* *Per hominem liberum noxæ deditum ſi tantum acquiſitum ſit, quantum damnum dedit, manumittere cogendus eſt à Prætore, qui noxæ deditum accepit, ſed fiduciæ judicio non tenetur.* Fuit vero & hoc ipſum fiduciæ verbum generale, eoque tam pignus, id eſt, ἐνέχυρον, quam ὑποθήκη ſignificabatur. Cic. *in Topic. c.* 10. *Si tutor fidem præſtare debet, ſi ſocius, ſi cui mandaris, 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. *d. 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 fiduciæ dederit, &c.* id eſt, pignori vel hypothecæ. Hæc & Clariſſ. Salmaſ. *lib. de mod. uſur. c.* 14. VINN. Cave exiſtimes fiduciam fuiſſe hypothecam, quamvis in pignoribus & hypothecis conſtituendis uſus ejus eſſet frequentior. Erat nimirum fiducia ſingulare genus contractus, quo tunc utebantur, quoties ea lege quid mancipabant alienabantve, ut quandocumque placeret alienanti, res reſtitueretur. Id quod ſibi cavebant hac formula: *Uti inter bonos bene agier oportet, ne propter te tuamque fidem frauder.* Cic. *de Offic.* III, 17. *& ad Fam. Epiſt.* VII, 12. Hinc creditores non contenti pignus ſe habere, illud ſibi mancipari jubebant, addito tamen contractu fiduciæ, ut reddita pecunia, pignus reſtituatur. Iſid. Hiſp. *Orig.* V, 25. Ger. Noodt. *Obſ.* II, 8. Inde fiducia aliquando pro pignore locis hic citatis, & apud Cic. *pro Flacc. cap.* 8. *fiduciatus ſervus* pro oppignorato apud Paull. *Rec. Sent.* II, 13, 2. *fiduciare pignoribus alterum* apud Tertull. *de Idololatr.* Eodem fiduciæ contractu aliquando uſus eſſe in locatione conductione, ex Plauti *Bacch. Act.* IV. *Scen.* 4. *v.* 109. colligunt. Nec minus idem factum videtur in contractu depoſiti: ſaltim *fiduciam* pro depoſito dici a Cicerone *pro A. Cæcin. cap.* 3. & *pro Q. Roſc. Comoed. cap.* 6. non abs re conjecit Taubmann. ad Plaut. *p. m.* 489. Denique fiduciæ uſus in emancipatione liberorum ſatis notus eſt. Vid. *Antiqu. noſtr. Rom. lib.* 1. *tit.* 12. §. 9. HEIN.

TEXTUS.

De actionibus Prætoriis 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 pecuniæ conſtitutæ transfuſum eſt) & ea quaſi ſupervacua juſſa eſt cum ſua auctoritate à noſtris legi-*

legibus recedere. Item prætor proposuit actionem de peculio servorum, filiorumque familiarum; & eam, ex qua quæritur, an actor juraverit; & alias complures.

NOTÆ.

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 constituissent; sed tantum de rebus, quæ pondere, numero, mensura constant; & non nisi debito constituto, *l.* 2. *C. de const. pec.* add. Salmas *de mod. usur. cap.* 16.

In actionem pecuniæ constitutæ] 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 & constitutoriæ discrimina: & præcipua causa.*

HActenus actiones prætoriæ in rem: subjiciuntur deinceps, ut erat propositum, ejusdem originis actiones in personam. Actionum prætoriarum in personam quædam velut ex contractu & negotio gesto proficiscuntur, 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 hæ tres, de constituta pecunia, de peculio, ex jurejurando.

1 *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; *Fam.* v, 8. *Velim existimes, me ea, quæ tibi promitto, ac recipio, sanctissime esse observaturum.* Hæc autem receptitia actio tantum ad trapezitas sive mensarios aut argentarios pertinebat, apud quos, ut tum moris erat, pecuniæ & res civium Romanorum deponebantur. 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 competebat, receptitia sive pecuniæ receptæ.

2 *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 prætoria: illa tantum contra argentarios dabatur, hæc contra omnes, qui constituissent: 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 differentiæ hanc fuisse causam putat eruditissimus Salmasius *lib. de mod. usur. cap.* 16. quod olim mensarii auctionibus præerant, pretia rerum venditarum colligebant, ac redigebant: apud eos cujusque generis res deponebantur, quia publicæ fidei erant quasi sequestres. 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 *pecuniæ* omnibus rebus conveniret, *l. pecuniæ.* 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 alias complures] Cujusmodi sunt, quod jussu exercitoria, institutoria, tributoria, de in rem verso: quæ etiam explicantur *tit. proximo.*

TEXTUS.

De constituta pecunia.

9. De constituta autem pecunia cum omnibus agitur, quicumque vel pro se, vel pro alio soluturos se constituerint; nulla scilicet stipulatione interposita. Nam alioqui si stipulanti promiserint, jure civili tenentur.

COMMENTARIUS.

1. *Actionis de pecunia constituta introducta causa.*
2. *Singulare in hac actione.*
3. *Qui quibus ex causis hac actione teneantur?*
4. *Constituti & fidejussionis convenientia & dissimilitudo.*

ACtio de pecunia constituta edicto prætoris intro- 1
ducta 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 conventione, 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 conventione stabilitur ac confirmatur: nam nisi debitum sit, quod constituitur, prætor actionem non dat. Illud in hac actio- 2
ne, ut singulare observandum est, quod ea edicto proponitur non statim, sed sub conditione, si appareat, eum, qui constituit, neque solvere, neque fecisse, neque per actorem stetisse, quominus fieret, quod constitutum est, *l. si duo.* 16. §. 1. *& seq. l. sed & si.* 17. *&*

l. seq. de pec. constit. 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 inducenti 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 tit. 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, quove 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 citeriore 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 constituatur, eadem conditione suspenditur, ut existente conditione 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 constitutoriæ 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 solut.* quod ei beneficium ordinis & excussionis 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 tit.* 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 citeriore. 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 pactionibus suis non adhibebant, nullum hac in parte discrimen fuit inter ἀντιφώνησιν & ἐγγύην 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 filiifam. hîc profectitium tantum accipimus. *l.* 18. *in fin. de castr. pec. l.* 6. *& l. ult. C. de bon. quæ lib.*

COMMENTARIUS.

1. *Causa introducendæ actionis de peculio.*
2. *Hanc actionem non in rem, sed in personam esse.*
3. *An actio de peculio, quæ 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, quæ cum filio aut servo contracta.*
6. *Ex delictis actionem de peculio non dari.*
7. *Causæ, ex quibus servus dominum, filius patrem de peculio non obligant.*

ETiam actiones, quæ de peculio ex contractu filiifam. aut servi adversus patrem aut dominum dantur, sunt actiones in personam prætoriæ. Nam jure civili nemo ex alterius contractu obligatur, *l.* 1. *C. ne ux. pro marit. l.* 1. *C. ne fil. pro patr. l. pen. C. quod cum eo qui in al. pot.* Sed prætori æquum visum est, ex 1
contractu servi aut filii patrem & dominum, ad quos emolumentum contractus pertinet, saltem hactenus obligari, quatenus causa contrahendi, id est, peculium, filio aut servo concessum pateretur: ne scilicet qui bona fide cum servis & filiis contraherent, quos peculium habere scirent, circumvenirentur. Nam pater & dominus hoc ipso quod peculium filiis & servis concedunt, de eo se tacite obligare videntur, & simul servo & filio etiam jus contrahendi pro modo & quantitate peculii concedere, *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 2
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 legimus dominum & patrem de peculio obligari. Obligantur autem non ex sua persona, sed ex persona servorum & filiorum, propter eam causam, quam modo allegavimus. Plane in hoc 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 prætor propter peculium dominum teneri voluit, & tantum peculio tenus.

Actiones] Utitur numero multitudinis, quia tot ſunt actiones de peculio, quot ſunt rationes contrahendi, ut actio ex empto de peculio, ex vendito de peculio, mandati, commodati, depoſiti, &c.
3 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 debitores, *l. ſi quis.* 44. *de pecul.* ita & duæ ſint diſtinctæ actiones; an vero una ſit eademque actio. Et certum eſt, numero quidem haſce 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 peculio 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 actionis ex delicto adjectio; quanquam novam habet qualitatem, vid. *inſ. tit.* 8.

De peculio] Peculium ſervi ſimplex eſt & unius generis, totum in domini, à quo profectum eſt, poteſtate: unde & ſine exceptione dominus de peculio tenetur. Peculium vero filiifam. multiplex & non unius naturæ. Genera ejus ſingula diſtincte expoſita
4 ſunt *ſub tit.* 9. *lib.* 2. Ex ea autem diſtinctione intelligere licet, patrem non de omni peculio recte conveniri, ſed de profectitio tantum, 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 pater jus nullum habet, ſed ipſe filius locum ac jus patriſfam. in eo obtinet, *l. ex caſtrenſi.* 18. *in fin. de caſtr. pecul. l.* 30. *C. eod. l.* 2. *de ſen. Mac.* De peculio adventitio olim quidem ſimiliter, ut de profectitio in patrem actio competebat: ſed poſtquam Juſtinianus adventitii peculii proprietatem filio conceſſit, & pater tantum uſufructuarius hujus peculii & legitimus adminiſtrator factus eſt, deſiit ex contractu filii de hoc peculio conveniri poſſe, *l.* 6. *& l. ult. C. de bon. quæ lib.* multo minus igitur conveniri poterit eo caſu, quo filius plenam peculii adventitii proprietatem habet. Coſtalius poſt Bartol. *in l.* 1. *de pecul.* Chriſt. *vol.* 3. *deciſ.* 35. *n.* 2.

5 *Adverſus patrem & dominum*] Ita ut nihilominus ſalva maneat obligatio, quæ cum filio aut ſervo contracta 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 obligationis accipi poſſit, & pecunia à manumiſſo ſoluta non repetatur, *l. eo tempore.* 50. §. 2. *eod. l.* 14. *de obl. & act.* Itaque quod dicitur, in *dict. l. ſi quis.* 44 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.* 44. filiifam. tantum meminit. Illud per ſe planum eſt, pro eo, quod actor à patre aut domino actione de peculio conſecutus eſt, minui filii & ſervi obligationem: ut & illud, ſi filius conventus pecunia alicunde quæſita ſolverit, etiam patrem liberari.

Ex contractu] Additum hoc conſulto ad removenda 6
maleficia & quaſi maleficia: nam ex delictis cauſiſque pœnalibus actio de peculio non datur, *l.* 1. §. *ſi filiusfam.* 7. *de his qui dejec. l. ex pœnalibus.* 58. *de reg. jur.* Cui non obſtat, quod filio ex pœnali cauſa convento & in certam ſummam condemnato, pater tenetur actione judicati de peculio. Nam hic pater non convenitur ex delicto 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, *inſ. tit.* 8. Cæterum verbo contractus & quaſi contractum hic intelligere 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 contractus abſolute contractus vocetur, *l. ſed etſi.* 16. *de neg. geſt. l. ult. in quib. ca. pign. tac. d. l. ex contractibus.* 49. *de obl. & act.* Illud obiter notandum, eſſe 7
quoſdam contractus & 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 jusjurandum 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 in filium aut in patrem dari. De quo pluſcula ſuo loco in *fin. tit. ſeq.*

Ipſo jure] Ipſo jure idem hic valet, quod jure civili, uti & in §. 1. *inſ. 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 peculio tenus. 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 filiis & 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.

11. *Item ſi quis poſtulante adverſario jura-*

verit, deberi sibi pecuniam, quam peteret, neque ei solvatur, justissime accommodat ei talem actionem, per quam non illud quæritur, 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, quacunque ex causa juratum sit.*
3. *De quo genere jurisjurandi hic tractetur?*
4. *Quam ob causam hæc 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 conventione. *l. qui juravit. 26. §. ult. de jurejur.* Proinde talis etiam tunc, cum 1 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. & seqq. eod. l. 7. §. si petenti. 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 distingui; 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 appellatione veteris actionis intelligi. Dicitur actio in factum, qualis dari solet, cum dedi aut feci quid, ut vicissim dares aut faceres: juravi enim, te 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 prætoria, id est, utilis. Dicitur denique & vetus actio juranti dari, sed verbo magis, quam re; nimirum ob veterem causam, quam initio obtendere ad existimationem actoris nonnihil 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 quæratur, quam an juratum sit, omissa quæstione, an ex priore causa debeatur. *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. 30.* sed nemo, qui sapit, necessitati probandi ultro se subjiciet. Oldend. *class. 1. act. 9. in affin. rem.* Don. *c. 8. ad tit. de jurejur.* Proficiscitur 2 hæc actio ex conventione, *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 conventione, 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 & hic 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, eosve, qui in locum ejus successerunt, *l. 9. § ult. & l. seq. eod.* & ideo quamvis alii hic utilem in rem dari censent, per *d. l. 11. §. ult.* effectu tamen juris nihil interesse fatentur, in personam, an in rem hic agi dicamus. Donellus existimat, tractari solum hoc 3 loco de jurejurando, quo res transigitur nulla interveniente sententia, & nimirum de jurejurando voluntario, quod judicio nondum cœpto seu ante litem contestatam ex conventione 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. 31. 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 recusat, denegatur actio. Ubi de jurejurando judiciali agi, arguit relatio, cui in voluntario non est locus. *l. 17. pr. eod.* Oswald. Hillig. in Don. *lib. 24. c. 18.* E. Mudæus *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 4 ei fuerit jusjurandum. Nam remissi eadem vis, quæ præstiti, *l. 5. §. ultim. l. 9. §. 1. eod. l. 1. l. 8. C. eodem.* Remittit

mittit autem, qui deferente se, cum paratus esset adversarius jurare, gratiam ei fecit, contentus voluntate suscepti jurisjurandi, *l. 6. eod.*

Justissime accommodat 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 σέβας τῶ ὄρκων. Dato igitur jurejurando vel remisso non aliud quæritur, quam, an juratum sit, an parato jurare jusjurandum remissum, insuper habita quæstione, an debeatur; 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 objici, jurisque jurandi præstationem impedire aut remorari potuissent. Utique tamen salvæ manent exceptiones omnes, quæ etiam in causa judicati objici potuissent, *l. eum qui. 30. §. ult. eod.* Ant. Fab. *C. suo. eod. tit. defin. 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. Consulantur 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, cujusve dolo alius exemerit: & alias innumerabiles.*

NOTÆ.

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 quoque 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 corrupit? & quid hoc loco sit album?*
2. *Quid edictum perpetuum, quid temporale? & cur illud corrumpens actione populari teneatur: non item, qui hoc: & utrum pœna fisco applicetur, an litem 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? problematice.*
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 aliæ actiones prætoriæ pœnales.*

HAbuimus exempla quædam prætoriarum in personam actionum, quæ velut ex contractu ac negotio gesto proficiscentur, reique persecutionem continent. Sequuntur nunc exempla aliquot earum, quæ quidem & ipsæ prætoriæ sunt & personales, sed ex delicto veniunt, & pœnæ persecutionem 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 ἀυξητικὴ, ut bene doctus, bene magnus, bene longus. Cicero *lib. 2. de Ora. cap. 88. Habetis sermonem bene longum.* Idem *in Rull. cap. 22. Adolescens non minus bene nummatus, quam capillatus.* Oppius *de bell. Hisp. cap. 12. Cum bene magnam multitudinem telorum injecissent.* Et mox; *cap. 13. cum bene magnam partem muri consumsissent.*

Qui quid ex albo] Exemplum primum actionum 1
pœnalium ex jurisdictione prætoris introductarum, actio albi corrupti. In eum, qui album prætoris corrupit, 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 pœna conveniat judiciis popularibus. Hodie pro arbitrio judicis multari solet Bus. *ad d. l. 7.* Album hoc loco significat tabulam gypsatam, in qua edictum perscriptum proponebatur palam, ut unicuique legendi potestas esset. Cum autem duplex edi- 2
ctum sit; unum perpetuum, quod per universum prætoris

toris 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, pœnale hoc judicium conſtitutum adverſus eos tantum, qui quod juriſdictionis perpetuæ cauſa propoſitum eſt, corruperunt; 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. civeſque 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. Diſſent. Gomez. *hic. n. 15.* cujus 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 corrumpi tollive mandavit, *d. l. 7. §. ultim.* Quæritur autem, cum actio ex hoc edicto popularis ſit, utrum pœna fiſco applicanda, an privato litem occupanti. Sed verius eſt, litem occupantis lucro eam cedere: per *l. 12. de verb. ſign.* & ita poſt DD. comment. Gomez. *hic. n. 29.* Schneid. *n. 28.*

3 *Qui patronum vel parentem in jus vocaſſet.*] Alterum exemplum actionis prætoriæ pœnalis 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, diſtinentur, *l. 2. cum 2. 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, pœnale judicium quinquaginta aureorum, parenti, patrono, &c. conſtituit, *l. 4. cum aliquot ſeqq. l. pen. & ult. d. tit. l. 1. 2. 3. C.*

4 *eod.* Caulam huic edicto dediſſe exiſtimant veterem judiciorum Romanorum morem: ſic enim jus fuiſſe olim, ut qui in jus vocabantur, inviti cogerentur ire, alioqui vi adhibita & injecta manu reluctantes in jus trahere liceret: quod filio in patrem, liberto in patronum ſine veniæ petitione permittendum non fuerit, ita fere Duar. 1. *diſput. 1.* Rævard. *cap. 5. ad l. 12. tabb.* Cujac 10. *obſ. 10.* Hotom. Don. Vult. *ad hunc §.* qui omnes pro certo tradunt, jure Romano veteri vocationem in jus fieri ſolitam fuiſſe non tantum ſine ullo apparitore præceptove judicis, ſed paſſim etiam licuiſſe adverſario vocatum, ni confeſtim iret, vocantemque ſequeretur, aut ſatis vel cautum daret, ſe certo die affuturum, teſtibus adhibitis ducere, trahere, obtortoque, ut loquuntur, collo in jus rapere. Quod tamen, quamvis pauci, qui adduci non poſſunt, ut credant, violentam illam ductionem ſimpliciter & in quoſvis permiſſam fuiſſe. Quid enim ajunt, tam alienum à diſceptationibus civilibus, quam judiciorum omnium exordium fieri ab impreſſione & violentia? Nec vero illa, quæ tunt apud Comicos: *In jus ambula*; Item *In jus eamus*; & apud Plinium *in Paneg. c. 36. In jus veni: ſequere ad tribunal.* manus arguere injectionem. Illa quidem arguere, quæ legimus in *Eunucho: 4, 6, 31. In jus ducito.* In *Aulularia*, 4, 10, 30. *Ad prætorem te rapiam.* In *Rudent. 3, 6, 15. Rapior obtorto collo.* Item apud Horatium 1. *ſatyr. 9. v. 77. 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 obſtare 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 ſatiſd. cog.* hoc enim de volentibus 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 ire 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 quoſvis cives, ſed tantum in perſonas viles, & deſertores vadimonii exercitam fuiſſe. Sententia eſt D. Joan. Vaudi *lib. 2. quæſt. 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 judice multari: & ſi actoris nihil intereſt, adverſarium ſuo tempore veniſſe, pœnam à prætore remitti. In his regionibus ea pars edicti, quæ eſt 5 de magiſtratibus in jus non vocandis, non obſervatur: ſed poſſunt magiſtratus, omneſque, qui publico aliquo munere funguntur, æque ac quivis privatus in jus vocari, *art. inſtruct. Cur. Holl. 8. 12. & 38.* Buſ. Mornac. & Autumn. *ad l. 2. de in jus voc.* Zypæ. *not. 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:

tus: nam etsi apud nos in inferioribus tribunalibus apparitores sive nuntii nullo speciali judicis 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. Ad 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. Jas. *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. 13.* Fulgosus 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 Jasonis *hic. n 75.* inter affinitatem durantem & dissolutam, cum D. Diod. Tuldeno *comm. ad tit. de pœn. tem. litig. infrà cap. 5.* 3. Ad præceptorem, quia & hic discipulo suo parentis loco sit. Menoch. 2. *arb. jud. quæst. ult.* Alciat. *in l. 1. C. de in jus voc. num. 8.* Verum alii hoc improbant. Duar. *cap. 4. de in jus voc.* Jas. *hic. n. 78.* Alex. *in d. l. generaliter. 13.* Plerique tamen horum distinguunt inter citationem verbalem & realem, ut in illa veniæ 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 rarissimè locum habet, & non nisi ad commissionem judicis fieri potest, tanto minus hodie ista distinctione utemur. Considerandum vero, an inter ipsos præceptores non sit admittenda distinctio, separandusque a qualiquali præceptore operam leviter locante 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 cujusque universitatis aut civitatis sine venia in jus vocare universitatem aut civitatem suam: quoniam non minus patriæ suæ quisque, quam parentibus, debet. Grammat. *cons. civ. 40.* Viv. *opin. 119. lib. 2.* Schneid. *hic.* post Ang. Jas. *n. 44.* Contrarium tamen censuit aliquando Curia Mechlin. teste Christin. *vol. 2. decis. 90. n. 7.* Postremò sunt, qui nec dominum feudi à vasallo sine permissu judicis impune in jus vocari posse contendunt: inter quos & Merula noster *d. c. 12.* Sed communis opinio contrarium tenet. Mynsi. *4. obs. 92.* Gail. *de pignor. c. 15. n. 6.* D. Præs. Everh. *in locis legal. à liberto ad Vasall. in fin.* Schneid. *hic. n. 45.* Grot. *2. manuduct. cap. 41. in calce.* Plane, si dominus feudi simul sit & dominus territorii, non poterit à vasallo sine venia vocari, non quia vasallus, sed quia subditus, cui utique dominum eundemque Principem suum in jus vocare sine petitione veniæ licere non debet, Gail. *d. cap. 15.* Rol. à Val. *cons. 18. lib. 2.* Alciat. *ad l. 2. C. de in jus voc.* Arnold. de Reyg. *in addit. ad observ.* Mynsi. *92.* VINN. Sic ex uno absurdo sequuntur plura, ex una quæstione supervacua sexcentæ aliæ. Edicti Prætorii de parentibus & patronis sine venia non vocandis non alia fuit ratio, quam quod in jus vocatio publice sub dio facta merito ignominiosa videretur. Sive enim rapi potuisse nolentes ire dicamus, sive existimemus, vocare tantum licuisse: parum verecundum profecto erat, filium patri; libertum patrono in publico occlamare: *ambula in jus.* Noluit itaque Prætor eam vocationem sine venia fieri. At quid hæc causa ad citationem hodie receptam? An & hæc patris vel patroni pudorem sugillat? Quidni ergo cessante in universum hujus juris ratione, ipsum jus cessat? Sed ita multa passim sine delectu in fora recepta videas, quæ ipsi forte Romani, si ea apud nos fieri viderent, riderent. HEIN.

Qui vi exemerit eum] In eum, qui vocatum in jus vi exemerit, cujusve dolo alius exemerit, pœnale judicium à prætore constitutum est, *l. 1. & pass. ne quis eum, &c.* Pœna 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 judicium dari; quo non id continetur, quod in veritate est, sed quanti ea res est ab actore æstimata, de qua controversia est. Quod additum est, ut appareat, etiamsi calumniator quis sit, tamen hanc pœnam eum persequi. His autem verbis non significatur, actorem in litem juraturum; sed eam rem æstimaturum, quam petebat: ut exemptor, etiamsi res non deberetur, tamen ejus æstimationem solvat. Hodiernis moribus vix est ut huic judicio sit locus. 6

Et alias innumerabiles] Ὑπερβολικῶς pro *multas & varias:* veluti contra eum, per quem factum erit, quo minus quis in judicio 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. *tit. ff. si mens. fals. mod. &c.* 7

TEXTUS.

De præjudicialibus actionibus.

13. *Præjudiciales actiones, in rem esse videntur: quales sunt, per quas quæritur, an aliquis liber, an libertus sit, vel servus, vel de partu agnoscendo. Ex quibus fere una illa legitimam causam habet, per quam quæritur, an aliquis liber sit: cæteræ ex ipsius prætoris jurisdictione substantiam capiunt.*

NOTÆ.

13. *Præjudiciales actiones*] Præjudicia sive actiones

præjudiciales recte definiuntur à Theoph. formulæ sola intentione constantes, quæ condemnationem non habent. Nihil enim hîc 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. agnosc.*

COMMENTARIUS.

1. *Præjudicialium actionum definitio: earum genera & unde sic appellentur?*
2. *Cur actionibus in rem annumerentur?*
3. *De libertate inter quos agatur?*
4. *Inter quos vertatur quæstio de ingenuitate?*
5. *Actio de partu agnoscendo, cui, adversum quem, quo effectu detur?*
6. *Actio de jure familiæ inter patrem & filium.*
7. *Quid hæc differat ab illa de patre agnoscendo?*

DUobus generibus actionum constitutis, uno in rem, altero in personam, eorumque causis, quantum instituto convenire visum est, expositis occurrit Imperator tacitæ 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 possidetur, 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 tacitè hic removet, docens, etiam actiones præjudiciales ad superiorem divisionem pertinere; & nimirum eas videri esse actiones in rem: quam rectè, videbimus 1 inferius. Præjudiciales actiones sunt, quibus inter aliquos agitur de alterutrius statu, dum aut unus alterius statum oppugnans in eo aliquid juris sibi vendicat; 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 quæritur, utrum quis liber sit, an servus? alterum de ingenuitate, in quo quæritur, utrum quis libertus sit, an ingenuus? tertium de jure familiæ, in quo quæritur, 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 ingen. 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 hared. petit. l. ult. C. eod.* sed ex fine harum actionum proprio, quia etiam præjudicii aliis rebus faciendi causa ex professo instituuntur, atque ut instituuntur, ita & sine exceptione omnibus faciunt, etiam inter alias personas, inter quas postea de eodem statu quæstio 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 2 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 restituere.* 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 *hic. & 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 Treutl. *vol.* 2. *disp.* 26. *thes.* 4. ubi ex professo Vultejum refellit.

An aliquis liber] Prima præjudicialis actio de liber- 3 tate, quæ eadem & causa liberalis, & liberale judicium dicitur, *tit. ff. & 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 confessoriæ similem; in servo in libertatem proclamante similem negatoriæ, *l.* 7. § *ult. l.* 10. *de lib. caus.*

An libertus sit] Secunda actio præjudicialis, in qua 4 quæstio 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 agitur, ingenuum esse contendit. Prior jus patronatus sibi vendicat actione velut confessoria; alter ingenuitatem negativa: atque alterutro agente præjudicium redditur, *l. circa.* 14. *l. quoties.* 18. *de probat. l. ult. si ingen. esse dic.* Quæsitum est, an contra vasallos nostri temporis, qui nolunt dominum recognoscere,

noſcere, utile hoc præjudicium detur? Negant Jo. Fab. Zaſ. Schneid. *hic. n.* 20. & DD. comm. Alio autem pacto domino conſuli ajunt; quippe qui fundum, tanquam commiſſum auferre poſſit.

5 *De partu agnoſcendo*] Tertia præjudicialis, in qua quæritur 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 quæritur, vi ipſa hoc quæritur, an partus ſit filius & in poteſtate? altera, qua agitur inter patrem & filium; in qua & ipſa idem illud quæritur, & apertè, 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 maritum 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, agnitum 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. §. *pœna.* 4. & §. *antepen.* Quæ res facit, ut de eo judicio poſſit experiri, non
6 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 petat, ut talis pronuntietur, & pro tali agnoſcatur: 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 declaretur; 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 conſtiterit filium non eſſe, ceſſat exinde alendi neceſſitas, *d. l.* 1. §. *Julianus.* 12. & §. *antepen.* Dubium vero non eſt, quin hic neganti actio in eam rem detur: & 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 7 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 agitur, & contra etiam neganti: atque ex contrario filio quoque in utramque partem datur. Denique in hac non quæritur, an quis ſit filius ex cauſa juſti 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 Bart. Spec. Jaſ. Zaſ. concludit Schneid. *hic. n.* 34. Duo priora nobis incognita ſunt, quia ſervos aut libertos non habemus.

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 prætore circa hoc judicium conſtituta ſint, ut patet ex inſcriptionibus reſponſorum 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 quæ jam actoris eſt, magis ejus fieri poteſt. Plane odio furum, quo magis pluribus actionibus teneantur, effectum eſt, ut extra pœnam dupli aut quadrupli, rei recipiendæ nomine fures etiam hac actione teneantur,* Si appareat eos dare oportere: *quamvis ſit adverſus eos etiam hæc 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 expeditu eſſe, quomodo furi res condici poſſit, ſeu cum eo ſic agi, ut intendamus, eum rem noſtram nobis dare debere.*

3. *Condictionem 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 infert, non poſſe eum, qui rem ſuam ab aliquo petit, hac 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 deberi poſſit, tamen ex pluribus cauſis idem non poſſe noſtrum eſſe, *l.* 14. §. 2. *de exc. rei jud. l. non ut.* 159. *de reg. jur.* Sic item in ſtipulationibus verbum dandi ſtrictè accipitur, *l. ubi autem.* 75. §. *ult. de verb. oblig.* indeque eſt, quod nemo rem ſuam ſibi dari utiliter ſti-
1 pulatur, *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 commodis, & id, quod intenditur, utcumque exprimentibus, concipere, *l.* 1. & 2. *C. de form. & imp. ſubl.* maximè 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 judicii 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. *conſ.* 47. *n.* 6. Greg. Tholoſan. 43. *ſyntagm. cap.* 2. D. Tulden. *C. de form. & impetr. num.* 2. Chriſtin. *vol.* 2. *deciſ.* 146. Merul. *lib.* 4. *diſt.* 4. *ſect.* 3. *tit.* 1. *cap.* 2. ubi tradit, libellos ſive concluſiones nunc formari ſecundum morem & ſtylum cujuſque curiæ aut fori, ubi lis eſt: ſecus conceptas ab auditoribus explodi, & à judice rejici ſolere. Formulæ concluſionum, apud nos uſitatæ, in manibus omnium verſantur, bonamque earum partem congeſſit D. Merula *d. tit.* 1. *c.* 2. Plures auctor libri, cui titulus, **Het nieu verbeterde ende vermeerderde Papegay.**

Plane odio furum] Exceptionis ſuperioris regula. Una in cauſa receptum eſt contra ſuperiorem definitionem, ut quis rem ſuam ab aliquo petens hac formula judicii experiri poſſit, *ſi paret, eum dare oportere*; nempe in re furtiva adverſus furem, *l.* 1. & *paſſim de cond. furt.* Ulp. *l. ult. in fin. uſusfr. qu. cav.* breviter regulam cum exceptione ſic expreſſit; *nemo rem ſuam, niſi furi, condici poteſt.* Cur hoc in cauſa furtiva contra regulam receptum ſit; docet hic Juſtinianus, nimirum propter o-
2 dium 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 dominium 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 condictionem 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 petitæ dominum. Nodus hic indiſſolubilis eſt, niſi dicamus, in cæteris condictionibus verbum dandi proprie & ſtricte acceptum, eoque intellectam tantum dominii tranſlationem; in condictione autem furtiva idem verbum laxius & improprie ſumptum, ut eo vi ipſa ſignificaretur rei reſtitutio: quod & Gloſſ. hic innuit, & facit *l. ſcire.* 29. §. 1. *de verb. obl.* Cæteroquin 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, condictiones omnes contra furem degenerare. *fac. l. ult. in fin. uſusfr. 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. amot.* Gomeſ. *hic. n.* 28. poſt Accurſ. Jo. Fab. Angel. Jaſ. In eadem cauſa cum furibus ſunt & raptores cæterique violenti poſſeſſores: nam & ei, qui vi aliquem de fundo dejecit: 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, maximè ſi quarundam vi & poteſtate fortius & efficacius teneatur. Itaque etſi adver- 3
ſus furem præter actionem furti pœnalem 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 pleniorem 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 condictio furtiva, §. *ult. ſup. de oblig. quæ ex del. l.* 1. & *tot. tit. de cond. furt.* Commodum condictionis duplex. Primum in eo, quod etſi tam condictio hæc, quam rei vindicatio ſoli domino datur, tamen hoc intereſt, quod in vindicatione is, qui agit, probare debet ſe dominum eſſe; in condictione ſatis eſt, ſi ſe dominum eſſe dicat. Neque enim furi permittendum, ut referat quæſtionem dominii. Sed & abſurdum eſſet, ab eo, qui intendit, rem ſibi dari oportere, quod facit, qui condictione experitur, probationem dominii exigere. Quod autem ſoli domino condictio dari dici-

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. quæ ex del.* Alterum positum in eo, quod rei vindicatio non nisi adversus possessorem eumve, qui dolo malo possidere desiit, detur; condictio autem furtiva adversus furem competat, etiamsi 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 condictio etiam re perempta locum habeat, nec rei interitu fur liberetur, *l.* 8. *l. ult. de cond. furt. l.* 2. *C. cod. & 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 servum.* 91. § *sequitur.* 3. *de verb. oblig.* Idem vero effectus moræ non est adversus possessorem, sed qui rem sine dolo possidere desiit, ut maximè 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 fuerit, *l. item si.* 15. §. *ult. d. tit.* 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. *hujus tit.* Porro ex prædictis apparet condictionem 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, condictiones. Condicere enim est denuntiare, prisca lingua. Nunc vero abusivè dicimus, condictionem, actionem in personam esse, qua actor intendit dari sibi oportere. Nulla enim hoc tempore eo nomine denuntiatio fit.*

NOTÆ.

15. *Condictiones*] Quædam tamen actiones in personam hoc nomen sibi velut proprium fecerunt, *l.* 36. *hoc tit.* ut condictio certi, indebiti, sine causa, ob causam dati, triticiaria, & lege, &c.

Condicere est denuntiare] Donat. *ad Phorm. act.* 1. *scen.* 2. Festus, *Condictio in diem certum est ejus rei, qua de agitur, denuntiatio.* Significat autem denuntiationem mutuam, sed utriusque litigantium. Condicere enim est simul dicere, & diem in commune dicere, quo in judicium veniatur.

COMMENTARIUS.

1. *Vindicare quid? lis vindiciarum: vindiciæ, & alia.*
2. *Quid veteribus sit condicere, & cur inde actio in personam dicta condictio?*
3. *Pro veteri condictione quid postea institutum, & quid hodie?*

HActenus 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 occurrent, 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 condictiones.* Eadem sententia Ulpianus in *l. actionum.* 25. *de obl. & act. Actionum*, inquit, *duo genera sunt, in rem, quæ dicitur vindicatio, & in personam, quæ condictio appellatur.* Pertinet vero hoc ex æquo ad omnes utriusque generis species. Neque enim solum actio, qua rem dominii nostri petimus, vindicatio dicitur; sed etiam illæ, quibus cætera in rem jura, veluti usumfructum, servitutes, pignora, persequimur, *l.* 1. *& passim. si usufr. pet. & tit. si serv. vind. l. ult. de pign. act. l. si fundus.* 16. §. *in vindicatione.* 3. *de pign.* Et contra omnis in personam actio condictio dicitur: quanquam nonnullæ hujus generis hoc nomen sibi velut proprium fecerunt, *l. cessat.* 36. *de obl. & act.* ut condictio 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 conseri & vim quandam adhiberi solitam, quam Cicero in *Orat. pro Cæcin.* quotidianam, A. Gell. *lib.* 20. *noct.* 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 constet. 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 mutuæ essent vindicationes, vid. *sup.* §. 1. *sub fin.* necessario eveniebat, ut in omni controversia proprietatis simul ipsa quoque possessio dubia & controversa efficeretur, ac proinde priusquam judicium perageretur & principalis quæstio de proprietate terminaretur, sententia ferenda esset super possessione. Quæ controversia dicebatur lis *vindiciarum*, & uno verbo *vindiciæ*, à vindicando, & numero quoque singulari *vindicia*, auctore Servio Sulpitio apud Fest. in voce *vindiciæ*, ubi Festus ait, Servium dixisse, *vindiciam esse, cum de aliqua re controversia est, ab eo, quod vindicatur.* Fiebant autem vindiciæ correptione manus, & quidem ex duodecim tabulis in re atque loco præ-

senti apud prætorem; postea autem in agrorum controversiis in gleba ex agro, de quo litigabatur, in jus allata; in qua Gellius 20. *noct.* 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 recredentiam vocant, licet id pro certo tradunt DD. Budæus & Hotomannus; sed eo verbo veteres significasse controversiam de toto negotio, seu de possessione simul & proprietate. Quod etiam evidenter ostendit locus Asconii in *orat.* 3. *Verrin. c.* 45. quem ideo adscripsi. *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, satisdat pro præde litis vindiciarum adversario suo, quo illi satisfaciat, nihil se deterius in possessione facturum, de qua jurgium est. Rursus sponsione ipse provocatur ab adversario certæ pecuniæ aut æstimationis, quam amittat, nisi sua sit hæreditas, de qua contendit.* 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 quoque, quæ ex agro sumptæ in jus afferebant, nonnunquam vindicias appellant, sed per metonymiam subjecti. Nam in re controversa fiebant vindiciæ, & in glebis 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 denuntiare*] Quod Justinianus hic ait, condicere, prisca lingua esse denuntiare, id etiam Festus in ea voce notat. *Condicere*, inquit, *est dicendo denuntiare: & condictio est ejus rei, qua agitur, denuntiatio.* Donat. in illud *Phorm. act.* 1. *scen.* 2. *& tibi scribam dicam: à denuntiatione*, inquit, *in personam: ne diceret, non mihi denuntiasti.* Theophilus tradit, priscis temporibus moris fuisse, ut is, qui cum aliquo litem habebat, adversario suo denuntiaret, ut hoc vel illo die ad judicium 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 condictio. 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 judicium 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 cœnam, pro denuntiare alicui ut adsit: & vice versa denuntiare & promittere te adfuturum. Cic. ad Lentul. *Fam.* 1. *ep.* 9. *Crassus cum mihi condixisset cœnam, cœnavit apud me in mei generi Crassipedis hortis.* Sueton. in Tib. *cap.* 42. *Sexto Claudio libidinoso at prodigo seni cœnam 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 sponsorem dare compellebatur, fore, ut constituto die se judicio sisteret: quæ res vadatio dicebatur, & ante litem contestatam fiebat. Constituto deinde à Prætore judicio, diem committendi judicii simul dicebant, id est, communi consensu constituebant invicem denuntiando, actor denuntiando reo, quo die vellet eum in judicium venire; reus denuntiando actori se eo die affuturum: idque uno verbo dicebant diem condicere; & hinc condictio, mutua illa denuntiatio. Quia vero ad hanc rem ferè tertium sive perendinum diem sumere solebant, inde natum nomen comperendinationis. Nemo hoc planius exponit Asconio, qui *Verrina* 3. *c.* 9. 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 judicem, qui dabatur post tertium diem: quo dato, deinde inter se in perendinum diem, ut ad judicium venirent, renuntiabant.* Atenim cum hæc sive condictio sive denuntiatio, sive comperendinatio omnibus in judiciis fieri soleret, sive in rem, sive in personam ageretur, quæ causa est, quod sola actio in personam nomine condictionis 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 judicii commune relictum fuisse. Prolixius hæc exequitur D. Hotomannus. VINN. Semper existimavi, hanc rationem non sufficere. Ea potius repetenda videtur a vetere more litigandi. In judiciis realibus vis quædam imaginaria vel manus injectio observabatur: unde illa dicebantur VINDICATIONES. Contra in personalibus nulla vis imaginaria, nulla manus consertio, sed tantum verbis inter se agebant & sponsionibus se provocabant litigantes. Unde actionibus his CONDICTIONUM nomen datum, quia sibi invicem condicebant, id est promittebant per sponsiones. e. g. Actor reum provocabat: *Spondes ne centum, si dare facere debebis?* respondebat reus: *spondeo*, simulque actorem provocabat: *Tu vero spondes centum, ni dare facere debeo?* Respondebat actor: *spondeo.* Hoc vero & proprie erat *condicere*, id est, promittere. Observabantur quidem tales sponsiones etiam in judiciis in rem: sed quum ibi vis imaginaria actus esset notatu digniſſimus, maluerunt ab illo nomen his imponere, *condictionis* vocabulo judiciis personalibus relicto. HEIN.

Nunc vero abusive dicimus condictionem] Rectè *abusivè*: quia non est in re, quod verbo significatur. Abusus autem

autem hac ratione defenditur, quod primo actio in perſonam ejuſmodi condictionem habuit, à quo proficiſceretur. Re ſublata manſit nomen, quod initio actioni fuerat; quemadmodum & in aliis pleriſque rebus priſcis adhuc appellationibus utimur, quantumvis uſu rei exoleto.

3 *Nulla hoc tempore denuntiatio*] Juſtiniani ætate vetus illa condictio & ſolennis illa ad judicium denuntiatio obſoleverat. Suſtulere eam Impp. Arcadius, Honorius & Theodoſius; quorum conſtitutio extat in *l. ſi quis. 6. C. Theod. de denunc. 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 jure nunc utimur, ut executor vocato diem dicat, & moderatum tempus ad deliberandum concedat, prout res, perſona vocati, locus, cæteræque 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.*

TEXTUS.

Diviſio ſecunda.

16. *Sequens illa diviſio eſt, quod quædam actiones rei perſequendæ gratia comparatæ ſunt, quædam pœnæ perſequendæ, quædam miſtæ ſunt.*

COMMENTARIUS.

1. *Quid hic vocetur rei perſecutio, quid pœna, & uſus hujus diviſionis?*

PRoponitur hic alia actionum diviſio ſumpta ab objecto, quippe quæ docet, quid quaque actione petatur. Diviſio hæc eſt, quod quædam actiones rei perſequendæ gratia comparatæ ſunt, quædam pœnæ, quædam tam pœnæ quam rei, & ob id mixtæ. Quæ horum alterutrum aut utrumque continet, 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 omiſſum eſt, docebit nos definitio rei perſecutoriarum à Paulo tradita, *l. in honorariis. 35. de obl. & act.* Illic enim ſic Juriſconſultus ſcribit; *Illa* (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 deſiit, 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 conventione promiſſa, quæ & ipſa caveri ſolet loco ejus, quod intereſt, §. *ult. de verb. obl. l. ult. de præt. ſtip.* Quare quæcumque ſunt actiones, quibus horum aliquid perſequimur, eas dicemus eſſe rei perſecutorias; quod ipſum etiam ſpecies ſubjectæ declarant. Et rurſus ex contrario, quæ alicujus rei ex ſuperioribus perſecutionem 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. Uſus 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 *ſub tit. de perp. & temp. act.*

TEXTUS.

De rei perſecutoriis.

17. *Rei perſequendæ cauſa comparatæ ſunt omnes in rem actiones. Earum vero actionum, quæ in perſonam ſunt, eæ quidem, quæ ex contractu naſcuntur, ferè omnes rei perſequendæ cauſa comparatæ 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, ruinæ, 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 miſta eſt actio.*

NOTÆ.

17. *Quæ ex contractu naſcuntur*] Illæ omnes rei perſecutionem continent, quibus perſequimur, quod ex patrimonio nobis abeſt. *d. l. 35. h. t.* Ex patrimonio nobis abeſſe dicitur. 1. quod eſt in patrimonio, ſed ab alio tenetur. 2. quod eſſe deſiit, ſed ex obligatione reſtituendum. 3. quod nobis debetur ex contractu. 4. quod ejus, quod nobis abeſt, æſtimationem continet: quo etiam refero pœnam conventione promiſſam. §. *ult. ſup. de verb. obl.*

COMMENTARIUS.

1. *Actiones in rem omnes rei perſecutoriæ.*
2. *An perſonalium ex contractu aliæ mixtæ, quam illa ex depoſito miſerabili?*
3. *Cur hæc excepta: & cur in hæredem tantum ex proprio dolo detur?*

OMnes in rem] Actiones in rem omnes comparatæ ſunt rei perſequendæ gratia; quippe quibus 1

omni-

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 reſtituere.* 68. *de rei vind. l.* 5. *de in lit. jur.* & quod hoc jurejurando contumacia punitur, cum actori permittatur rem æſtimamare 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 ſit: 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 perſequendæ] Actiones quoque in perſonam, quæ ex contractu naſcuntur, rei perſecutoriæ ſunt: quoniam & his nihil aliud per-
2 ſequimur, 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 ædil. 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 ſervus.* 4. *d. titul.* Sic actio qua dupla petitur nomine evictionis, non pœnæ, ſed rei perſequendæ cauſa inſtituitur; quia ex ſtipulatione duplæ competit, *l.* 2. *& paſſ. de evict. l. quod ſi nolit.* 31. §. *quia aſſidua.* 20. *de ædil. edict.*

Tumultus, incendii, &c.] In eum, qui tumultus, incendii, ruinæ, naufragii cauſa depoſitum inficiatus erit, ejuſve hæredem fraudulentum, actio in duplum
3 à prætore redditur, *l.* 1. §. 1. *depoſ.* 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. depoſ. 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 confitentem tantum in ſimplum actio eſt. *d. l.* 1. §. *hæc autem.* 4. *depoſ.* §. *ſed furti.* 28. *inf. hoc tit.*

Aut cum hærede 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 judicium datur, *d. l.* 1. §. 1. *l.* 18. *depoſ.* Non obſtat, quod paſſim traditur, actiones ex contractibus 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 proditæ actiones, aliæ tantum pœnæ perſequendæ cauſa comparatæ ſunt: aliæ tam pœnæ, quam rei perſequendæ; & ob id miſtæ 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, ſuam eſſe petens, ſive fur ipſe eam rem poſſideat, ſive alius quilibet. Eo amplius adverſus furem etiam condictio eſt rei.*

De mixtis, hoc eſt, rei & pœnæ perſecutoriis.

19. *Vi autem bonorum raptorum actio miſta eſt, quia in quadruplo rei perſecutio continetur: pœna autem tripli eſt. Sed & legis Aquiliæ actio de damno injuria dato miſta 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 miſta eſt actio contra eos, qui relicta ſacroſanctis Eccleſiis, vel aliis venerabilibus locis, legati vel fideicommiſſi nomine dare diſtulerint, 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 ſit condemnatio.*

NOTÆ.

18. *Aliæ tantum pœnæ perſequendæ*] Paul. *l.* 35. *hoc tit.* perſe-

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. quæ quaſ. ex cont.*

COMMENTARIUS.

1. *Pro mere pœnalibus eſſe & certa quantitatis pœna perſecutorias.*
2. *Quæ quibus exceptis mixta?*
3. *Pro pœnalibus quæ habeantur, cum à parte actoris pœnales non ſint?*

EX maleficiis actiones quæ ſunt, omnes perſecutionem pœnæ habent: ſed quædam ex his pœnæ ſolius, pleræque autem pœnæ ſimul & rei; quæ proinde mixtæ ſunt. Duæ tantum excipiendæ, condictio 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. quæ ex del. d. l.* 7. §. 1. *de cond. furt.* Ejuſdem generis eſt & actio injuriarum; quippe qua nihil, quod nobis abeſt perſequimur, ſed tantum vin-
1 dictam criminis, *l.* 7. §. 1. *de injur.* Pro pure pœnalibus habendæ etiam ſunt, actio de albo corrupto, *l.* 7. *de juriſd.* §. *pœnalis.* 12. *ſup. hoc tit.* actio de parente aut patrono ſine venia in jus vocato, *d.* §. 12. *l. pen. & ult. de in jus voc.* item actio de ſuſpenſo & poſito, §. 1. *tit. præc. l.* 5. §. *prætor.* 5. *de his qui dejec.* denique omnes illæ, quibus non perſequimur duplum, triplum aut quadruplum, ſed certam pœnæ ſummam delicto ſimpliciter impoſitam, 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. quæ ex del.* ubi ubi hoc latius explicatum eſt.

Vi bonorum raptorum actio miſta] 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 Aquiliæ actio] Actio quoque legis Aquiliæ de damno injuria dato mixtam cauſam obtinet, ſeu partim rem, partim pœnam perſequitur, ſive adverſus confitentem 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. Aq.* §.
2 *ult. ſup. de obl. quæ qu. ex contr.* Sed & cæteræ quoque actiones ex maleficiis præter furti & injuriarum, certæque quantitatis pœnæ perſecutorias, quæ mere pœnales ſunt, & condictionem furtivam rerumque amotarum actionem, quæ ſunt rei perſecutoriæ, omnes ſunt mixtæ, id eſt, rei ſimul & pœnæ perſequendæ cauſa 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. *ſeqq. quod met. ca.* de calumnia, *l.* 5. §. 1. *de calumn.* tripli & quadrupli ob majores ſportulas exactas, §. 24. & *ſeq. inſ.* &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. quæ qu. ex del.* Illud 3
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 habetur, eoque nec adverſus hæredes datur, quamvis propoſita ſit ei, cui eo facto quid abſit; atque ita rei perſecutionem contineat, *l.* 9. §. 1. *quod falſ. tut.* de quo diligentius differimus *inſ. de perp. & temp. action.* §. 1.

Relicta 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. quæ 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. *inſ.* Scholiaſtes Theoph. ὁ μόνον ἐξ ἀρνήσεως, ἀλλὰ καὶ ἐξ ὑστερεθέσεως, ἢ διπλωσις εἰσάγεται. τοῦτο εἴρηται βιβ. α. τ. κωδ. τ. γ. διατ. με. hoc eſt, *l.* 45. *C. hoc tit.* in editione Gothofr. & Pacii eſt *l.* 46.

TEXTUS.

De mixtis, id eſt, tam in rem, quam in perſonam.

20. *Quædam actiones miſtam cauſam obtinere videntur, tam in rem, quam in perſonam: qualis eſt familiæ erciſcundæ actio; quæ competit cohæredibus de dividenda hæreditate. Item communi dividundo; quæ 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 & æquo adjudicare: & ſi unius pars prægravari videbitur, eum invicem certa pecunia alteri condemnare.*

NOTÆ.

20. *Quæ competit hæredibus*] Tres hæ actiones familiæ erciſcundæ, communi dividundo, finium regundorum, ex lege 12. tabularum deſcendunt, *l.* 1. *fam. erc. l. ult. fin. reg.* quæ ideo conſtitutæ, ut communio,

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.*

COMMENTARIUS.

1. *Quo sensu & quam ob causam actiones hic propositæ dicantur mixtæ?*
2. *Judicium fam. erciscund. inter quos reddatur, & quid contineat?*
3. *Inter quos qua de re agatur communi dividundo?*
4. *Inter quos finium regundorum, & cujus rei gratia?*

PEr occasionem, quod proxime dixerat de actionibus mixtis, subjicit tres alias actiones, quas & ipsas mixtas videri ait, videlicet, familiæ erciscundæ, communi dividundo, finium regundorum; sed quæ longe diversi sunt generis, longeque 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
1 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. & act.* & 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 coheredes.* 44. §. *qui familiæ.* 4. *fam. erc.*

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 fine & effectu nonnihil 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.* VINN. Sed tu vide quoque sis, quæ ibi adnotavimus. HEIN.

Quæ competit coheredibus de dividenda hæreditate] Judicium familiæ erciscundæ est, quod inter cohæ-
2 redes redditur de dividenda hæreditate, hoc est, quo hæres agit adversus cohæredes suos, ut res hæreditariæ, prius indivisæ, dividantur, & à communione discedatur, *l.* 1. *fam. erciscund.* Estque hæc princeps hujus judicii causa, sed non sola: nam & præstationes quasdam personales continet, quibus hæres hæredi propter communionem rerum est obnoxius, *l. item Labeo.* 22. §. *penul. d. tit.* Ubi Ulpianus ait, judicium familiæ 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 §. *familiæ.* 4. *inf. de off. judic.* Præstationes personales inducuntur aut lucri aut damni aut impensarum nomine, quæ quidem res in re communi inciderunt. Lucri, ut si quid ad unum ex hæredibus pervenit ex re communi, id cæteris hæredibus communicet, *l. inter.* 44. §. 2. & 3. *fam. erciscund. 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 culpæ* 18. *fam. erc. cujus exempla in l. & puto.* 16. §. *pen. l. inter.* 44. §. *quod ex facto.* 5. *eod.* Impensarum, ut si quæ ab uno hærede in res hæreditarias factæ sunt, quas propter partem suam necesse habuit facere, ei à cæteris pro rata refundatur, *l. his consequenter.* 18. §. *sumptuum.* 3. *eod.* Eodem referimus, si unus pecuniam à defuncto sub pœna aut pignoribus debitam solverit, *d. l. hæredes.* 25. §. *idem juris.* 13. & *seq.* Indicantur hæc genera in commune, *l. ambus casibus.* 34. *pro soc.* in judicio communi dividundo, *l.* 3. *comm. div.*

Communi dividundo, quæ inter eos redditur, inter quos aliquid commune est, ut id dividatur] Communi divi- 3
dundo judicium 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 hujus judicii item duplex; unus, ut recedatur ab harum rerum communione; alter, ut utrinque præstetur, quod alterum alteri præstare oportet, lucri, damni, impensarum nomine. Nam & hoc judicium 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 judicio cum altero communia, *l.* 6. §. *cætera.* 11. *comm. div.*

Finium regundorum inter eos agitur, qui confines agros 4
habent] Finium regundorum judicium 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 judici 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 & æquo adjudicare] Quid judicem hic in unoquoque horum judiciorum sequi oporteat, explicatur plenius *inf. de off. jud.* §. *si familiæ.* 4. & 2. *seqq. de off. jud.*

TEX-

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?*

TErtia hæc actionum diviſio eſt, ſumpta & ipſa ab objecto, ſed ſuperiori diſſimilis in eo, quod illa explicat, quid quaque actione petatur, reſne 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
1 quadruplum autem nullam actionem extendi. Quid ergo, nullane actione plus quam quadruplum perſequi poſſumus? Si quis ſciens tignum vitioſum 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 abſtulit, 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. Aq.* §. *illud.* 10. *ſup. eod.* Atqui in his omnibus litis æſtimatio longe excedere poteſt quadruplum pretii ejus rei, in qua aut per quam damnum 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, & τὸ intereſſe actoris, etſi interdum longe & vel decuplo pluris æſtimetur, quam quanti valebat corpus, in quo vel per quod damnum datum eſt, ſimplum tamen ſemper eſt reſpectu univerſi damni, quod actor ſenſit: & 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.

IN ſimplum ſunt omnes actiones, quæ rei perſecutionem 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 inficiationis 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 pœnalibus 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 conſtituatur, ut cum pœna conſtituitur in decem, viginti aut quinquaginta aureos, *l.* 7. *de juriſd. l. penult. de in jus vocat l.* 5. §. *ait prætor.* 6. *de his qui dejec. 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.

TEXTUS.

In duplum.

23. *In duplum agimus, veluti furti nec manifeſti, damni injuriæ ex lege Aquilia, depoſiti ex quibuſdam cauſis. Item ſervi corrupti, quæ competit in eum, cujus hortatu conſiliove ſervus alienus fugerit, aut contumax adverſus dominum factus eſt, aut luxurioſe vivere cœperit, aut denique quolibet modo deterior factus ſit. In qua actione earum etiam rerum, quas fugiendo ſervus abſtulerit, æſtimatio deducitur. Item ex legato, quod venerabilibus locis relictum eſt, ſecundum ea, quæ 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.*

Depoſiti ex quibuſdam cauſis] Quæ comprehenſæ ſunt edicto, nempe *tumultus, incendii, ruinæ, naufragii. l.* 1. §. 1. *depoſ.* §. *rei perſequendæ.* 17. *in fin. ſup. hoc tit.*

Quæ 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. quæ ex del.* Venit in hoc judicium etiam earum rerum æstimatio, quas secum servus abstulit. Duplatur enim omne damnum, *l. in hoc.* 10. *eod.* De filio filiave familias corruptis utilis actio competit officio judicis 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 æstimatione quantitatem in libello conventionis inserunt, ut ex hac causa viatores, id est, executores litium ampliorem summam sportularum nomine exigerent. 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, quæ in nostro Codice fulget, quam procul dubio certum est, ex lege condictitia emanare.*

COMMENTARIUS.

UNa actio in triplum hic commemoratur, lege Justiniani constituta adversus eos, qui majorem summam vera æstimatione in libello conventionis inserunt dolo malo, qui viatores, id est, apparitores seu litium executores, §. *seq. inf. l.* 5. §. *ne tamen.* 13. *de reb. eor. qui sub tut.* 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 judicio exprimebat, qui libellus postea ad absentem per oratorem mittebatur.

Ampliorem summam sportularum] Sportulas appellat mercedes sive salaria executorum, quæ Græcis ἐπιβατικὰ, ut plane constat ex *l. omnes.* 33. §. *executoribus.* 5. *C. de Episc. & Cler. l. in sacris.* 12. *C. de prox. sacr. scrin. 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 petitæ 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 minorem summam, quam quæ petita fuit, condemnato, adversus actorem, qui plus libello comprehendit, quam ei debetur, ut viatores hac occasione plus etiam sportularum nomine exigerent. 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 condictitia emanare] Locus hic procul dubio mendosus est, & sic cum Ruffard. Cont. Cujac. qui etiam ad libros veteres provocant, restituendus; *Ex qua procul dubio certum est ex lege condictitiam emanare.* Ut sit sensus, hanc in triplum actionem ex constitutione Justiniani, esse condictitiam ex lege, sive ejusmodi actionem, quæ condictio ex lege dicitur. Nam quoties nova lege obligatio introducitur, 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, quæ in hoc data sit, ut is, cui datur, calumniæ causa negotium alicui faceret, vel non faceret. Item ex lege condictitia nostra constitutio oritur, in quadruplum condemnationem imponens iis executoribus litium, qui contra nostræ constitutionis normam à reis quicquam exegerint.*

NOTÆ.

Calumniæ causa negotium] *l.* 1. *l.* 3. *de calumniat.* Et hæc item actio mixta est conjunctim pœnam & rem persequens, *l.* 5. §. 1. *d. tit.* Est autem negotium alicui facere calumniæ causa, judicio calumnioso aliquem vexare. Quint. *lib.* 5. *cap.* 12.

Ex lege condictitia nostra constitutio] Leg. *Ex lege condictitia ex nostra constitutione oritur.* Ex lege condictitia, id est, condictitia actio ex lege, quomodo & Theoph. hunc locum interpretatur. Hanc actionem & ipsam mixtam esse apparet ex *Nov.* 124. *cap.* 3.

COMMENTARIUS.

REcensentur 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 pœnalis 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 judicis non restituatur in quadruplum judicium pollicetur, *l. item si.* 14. §. 1. *quod met. ca.* Quadruplatur id omne, quod restitui oportet, sic tamen ut in hoc quadruplo & simplum insit. Quippe mixta est hæc actio, non solius pœnæ persecutoria, *l.* 14. §. *sed & si.* 9 *cum* §§. *seqq.*

Ut calumniæ causa negotium alicui faceret] Negotium alicui facere calumniæ causa, est, judicio calumnioso aliquem vexare. In eum, qui ut calumniæ 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 pœnam & rem persequens, *l.* 5. §. 1. *d. tit.*

Item ex lege condictitia nostra constitutio] Hujus etiam loci lectionem vitiosam esse certum est. Apud Justinianum haud dubie ita scriptum fuit. *Item ex lege condictitia ex nostra constitutione oritur. &c.* Ex lege condictitia, id est, condictitia actio ex lege, quæ ex constitutione Justiniani oritur in facti specie hic propositа: quomodo hunc etiam locum Theophilus interpretatur.

In quadruplum imponens exccutoribus litium] Constitutio, cujus meminit §. præcedenti, actori, cujus fraude factum, ut executor plus debito exigeret, tripli pœnam imponit: illa, cujus hic mentio, in executores directa est, qui ipsi in exigendis sportulis summam definitam dolo malo excesserunt, data actione in quadruplum, quam & ipsam mixtam esse apparet ex *Nov.* 124. *cap.* 3. ubi Justinianus constituit, ut simplum reddatur ei, qui damnum passus est, triplum autem inferatur ærario. Quod quidam tradunt, etiam hodie, ubicunque lege vel decreto Curiæ nuntiis & apparitoribus certa summa pro sportulis constituta, si quid ultra exegerint, hac in quadruplum actione conveniri posse, constat, usu non observari.

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 istæ, (id est, damni injuriæ ex lege Aquilia & interdum depositi) inficiatione duplicantur: in confitentem autem in simplum dantur. Sed illa, quæ de iis competit, quæ relicta venerabilibus locis sunt, non solum inficiatione duplicatur, sed etiam si distulerit relicti solutionem, usque quo jussu magistratuum conveniatur. In confitentem vero, antequam jussu magistratuum 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 judicis 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.*

NOTÆ.

26. *Omnimodo dupli*] Id est, sive reus fateatur, sive inficietur. Theoph.

In confitentem in simplum] Potest itaque hîc reus evitare pœnam confitendo.

27. *Ut qui jussu judicis*] In actione quod metus causa reo convento pœnam evitare conceditur rem, de qua agitur, arbitrio judicis ante sententiam restituendo. *l.* 14. §. 1. *quod met. caus.*

COMMENTARIUS.

1. *Actiones omnes apud nos videri res persecutorias.*

NOtatur hic nonnulla differentia, quæ est inter actiones pœnales, 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 pœnam 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 pœna exigi possit, nec dupli condemnatio evitari. Non statim & simpliciter in duplum sunt, actio legis Aquiliæ, depositi miserabilis, de legato venerabilibus locis relicto: namque has ab initio & in confitentem placet in simplum tantum dari, duplicari autem inficiatione, postremam etiam frustratione & dilatione solutionis, usque dum reus judicio conveniatur, *hoc text.* §. *vi autem.* 19. *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 pœnam evitare conceditur, rem, de qua agitur, arbitrio judicis ante sententiam restituendo. Quod si reus judici jubenti rem restitui non pareat, hanc contumaciæ suæ pœnam patitur, ut in quadruplum condemnetur, *hoc text.* §. *item actio.* 27. *l. item si.* 14. §. 2. *& 4. quod met. ca.* Est & alia, & quidem inter pœnales omnes, differentia, quod scilicet quædam sint mere pœnales, quædam mixtæ, sed illa superius explicata est. §. *ex malef.* 18. *& seq. h. t.* VINN. Intererat hic monere, cur Justinianus hic dicat, in actionis quod metus causa *natura tacite hoc contineri*, ut, qui jussu judicis rem restituat absolvatur, si non pareat condemnetur in quadruplum. Ratio est, quod hæc actio est arbitraria. Harum autem actionum ea est natura, ut judici ex æquo & bono æstimare liceat, quantum reum dare facere oporteat, si vero arbitrio non pareat reus, condemnatio ni majus fieri possit. Quod ἰδιπῶς ἐγκεῖσθαι ταῖς ἀγωγαῖς, *his actionibus*

nibus proprium esse, observat Theoph. *ad* §. 31. *h. t.*
1 HEIN. Apud nos omnes actiones sunt rei persecutoriæ & in simplum conceptæ, quia pœnæ pecuniariæ, quæ privatis litigatoribus applicabantur, exoleverunt, & solus fiscus pœnas ob vindictam publicam persequitur judicio criminali. Privatis tantum potestas est ejus, quod sibi abest persequendi judicio civili. Joh. Imbert. *in enchirid. jur. script.* Baro *ad tit. sup. de obl. quæ ex del. comm. part.* 2. Gudelin. *de jur. nov.* 3. *c.* 13. Groenew. *de ll. abrog. ad rubr. C. de pœn. & 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.*

TEXTUS.

Divisio quarta de actionibus bon. fid.

28. *Actionum autem quædam bonæ fidei sunt, quædam stricti juris. Bonæ fidei sunt hæ: ex empto, vendito; locato, conducto; negotiorum gestorum; mandati; depositi; pro socio; tutelæ; commodati; pigneratitia; familiæ erciscundæ; communi dividundo: præscriptis verbis, quæ de æstimato proponitur, & ea quæ ex permutatione competit; & hæreditatis petitio. Quamvis enim usque adhuc incertum erat, inter bonæ fidei judicia connumeranda hæreditatis petitio esset, an non: nostra tamen constitutio aperte, eam esse bonæ fidei, disposuit.*

NOTÆ.

Quædam bonæ 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. c. ult. Clementia liberum arbitrium habet, nec sub formula, sed ex æquo & bono judicat.*

Bonæ fidei sunt hæ] Ὀφειλικῶς. 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 pet. hær.* Ratio est, quia petitio hæreditatis, etsi actio est in rem, habet tamen quasdam præstationes personales, *l.* 25. §. *propen. D. eod.* propter quas ad naturam actionis negotiorum gestorum accedit, & mixta personalis dicitur, *l.* 7. *C. eod.*

COMMENTARIUS.

1. *Removetur duplex contra propositam divisionem objectio.*
2. *Actiones bonæ fidei quæ, & unde sic dictæ?*
3. *Quæ actiones stricti juris, & unde sic appellatæ?*
4. *Multa & insignes horum generum differentiæ: & an quæ earum adhuc maneant?*
5. *Bonæ 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, bonæ fidei?*
8. *De petitione hæreditatis cur dubitatum?*

DUæ præcedentes divisiones ostenderunt, quid & quantum petere liceat, pro ea quantitate, quæ aut conventione aut certo jure definita est. Proponitur hic alia, quæ docet, quid quantumcumque amplius petere liceat pro potestate & officio judicis, nulla conventione aut certo jure definitum; quod potissimum in fructibus, usuris, & reliquis accessionibus rei petitæ cernitur.

Quædam bonæ fidei, quædam stricti juris] Divisio hæc 1
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 tertiam & distinctam 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.* 8. *C. de judic.* ubi Imp. ait placere, in omnibus rebus præcipuam 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 proficiscuntur, pariter bona fides spectanda. Cæterum neutrum propositæ divisioni obstat. Non primum, quia in *d. l. placuit.* 8. 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, quasdam actiones esse stricti juris, verbo juris potestas significatur, uti & alibi sæpe: nec aliud est, quasdam esse stricti juris, quam quasdam esse strictæ seu adstrictæ potestatis judicis: sicut ex contrario nihil aliud est, actiones quasdam esse bonæ fidei, quam quasdam 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, quasdam actiones stricti juris ideo dici, quod in his judex τὸ ἀκριβοδίκαιον, summum & strictum jus, sequatur. Ad alterum, quod ex *l.* 4. *C. de obl. & act.* objicitur, respondeo, in omnibus quidem contractibus spectari bonam fidem;

fidem: sed non spectatur in omnibus eodem modo. In contractibus & actionibus stricti juris etiam bona fides spectatur, sed secundum communem quandam æquitatis regulam, hactenus videlicet, ne dolus approbetur, neve quid juris subtilitas adversus bonam fidem æquitatemque valeat, *l. dolo. 5. C. de inutil. stipul. l si quis. 36. de verb. obl.* At bonæ fidei actiones 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 postea. Sed esto, inquis; illud tamen vitium divisio habet, quod imperfecta & manca est, ut quæ ex tribus actionum generibus inter se distinctis duo tantum posuit, tertium actionum arbitrariarum omisit. Resp. Esset 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 subjiciat, §. *præterea.* 31. *inf.* perinde id haberi debet, ac si tres species eodem loco proposuisset, & divisio tripartita censeri. An autem actiones arbitrariæ revera constituant novam speciem, & à duabus, quæ hic ponuntur, plane diversam, videbimus sub *d.* §. *præterea.* 31.

2 Actiones bonæ fidei sunt, in quibus libera potestas judici permittitur æstimandi inter litigatores, quid alterum 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 judicium 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, & judex in his datus arbiter. Ex bona fide, quod appellentur judicia bonæ fidei: nempe nomen ex re natum: quia in his judiciis omnis æstimatio & condemnatio judicis 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 judicari, 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 appellantur, *l. ex empto. alias l. emptorem. 11. §. ult. de act. empt. 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 judicem 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 circumscribenda. Prioris generis sunt contractus mutuæ 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 lingua 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 judicii concipiebat, modo laxius adjecta clausula ex bona fide, ut in actionibus descendentibus ex contractu utrinque obligatorio; modo angustius & stricte, ut in actionibus, quæ proficiscuntur ex contractibus μονοπλεύροις; veluti ex mutuo, pro mutuo, stipulatione, &c. hoc idem & Theod. Hermopul. sensisse arguunt verba ejus, quæ legimus *lib. 10. tit. 4. ἐπὶ τέλειον ἤτοι μονοπλεύρων*, estque hujus rei etiam hoc argumentum, quod idem actionum discrimen, & res ipsa etiam nunc manet, quamvis formulæ & interpretationes actionum sublatæ sint: nimirum quia formulis sublatis nihilominus prima causa discriminis, eadem conventionum diversitas, manfit. Porro bonæ fidei esse eas actiones omnes & solas, quæ ex contractibus διπλεύροις veniunt, ostendit cum actionum bonæ fidei definitio, tum specierum hujus generis apud Justinianum collectio. Reliquæ, si non sunt arbitrariæ, sunt stricti juris, 3 sive ex contractu, sive ex delicto descendant. Ex his simul intelligi potest, quæ sint actiones stricti juris, nimirum illæ, in quibus potestas judicis formulæ adstringitur, seu iis rebus, in quas prætor jubebat condemnationem fieri. Sic enim, verbi causa, in his actionibus formulam judicii concipiebat, *Si paret, Mævium Sempronio centum ex stipulatu debere, tum Mævius damnetur.* Hæ inquam actiones dictæ sunt stricti juris, item stricti judicii, quia in his judex non plus poterat, quam formula exprimebat: qua de causa nec judici in his dato nomen arbitri convenit, nec judicio nomen arbitrii. Quod discrimen respiciens Seneca *lib. 3. de benef. cap. 3. Melior*, inquit, *videtur conditio causæ bonæ, si ad judicem, quam si ad arbitrum mittatur: quia illum formula includit, & certos, quos non excedat, terminos ponit: hujus libera, & nullis constricta vinculis religio est.* Idem Seneca *lib. 2. de Clement. c. ult.* ad hanc judiciorum differentiam alludens, *Clementia*, inquit, *liberum arbitrium habet, nec sub formula, sed ex bono & æquo judicat.* Ex hoc autem fonte, quod judex in bonæ fidei judiciis omnia libere ex æquo & bono æstimat, in strictis formulam præcisè sequi tenebatur, natæ sunt multæ & insignes horum generum differentiæ, quæ certo jure nunc comprehensæ sunt, & Jurisconsultorum disputationibus notatæ. Bonæ fidei judiciorum propria sunt maximè hæc. 1. Quod in his ju- 4 diciis etiam ea veniunt, de quibus præstandis nihil convenit, si ut præstentur, ratio bonæ fidei exigat; veluti ut venditor evictionis nomine duplam promittat,

mittat, cæteraquē; quæ ſunt moris & conſuetudinis, *l. quod ſi nolit.* 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 obſcurè loquatur, aut malitioſè 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. empt. l. ea quæ.* 43. §. *ult. de contr. empt. l.* 1. §. 1. *& paſſ. tot. tit. de adil. edict.* nempe in judicio bonæ fidei ſemper dolus malus præſtatur, etſi nominatim cautum non ſit, eum abeſſe abfuturumque eſſe, *l.* 6. *in fin. de act. empt. d. l. ea quæ.* 43. *l. ſi cum fundum.* 68. §. 1. *de contr. empt.* tantumque valet officium judicis, quantum in ſtipulatione nominatim facta ejus rei interrogatio, *l.* 7. *de neg. geſt.* 2. Quoniam dolus malus naturæ contractuum bonæ fidei maximè 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. *& ſeqq. de act. empt. l.* 2. *C. eod. d. l. & eleganter.* 7. §. 3. *de dol. mal.* qua de re conſule Bachovium *diſp.* 6. *de act. theſ.* 16. *& ſeq.* ubi tamen ſententiam communem reſtringit ad contractus, qui ſolo conſenſu conſtant, quaſi in cæteris interventus rei impediat, quominus actus ſit ipſo jure nullus. De metu non idem, quod de dolo, ſtatuendum, apparet ex verbis edicti *de eo, quod met. cauſ. & textu expreſſo in l.* 4. *& 5. C. de his quæ vi met. cauſ.* de quo item adi Bach. *d. loc.* & noſtra *lib.* 1. *ſel. quæſt.* 12. 3. Quod ex cauſa contractuum bonæ fidei non liberetur debitor rem reddens deteriorem, ſed adhuc integra adverſus eum vetus actio maneat, *l.* 3. §. 1. *commod. l.* 1. §. *ſi res.* 16. *depoſ.* 4. Quod in bonæ fidei judiciis poſt moram etiam acceſſiones officio judicis præſtentur, 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. uſuræ.* 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. uſuræ.* 34. *de uſur. l.* 3. *C. in quib. cauſ. in int. reſt.* 5. Quod in judiciis bonæ fidei neceſſe non eſt exceptionem initio litis conteſtari, ſed ſatis ſit quandoque, ante rem judicatam exceptionem objici, qua deinde probata officio judicis convenit, reum abſolvere. Non eſt huic contrarium, quod dicitur, ultra id, quod in judicium deductum eſt, excedere poteſtatem judicis non poſſe, *l. ut fundus.* 18. *comm. divid.* Nam in bonæ fidei judiciis vi ipſa & poteſtate judicii exceptiones in judicium deduci intelliguntur, cum in his judex judicare jubeatur ex æquo & bono: idque veteres ſignificant, cum ajunt, exceptiones ineſſe bonæ fidei judiciis, his contineri, &, ſi non excipiatur, ſatis per officium judicis 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. petit.* In judiciis 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 judiciis non veniunt ea, quæ ſunt moris & conſuetudinis, per *d. l. quod ſi nolit.* 31. §. *quia aſſidua.* 20. *de adil. edict.* Ubi non expreſſe 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, ſive dolus cauſam contractui dederit, ſive inciderit, *l. ſi quis.* 36. *de verb. obl. l. dolo* 5. *C. de inut. ſtipul.* In re deteriore facta, quæ ex contractu ſtricti juris, veluti ex ſtipulatu, debita fuit, placet promiſſorem eam præſtando vetere 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 judiciis tantum tribuatur, *l. mora.* 32. §. 2. *de uſur. l.* 5. *C. de pact. int. empt. & vend.* Sed & diſertè traditum eſt, in ſtrictis judiciis 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 judiciis currere incipient, *l.* 1. *C. de cond. ind.* Nam quod dicitur in *l. lite.* 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 cœptas poſt litem conteſtatam perſeverare, *l.* 1. *C. de judic.* de quo dubitari poterat, propterea quod novatione facta uſuræ non currunt ſeu curſus 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 ſcribit.* 11. *de pecul.* Sed reſponſum eſt, aliam eſſe cauſam novationis voluntariæ, aliam judicii accepti: quoniam nemo actionem exercens conditionem ſuam deteriorem facit, *d. l. aliam.* 29. add. Don. *hic. 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, etiamſi mora facta ſit: poſt acceptum autem judicium 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 condictiones earum rerum, quæ à nobis profectæ ſunt, ut condictio ob cauſam datorum, condictio 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.* 38. §. 1. *& aliquot ſeqq.*

Don.

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 judiciorum, *l.* 3. *l. uſuræ.* 34. *de uſur. l.* 3. *C. in quib. ca. in int. reſt.* Denique in ſtrictis judiciis neceſſe eſt exceptionem initio litis conteſtari, & vel à reo agnoſcente intentionem actoris ſtatim probari, vel à dubitante tantiſper omiſſam, donec actor intentionem ſuam probavit, antequam ſententia feratur, *l.* 9. *C. de præſc. long. temp. l.* 8. *& l.* 9. *C. de exc.* Non conteſtatam poſtea objicere non licet: de quo fuſius alibi. Sunt & aliæ horum generum differentiæ, veluti quod in bonæ fidei judiciis præſtentur etiam fructus percepti eo tempore, quod judicatis datur: in ſtrictis autem hoc tempus à fructuum perceptione immune fit, *l.* 3. *pr. & §.* 1. *de uſur.* Quod in illis in ineunda rei deperditæ æſtimatione tempus rei judicatæ ſpectetur: in his tempus litis conteſtatæ, *l.* 3. §. 2. *commod.* Quod in illis juretur in litem, in his non item, niſi in caſu ſingulari, *l.* 5. *pr. & §. ult. cum l. ſeq. de in lit. jur.* Proferuntur præterea & aliæ quædam ab aliis differentiæ, quas ideo prætermitto, quia non uſque adeo explorati juris ſunt. Apud nos tota hæc judiciorum 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 judiciis debeantur ex mora, in ſtrictis tamen non debeantur, niſi à tempore litis conteſtatæ. Fructuum autem, quorum cauſa favorabilis, in utroque genere eandem eſſe præſtationem accepi: quod ſanè in Gallia expreſſè ſancitum. Imbert. *in enchirid. verb. evictione an liceat.* Rebuff. *ad conſt. Reg. tom.* 3. *tract. de fruct. art.* 1. add. Baro *inſ. de off. jud. comm. part. alt.* Gudelin. 3. *de jur. noviſſ. cap.* 13. Groenew. *de legib. abr. ad h. §.*

5 *Bonæ fidei ſunt hæ; ex empto, vendito, &c.*] Obſervandum eſt, quod non ait, *Bonæ fidei ſunt, veluti ex empto, vendito, &c.* ut fit, cum exempli gratia quædam proferuntur: ſed ὀφειλικῶς, *Bonæ fidei ſunt hæ, ex empto, vendito*, & quæ ſequuntur: indicans, ſe eas omnes, quæ ſint hujus generis, ex profeſſo 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 arbitrariæ non ſint, de quibus §. *præterea.* 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. eum qui.* 22. *de donat.* condictio indebiti, *l.* 1. *C. de cond. ind.* & condictiones 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 condictio 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 precar.* Nam actiones bonæ fidei non ideo ullæ dicuntur, quia initium eas conſtituendi ſit 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 ſit in aliis, quam quæ hic commemorantur. Plane actio funeraria inter bonæ fidei judicia numerari videtur *d. l. & ſi quis.* 14. §. *idem Labeo.* 13. *de relig.* ubi Ulpianus ait, judicem hic ſolutius æquitatem ſequi, cum hoc ei natura actionis indulgeat: nam in ſtrictis judiciis judex non ſolutè judicat, ſed adſtringitur formulæ: ut proinde exiſtimem, actionem funerariam inter judicia bonæ fidei computandam. Sed nego, eam hic prætermiſſam eſſe: numeratur enim inter bonæ fidei judicia actio negotiorum geſtorum; cujus actio funeraria ſpecies quædam eſt aut adjectio. *arg. l.* 1. *d. l. & ſi quis.* 14. §. *ſed interdum.* 7. §. *ſortaſſis.* 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 protutelæ, & 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. har. pet.* Eo amplius & actio exercitoria & inſtitoria 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 conſenſus 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.*

Familiæ erciſcundæ, communi dividundo] Alibi paſſim 6
tria hæc judicia propter ſimilitudinem, quam habent, conjunctim proponuntur, familiæ erciſcundæ, communi dividundo, finium regundorum. Hic autem finium regundorum conſulto prætermiſſum; quia hoc judicium à cæteris in eo diſcrepat, quod cauſam non continet bonæ fidei judicii. Nam illa familiæ erciſcundæ & communi dividundo oriuntur ex negotio communi geſto, & quaſi ex contractu. In finium autem regundorum judicio 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. quæ quaſ. ex contr.* Eſt igitur aut ſtricti juris, aut, quod magis probo cum Ant. Fab. *dec.* 94. *err.* 1. arbitraria: quoniam pro vendicatione eſt *l.* 1. *fin. reg. fac. l.* 4. §. 3. *eod.* & quod nomen arbitri in quæſtione finium uſurpatur.

7 *Quæ de æſtimato proponitur, & quæ ex permutatione*] Ex actionibus præſcriptis verbis duæ tantum hic proponuntur, quæ ſint bonæ fidei, actio æſtimatoria, & quæ ex contractu permutationis competit. Unde rectè vulgo interpretes concludunt, cæteras præſcriptis verbis eſſe ſtricti juris. Cur duas illas placeat eſſe bonæ fidei, ſingularis ratio eſt, quam ſuggerunt *l.* 1. *de æſtim. act. l.* 1. *de contr. empt.* In illa refert Ulpianus, dubitatum fuiſſe, cum res æſtimata 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 cenſeri 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: videſis D. Bachov. *diſp.* 6. *de act. theſ.* 8.

8 *Hæreditatis petitio*] Petitioni hæreditatis, cum ea ſit actio in rem, *l.* 25. §. *propen. de hæred. petit. l.* 1. *de rei vind.* non videtur convenire 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 hac ratione moti nonnulli veterum eam à claſſe judiciorum bonæ fidei removerunt. Sed alii nihilominus eam inter bonæ fidei judicia numerandam eſſe cenſuerunt, propterea quod in judicio petitionis hæreditatis res ad negotiorum geſtorum naturam proxime accedit. Conſtat enim, poſſeſſori hæreditatis committi rerum hæreditariarum 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. plane.* 38. *de hæred. pet.* quæ omnia quodammodo actione in perſonam, & veluti ex negotio geſto repeti videntur: unde etiam mixta perſonalis hæc actio appellatur, *l.* 7. *C. de pet. hær.* poſteriorem ſententiam, quæ etiam plurium fuiſſe videtur, & jam ante recepta, *arg. d. l.* 38. *de hær. pet.* confirmavit Juſtinianus *l. ult. fin. C. eod.*

TEXTUS.

De rei uxoriæ actione in ex ſtipulatu actionem transfuſa.

29. *Fuerat antea & rei uxoriæ actio una ex bonæ fidei judiciis: ſed cum pleniorem eſſe ex ſtipulatu actionem invenientes, omne jus, quod res uxoria antea habebat, cum multis diviſionibus in actionem ex ſtipulatu, quæ de dotibus exigendis proponitur, tranſtulerimus, merito rei uxoriæ actione ſublata; ex ſtipulatu actio, quæ pro ea introducta eſt, naturam bonæ fidei judicii tantum in exactione dotis meruit, ut bonæ fidei ſit: ſed & tacitam ei dedimus hypothecam. Præferri autem aliis creditoribus in hypothecis tunc cenſuimus, cum ipſa mulier de dote ſua experiatur, cujus ſolius providentia hoc induximus.*

NOTÆ.

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 quis qua actione dotem olim repetebat, & quid hic novi à Juſtiniano?*
2. *Actio ex ſtipulatu quam ob cauſam plenior viſa quam rei uxoriæ?*
3. *Singularia, quæ circa actionem de dote ex ſtipulatu Juſtinianus conſtituit.*
4. *Iniquum pleriſque viſum, mulierem præferri expreſſam anteriorem hypothecam habentibus: & quid hic juris apud nos?*
5. *An liberi idem privilegium habeant, quod mater?*

SOluto matrimonio dotis repetitio eſt, niſi convenerit, ut mortua in matrimonio muliere 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. dot.* Profectitiam pater adjuncta filiæ perſona petit, *l.* 2. §. 1. *ſolut. matr.* ipſa ſola, ſi emancipata eſt, *l. ſi ſocer.* 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 filiæ manet, eaque mortua ad hæredes ejus tranſmittitur, *d. l. un.* §. 4. *&* 6. Dotem adventitiam filia emancipata petit ſola, filiafam. 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, atquè 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 ple-

plenior & utilior, quæ cauſa eſt, quod Juſtinianus priorem ſuſtulit, & quod in ea melius erat, tranſtulit 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 judicii eſt, bonæ fidei ſit. Adjecit & de hypotheca, ne quid hic deeſſet mulieri ad omnem cautionem, *in pr.* §. 1. & 2. *d. l. un.*

Una ex bonæ fidei judiciis] 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 judiciis. Ex Cicerone quoque in *Top. & lib.* 3. *de off. cap.* 17. diſcimus, in hujus actionis formula hæc verba uſurpata fuiſſe: *Quantum æquius melius.* Cujus etiam veſtigia exſtant in *l. pen.* §. *ult. ſol. matr. l. ſi cum.* 82. *de ſolut.*

Pleniorem eſſe ex ſtipulatu] Actionem ex ſtipulatu ideo pleniorem fuiſſe dicit, quia nonnihil 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 penſationem dotis relictum, *d. l. un.* §. 3. *C. de rei ux. act.* Sed & quæ actioni rei uxoriæ obſtabant exceptiones & retentiones, ob mores, ob res amotas, & donatas, & impenſas, *l rei.* 15. §. 1. *ſolut. matr.* non obſtabant muliere agente actione ex ſtipulatu, *d. l. un.* §. *taceat.* 5. Adhæc, ſtipulatione non interpoſita, dos adventitia, mortua in matrimonio muliere, apud maritum remanebat; actio autem ex ſtipulatu ad hæredes mulieris tranſmittebatur, *d. l. un.* §. *maneat.* 4. & §. *illo.* 6. Poſtremo rebus fungibilibus in dotem datis etiam hoc commodum erat actionis ex ſtipulatu, quod data quantitas hac actione ſtatim exigi poterat, & reſtituenda erat, cum in actione rei uxoriæ 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 conſultum eſſet, hoc etiam Juſtinianus conſtituit, ut actio dotis ex ſtipulatu, quam pro rei uxoriæ actione introduxit, adjectam haberet hypothecam omnium bonorum mariti, *d. l. un.* §. 1. & tandem, ut in omnem eventum ſecuræ eſſent, etiam in hac ipſa hypotheca privilegium hoc dedit, ut in ea mulieres omnibus aliis creditoribus præferantur, quamvis tempore prioribus, ſive hypothecam tempore antiquiorem habentibus, *l. ultim. C. qui pot. in pign.* adeoque, quod contextus legis, & illa ſexus muliebris miſeratio, evincit, perſpicueque apparet ex *Nov.* 97. *c.* 3. & 4. ut præferantur creditoribus non tacitam tantum, ſed etiam expreſſam hypothecam anteriorem habentibus: quomodo & Doctores Ultramontani conſtitutionem Juſt. interpretati ſunt:
4 & noviſſ. Ant. Mer. 3. *controv.* 9. Sed quoniam hoc privilegium apertè iniquum eſt, utpote auferens mihi jus, quod mea mihi opera & cautione quæſivi, cæteri omnes æquiſſima interpretatione maluerunt hoc ſic temperare, ut iis tantum creditoribus noceat, qui tacitam itidem, ut mulier, & lege conſtitutam hypothecam habent, non etiam iis, qui habent antiquiorem expreſſam, id eſt, eam, de qua ſibi ipſi aperta conventione proſpexerunt. Ita comm. DD. *in d. l. ult. C. qui pot. in pign. & ad hunc* §. ut videre eſt apud Jaſ. Zaſ. Gomez. *hic.* Neguſ. *de pign. part.* 5. *memb.* 2. *n.* 23. Covar. 1. *reſ.* 7. *n.* 1. & ſecundum hoc temperamentum paſſim judicari ſolet, teſtib. Schneid. *hic. n.* 58. Ant. Fab. *C. ſuo. qui pot. in pign. def.* 16. Chriſtin. *vol.* 4. *dec.* 159. *n.* 8. Gail. 2. *obſ.* 25. *n.* 10. ubi diſertè ait, ſuo tempore ab hac opinione in Camera Imperiali nunquam receſſum fuiſſe: quanquam contrarium judicium Cameræ affert Mynſ. 4. *obſ.* 13. Apud nos, ſicut pleraque alia jura, quæ de dote conſtituta ſunt, locum non habent, ita nec ea, quæ de tacita hypotheca conſtituit Juſt. Contendunt tamen nonnulli, ſi per pacta dotalia excludatur bonorum communio, vel conſtituatur, ut uxor ſua bona recipiat, quæ contulit, tunc locum eſſe juri civili, & tunc etiam legalem hypothecam in bonis dotalibus locum habere, ut nempe in iis mulier præferatur. Cæterum quomodo hic res ſe habeat, diſces ex Neoſtad. *de pact. antenupt. obſ.* 9. 10. 21. Grot. 1. *introd. c.* 5. & 2. *introd. c.* 12. Antwerpiæ jus civile & privilegia dotis ſervantur ſine ullo pacto.

Cum ipſa mulier experiatur, cujus ſolius providentia] 5 His verbis non excludit liberos mulieris, ſed alios, qui dotem pro muliere dantes eam ſibi reddi ſtipulati aut pacti ſunt; itemque hæredes mulieris extraneos, ad quos actionem dotis ex ſtipulatu mortua muliere tranſire voluit, *d. l. un.* §. *illo.* 6. *C. de rei ux. act.* Liberis autem eandem prærogativam, quam matri dedit, ſervari juſſit, tanquam ſi mater adhuc viveret, *d. l. ult. verſ. exceptis. C. qui pot. in pign. & Nov.* 91. Itaque rectè DD. comm. in *d. l. ult.* & cum iis Gomez. *in l.* 50. *Tauri.* Chriſtin. *vol.* 4. *dec.* 160. *n.* 15. concludunt, liberos eoſdemque hæredes mulieris, idemque privilegium prælationis habere, quod haberet mater eorum ſi viveret, licet id aliis hæredibus non competat, diſſ. Ant. Fab. 8. *conj.* 13. cui occurritur à Bachov. *lib.* 4. *de pign. c.* 13. *n.* 2.

Textus.

De poteſtate judicis in judicio bonæ fidei, & de compenſationibus.

30. *In bonæ fidei judiciis libera poteſtas permitti videtur judici ex bono & æquo æſtimandi, 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 ſtricti juris judiciis ex reſcripto divi Marci, oppoſita doli mali exceptione, compenſatio inducebatur. Sed noſtra conſtitu-*

tio eaſdem compenſationes, quæ 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 judici*] Hinc eſt quod bon. fid. judicia paſſim appellantur arbitria, & judices additi arbitri. *l.* 24. *depoſ. 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 ſi nihil reliquum abſolvi, *l.* 4. *l.* 11. *C. de compenſ.* Nam compenſatio eſt debiti & crediti inter ſe contributio. *l.* 1. *D. eod.* Unde Græcis ἀντέλλογον dicitur.

Oppoſita doli mali exceptione] Quæ initio litis conteſtanda erat. In bon. fid. vero judiciis 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 admiſſa compenſatio?*
2. *Compenſatione ipſo jure actiones minui. Quid hoc; quæ inde utilitas? & quid ſi quis compenſatione uſus non fuerit,*
3. *Rerum conſumptibilium duntaxat compenſationem eſſe.*

EX eo, quod in bonæ fidei judiciis libera poteſtas judici eſt, omnia æſtimandi ex æquo & bono, in ſtrictis non item, natæ quotquot ſunt inter hæc judicia differentiæ. Inter has & illa olim erat, quod in bonæ fidei judiciis admittebatur compenſatio à judice ſola æquitate judicii, idque citra exceptionem proprie dictam, ſeu ipſo jure. In judiciis autem ſtricti juris reus, cui quid viciſſim ab actore debebatur, neceſſè 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 noluit compenſationem opponi, actione depoſiti, & omni actione, qua poſſeſſio rei alienæ perperam occupatæ repetitur, *l. ult. C. de compenſ. l. pen. C. depoſ.*

Eo compenſato 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 ſuperſit utrinque, quod debeatur, abſolvi reus debet; ſin ſuperſit, 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 exceptione] 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 propriè dictam; quod quale ſit poſtea audiemus.

Quæ 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 judicis arbitrio nonnihil tribuendum exiſtimat. Non liquidi cum liquido compenſationem admitti, Juſtinianus noluit, ſed tum alii judicio rem ſervari juſſit, 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 altiorem 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. *hic.* Zanger. *part.* 3. *de exc. c.* 8. *n.* 104. quorum argumentis nihil ſolidi ab aliis reponitur: addi quæ nos *lib.* 1. *ſelect. quæſt. c.* 50.

Actiones ipſo jure minuant] Hoc non ita accipiendum eſt, quaſi debitor liberetur compenſatione ſine facto ſuo, id eſt, non oppoſita defenſione compenſationis: nam cum judex 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 appelletur; nam allegandæ compenſationi quævis tempora idonea ſunt ante executionem judicati; *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. *eod.* Quæcumque autem vis eſt compenſationis, ea conſtituta eſt debitori, qui compenſatione uſus eſt, *l.* 2. *l.* 5. *eod.* ſin minus, ſalva ei manet

vetus

vetus petitio; nec creditor, qui totum petit, malè petiisse videtur. Unde judicatum est interim etiam actionem à creditore alii cedi posse eo effectu, 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. Nai vai.

3 *Sive in rem sive in personam*] Ponendi tamen sunt 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 invitus, 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 fit, 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 re pecunia præstari debeat, ut accidit, cum re dolo aut culpa debitori amissa aut deteriore facta æstimatio ejus deberi cœpit: alias opus est mutua petitione seu reconventione, ut nunc loquuntur, *l.* 14. *cum auth. sec. C. de sent. & interloc.* eoque 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, fiscus & respublica: sed certis duntaxat in casis ad publicam utilitatem pertinentibus; quæ comprehensa sunt *l.* 3. *C. de compens. l. aufertur.* 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, qua 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 accommodati, Don. *hic. num.* 10.

TEXTUS.

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 satisfaciat, veluti rem restituat, vel exhibeat, vel solvat, vel ex noxali causa servum dedat, condemnari debeat. Sed istæ actiones tam in rem, quam in personam inveniuntur. In rem; veluti Publiciana, Serviana de rebus coloni, quasi Serviana, quæ etiam hypothecaria vocatur. In personam; veluti 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 cujusque rei, de qua actum est, naturam, æstimare, quemadmodum actori satisfieri oporteat.*

NOTÆ.

31. *Ex arbitrio judicis pendentes*] Nam si reus arbitrio judicis paret, absolvitur: si non paret, condemnatur, & plerumque gravius atque in aliud, quam quod facere jussus 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, fit 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 petitur. inf. eod.*

COMMENTARIUS.

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. *Rectene noxales inter arbitrarias numerentur? saltem interdum.*
7. *Inter arbitrarias esse & rei vindicationem, & confessoriam, &c.*
8. *Actiones quædam arbitrariæ hic non nominatæ.*
9. *Bonæ fidei & arbitrariarum discrimen.*

INterpretes 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.* con-
1 tineri. Perez. & Corvin. *in erotematibus.* 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 judicii in litem jurandum.* Aperte declarans, actiones in rem & ad exhibendum, quas à bonæ fidei judiciis antea distinxerat, nec stricti juris esse; sunt autem hæ 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 arbitraria, nec bonæ fidei, post litem contestatam actori causa præstanda est.* Et igitur ex sententia quoque Papiniani tria hæc judicia 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 alterutri speciei aggregandæ sint, potius referendæ videantur ad classem judiciorum bonæ fidei, quam stricti juris: quod tamen & ipsum admittendum non est: & neutra harum qualitatum usquam actionibus in rem tribuitur, quæ tamen magnam partem arbitrariarum 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 arbitrarias 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 arbitrariæ 2
sunt, quæ ex judicis arbitrio pendent; unde & nomen acceperunt. Et pendent quidem omnes ex arbitrio judicis, sed non omnes 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 duæ sunt causæ inter se diversæ, ob quas actio dicitur arbitraria, ita etiam duo sunt actionum arbitrariarum genera iisdem causis inter se distincta. Nam quædam ex eo arbitrariæ 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 interfit, constituto potius loco solvi, quam eo, in quo agitur: ut si rei interfit, minuatur; 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 Capuæ dare oportere, neque in eo loco pecuniam suo tempore solvisse, judex, arbitratu tuo condemna.* Hujus generis arbitrariæ 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 arbitrarias facit. Cæteræ quæ arbitrariæ dicuntur, di- 3
versam naturam & rationem nominis habent. Hæ 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 reum 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 gravius atque in aliud, quam quod facere jussus erat, in pœnam 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 si.* 14. §. 1. *& deinceps. quod met. caus.* In judicio rei vindicationis, probato dominio, jubetur possessor rem item restituere: si per contumaciam 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 jussus 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 in- 4
tervenit; 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

vete-

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 dam. 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. Instruct. Cur. Holl.* Merul. *lib. 4. dist. 54. 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 fit 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 gravius condemnetur, 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 sive exempla utriusque generis confusim proposuit.

Nisi arbitrio judicis satisfaciat] Ita hic loquitur, quasi omnium actionum arbitrariarum 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 arbitrarias, quæ sunt de eo, quod certo loco, ut superius demonstratum est.

6 *Vel ex noxali causa*] Inter actiones arbitrarias numeratur hic & actio noxalis, id est, ea, quæ ex maleficio servi adversus dominum competit, ut is damnatus aut litis æstimationem sufferat, aut servum noxæ dedat, *inf de noxal. act.* In quo quidam putant, iterum errare Tribonianum: nam actiones noxales inter arbitrarias 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, 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 deditione corporis, quod deliquit, evitare litis æstimationem, *l. 1. de noxal. act.* Et cum igitur actiones hæ, 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 deditione 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 disjunctione, 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 hæ 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 litis æstimationem condemnatio, *l. ejus rei. 46. cum l. seq. de rei vindic. l. 5. & l. 8. de in lit. jur. l. ultim. de fidejuss.* 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 sit 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 civiles, ut confessoria & negatoria; sive prætoriæ, ut rescissoria; omnes arbitrariæ habendæ; quoniam omnes eandem æquitatem arbitrii & restitutionis admittunt, 7

eun-

eundemque exitum condemnationis habent, ut significatur regula generali tradita in extremo *d. l. qui restituere.* 68. Itaque male nonnulli hinc removent 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 si.* 14. §. *hæc 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 damnum, 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.
8 Ex actionibus in rem in numero arbitrariarum tantum posuit duas prætorias, Publicianam & hypothecariam, sed addita 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 prætoriæ. Ex iis, quæ sunt in personam, præter eas, quæ hic nominantur, arbitraria est actio rerum amotarum, *l.* 8. §. 1. *de act. rer. amot.* Ejusdem quoque generis est actio Faviana, *l.* 5. *si quid in fraud. patr.* item Pauliana, *arg. l.* 8. *l.* 10. §. *& fructus* 20. *quæ 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, pigneratitia, 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. *depos. 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 con-
9 demnet, si arbitrio non pareatur. Atque hinc explicandum, quod est in extremo hujus §. *permittitur judici ex bono & æquo, &c.* Natura actionum bonæ fidei satis prolixa 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 judicio empti contineri.

TEXTUS.

Quinta divisio, de incertæ quantitatis petitione.

32. *Curare autem debet judex, ut omnino quantum possibile ei sit, certæ pecuniæ vel rei sententiam ferat; etiamsi de incerta quantitate apud eum actum est.*

NOTÆ.

32. *Quantum possibile ei sit*] Interdum enim natura rei id non patitur; veluti si plures res disjunctim, vel generaliter promissæ petantur: nam judex non potest electionem, quæ hic reo competit, ei adimere in unam certam rem eum condemnando.

De incerta quantitate] Puta de eo, quod interest, cujus quantitas est incerta, §. *ult. sup. de verb. obl. l.* 68. *eod. l.* 24. *de reg. jur.*

COMMENTARIUS.

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

PRæceptum generale, pertinens ad omnes actio- 1
nes & judicia, sive bonæ fidei aut arbitraria, sive stricti juris, & sive certa quantitas petita est, sive incerta. Nam semper ita judex pronuntiare debet, ut sententia sua finem liti imponat & controversiam dirimat, *l.* 1. *de re jud.* Etsi 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 2
apparet, quid quantumque præstandum sit, de quo quærebatur, tantum abest, ut tollatur controversia, ut ea etiam augeri possit. Et ideo merito placuit, hujusmodi sententiam ipso jure nullam esse, nec rei judicatæ auctoritate censeri, *l. penult. & ult. C. de sentent. quæ sin. cert. quant.* Don. *num.* 2. *& seq.* Schneid. *num.* 22. Mynsi. *num.* 3. & comm. DD. *hic.* Enimvero certitudo sententiæ non ex eo solo metienda, quod judex 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 petitum est*, referens se ad certam partem actorum, atque ex actis constet, quid quantumve petitum, aut *Solve quod illis codicillis continetur*, cum codicilli in judicio essent prolati, *l.* 5. §. 1.

&

& ibi DD. *l. in ſententiis* 59. §. 1. *de re jud. l. pen. C. de ſent qua ſin. cert. quant.* Chriſt. *vol.* 4. *deciſ.* 94. *num.* 10. Sed etſi dixerit, *Solve quod debes*, nec ad certam partem 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 hujuſmodi ſententiam non valere, etiamſi certa quantitas libello comprehenſa ſit: nam cum jus vetet ex aſſertione partis ſententiam ferri, credibile non eſſe, judicem ſe eo referre voluiſſe, vid. Zaſ. *in l.* 5. §. 1. *de re jud.* Mynſ. *hic. n.* 12. Schneid. *n.* 24. Matheſilan. *ſing.* 141. & qui omnium accuratiſſime diſtinguit, Pet. Barboſ. *ad tit. ff. ſolut. matr. p.* 5. *rubr. n.* 47 Et ergo notandum nunquam ſententiam à libello recipere interpretationem, niſi ad eum expreſſe habita ſit relatio.

3 *Quantum poſſibile eſt ſit*] Hoc ideo addit, quia interdum rei petitæ 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 petitæ præſtatio pendeat ex electione debitoris, § *ſeq. verſ. huic autem. & ſeq* non poteſt judex hanc ei adimere in unam rem certam eum condemnando. Idem admittendum eſſe, & ſententiam incertam valere, cenſent DD in actione univerſali, qualis eſt petitio hæreditatis, & actio familiæ erciſcundæ, 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. *& ſeqq.* 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, juxta *l.* 2. *C. de judic.* Chriſtin. *d. loc. n* 26. certa hic ſententia ferri debet. Quod quomodo procedat, poſt Joan. Fab. & Plat. docet Schneid. *hic. n.* 14. *& n.* 30. Excipit Accurſius & judicia 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 pœnam.* 68. *l. ſtipulationes.* 72. *de verb. obl.* §. *ult. ſup. eod. tit.* 4 Hoc igitur vult Juſtinianus, etſi id, quod intereſt, petatur, cujus quantitas incerta eſt; *d. l. ſi pœnam* 68. *de verb. obl. l. quatenus.* 24. *de reg. jur.* nihilominus tamen certam ſententiam ferendam; ut judex 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 int.* Nec eſt metuendum, ne hic judex 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.* 7. §. *cum quis.* 7. *in fin. de acq. rer. dom.* ita & judex, 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. Vulgo autem reſpondent, incertum & certum eſſe qualitates, quæ non faciunt difformitatem inter libellum & ſententiam, Mynſ. *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.

Textus.

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 prætore, 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 juſti erroris interveniebat, ut etiam conſtantiſſimus quiſque labi poſſet, etiam major* 25. *annis ſuccurrebatur; veluti ſi quis totum legatum petierit, poſt deinde prolati fuerint codicilli, quibus aut pars legati adempta ſit, aut quibuſdam aliis legata data ſint; quæ efficiebant, ut plus petiiſſe videretur petitor, quam debitorem; 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. Qua enim ratione qui tardius ſolvit, quam ſolvere deberet, minus ſolvere intelligitur, eadem ratione qui præmature 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 dare ſpondes? *Romæ 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 ſpopondit. Quæ utilitas plerumque in mercibus maxima invenitur; veluti vino, oleo, frumento, quæ per ſingulas regiones diverſa habent pretia. Sed & pecuniæ numeratæ 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 prætor demonſtrat, ſcilicet quia utilitas ſolvendi ſalva eſt promiſſori. Huic autem, qui loco plus petere intelligitur, proximus eſt, qui cauſa plus petit: ut ecce, ſi quis ita à 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 deteriorem. Qua 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 facilius 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 ſtatui oporteat, Zenonis divæ memoriæ 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 tripli condemnatione, ſicut ſupra diximus, puniatur.*

NOTÆ.

33. *Vel ante conditionem*] Quæ modo efficiat, ut ante debeatur aliquid, quo dici poſſit ante agendo plus peti; veluti ſi quis dare promiſerit, ſi morietur. Alias pendente conditione petens, non male aut perperam agere dicitur, ſed nihil agere, *l. un. in fin. quand. di. uſusfr. 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, quæ 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. ἐπαινέτῳ γὰρ ἡ Τυρία προφόρῳ.

COMMENTARIUS.

1. *Qui ante conditionem petit, eum nihil conſumere.*
2. *Pœna à Zenone conſtituta in eos, qui tempore plus petunt; à Juſtiniano in eos, qui alio modo.*
3. *Quid nunc fere in praxi circa hæc obſervetur?*

SUperius admonuit judicem officii ſui in ferenda ſententia. Hic actorem inſtruit ad actionem recte inſtituendam, formandumque libellum petitorium. 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, uti paſſim ex Cicerone intelligi poteſt, præſertim ex *oratione pro Q. Roſcio Comœdo*, fac. *l.* 1. *de int. in jur. l. ſi pater.* 36. *de ſolut.* Hinc illud apud Plautum in *Moſtellaria: act.* 3. *ſcen.* 1. *v.* 123. *Velim quidem hercle ut uno nummo plus petas.* Id veteres dicebant *cauſa cadere*, item *formula cadere* aut *excidere*, ut ex eodem Cicerone, 1. *de orat. c.* 36. Sueton. *in Claud. c.* 14. Senec. *epiſt.* 48. Quintil. *lib.* 3. *Inſt. orat. c.* 6. diſcimus.

Nec

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. Quarum 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. VINN. Immo & Prætorem id aliquando feciſſe, diſcimus ex Senecæ *Epiſt.* 48. ubi elegante alluſione & philoſophiam adverſus captiones Sophiſtarum in integrum reſtituere ait. Locum ipſum habes paullo poſt ad verba: *Etiam majori.* HEIN.

Niſi minor erat 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.*

Etiam majori] Ex illa parte edicti de majoribus reſtituendis; *Item ſi qua alia mihi cauſa juſta eſſe videbitur, in integrum reſtituam, l. 1. in fin. ex quib. ca. maj.* Juſti erroris, & qui ob id merito etiam in majoribus excuſetur, cauſa eſt in hac ſpecie: Titio centum teſtamento 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 agitis*, inquit, *cum eum, quem interrogatis, in fraudem inducitis, quam ut formula cecidiſſe videatur? Sed quemadmodum illam prætor, ſic eos Philoſophia in integrum reſtituit.*

Atque ideo lege Falcidia legata minuebantur] Rectior erit ſententia, ſi legamus, *ideo quod lege Falcidia, &c.* quippe ratio cur in propoſito petitor 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.* Hæ 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 ſubſit 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 nihildum debeatur, §. *ſub conditione.* 4. *ſup. de verb. obl. d. l. cedere.* 213. *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 judicium eam deduxiſſet, *d.* §. *temporales.* 10. *inf. de exc.* At pendente conditione cum nihil ſit, quod debeatur, nihil quoque eſt, quod in judicium 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 uſuſf. leg. ced.* & diſerte nihil conſumere, *l. ſi pater.* 36. *de ſolut.* An igitur putamus, hæc latuiſſe Tribonianum? Potius eſt, ut dicamus, eum per conditionem intelleziſſe non eam, quæ vere conditio eſt, ſcilicet, quæ an extitura ſit, incertum eſt, & qua 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 contrariorum 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 pluris petitio æſtimatur ex damno promiſſoris, cui pura intentione adimitur utilitas, quam habiturus eſſet, ſi eo loco ſolveret, in quo ſoluturum ſpopondit.

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, & omiſſa 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 promisisset, nunquam accederet, quod vel data opera faceret, 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 reo fit 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. hæres.* 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.

Quæ 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 difficilius & usuris gravioribus, *l.* 3. *de eo quod cert. loc.*

Proximus est, qui causâ 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] Duæ 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: cum tamen Cajus & Ulpianus ejus exemplum pro eo, quod optimum est, adducant, *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 Italicæ Florus *lib.* 1. *c.* 16. ita scribit, *Omnium non modo Italiæ, sed toto terrarum orbe pulcherrima Campaniæ plaga est. Nil mollius cœlo: bis floribus vernat. Nihil uberius solo: ideo Liberi Cereris que certamen dicitur.* Et paulo post; *Hic amicti vitibus 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.

Litet vilissimum sit] In pluris 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 hæc 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 2
eos, qui tempore plus peterent, alia pœna constituta à Zenone; in eos, qui alio modo, à Justiniano. Quid à Zenone cautum 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 exigerent 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 3
observatur, quo facilior earum jactura est. In toto enim Belgio, Gallia, aliisque regionibus eo nunc jure utuntur, ut si quantitate, aut summa, plus petitum sit non dolo malo, puta pro quinquaginta, quæ liquido debentur, centum, reus si nihil obtulerit, condemnetur 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, petitum 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,

reus, ut ſalvum jus actori maneat conveniendi reum in loco conſtituto, & in expenſas illius inſtantiæ actor condemnatur, juxta *l. properandum.* 13. §. *ſive 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. unic.* Tuld. & Perez. *C. eod.* Chriſtin. *vol.* 1. *deciſ.* 266. & *vol.* 2. *deciſ.* 157. ubi plures alleg. add. Covar. *lib.* 1. *var. reſ. 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.

TEXTUS.

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 petierit, ſine periculo agit: in reliquum enim nihilominus judex adverſarium eodem judicio ei condemnat ex conſtitutione divæ memoriæ Zenonis.*

COMMENTARIUS.

MInus non quatuor modis, ut plus, ſed uno tantum, nempe re, petitur; ut exempla hic propoſita declarant. Ac de loco quidem & cauſa manifeſtum eſt: de tempore vero dubitari poſſet. 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 poſſet, 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.

TEXTUS.

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.*

NOTÆ.

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.

COMMENTARIUS.

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

SI quis aliud pro alio petat] Qui aliud pro alio petit, puta pro Sticho Erotem, conſtat, eum non petere quod debetur, & tamen placet nec hanc petitionem ei nocere, quo minus cognita veritate errorem ſuum, & quidem eodem item judicio corrigere poſſit. Idemque placet, ſi quis ex alia cauſa petat, quam ex qua debetur, puta ex teſtamento, cum debeatur 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 ſenſiſſe quam ſcripſiſſe. Illud ſemper tenendum eſt, ſumptus litis, quos ob vitium petitionis reus facere coactus fuit, actorem ei reddere oportere.

Errorem ſuum corrigere] Poteſt igitur actio ſemel edita poſtea corrigi aut mutari. Idque etiam jure veteri obtinuit. Extat de ea re conſtitutio Severi & Antonini in hæc verba; *Edita actio ſpeciem futuræ litis demonſtrat, quam emendari aut mutari licet, prout edicti perpetui monet auctoritas, vel jus reddentis decernit æquitas*, *l.* 3. *C. de edend.* Emendatur actio, cum mendum vel error tollitur, aut defectus ſuppletur, ſalva manente principali ſubſtantia concluſionis. Mutatur, cum repudiata vetere 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 con-

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 experiatur, 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 fine damno adversarii fiat: ideoque qui temerè adversarium suum in jus vocaverit, is ei viatica & sumptus prioris litis reddere tenetur, *l. eum qui.* 79. *de judic.* Don. *in d. l.* 3. *C. de*
2 *edend. num.* 3. *& seqq.* D. Perez. *d. loc.* 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. eum fundum.* 18. §. 1. *unde vi.* Eaque haud dubie est etiam sententia Imperatorum in *d. l.* 3. *C. de edend. &* Justiniani *hic.* Cæterum jure veteri eo casu opus erat alio judicio 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 judicio, ut hic disertè cautum est, Don. *ubi sup. n.* 17. Perez. *d. loc. n.* 7. quanquam existimo, his verbis non tam judicii unitatem denotari, quam negotii apud eundem judicem sine nova in jus vocatione continuationem: ut in hoc saltem novum jus distet ab antiquo, quo nova interpellatio desiderabatur, & prætor de integro adeundus erat, ut aliud judicium daret. Sanè non video, quomodo alioqui rectè defendi possit, idem judicium 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 disse-
3 rit 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 judicii 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.*

TEXTUS.

Divisio sexta. De peculio.

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

COMMENTARIUS.

REdit hic Imperator ad institutum, quod interrupit, §. *curare.* 32. *sup.* proponitque 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 inveniatur, quatenus in peculio sit, *d.* §. *actiones.* 10. *&* §. *præterea.* 4. *tit. seq.* Quid in peculio servi filiive habendum, item de quo peculio actio adversus patrem constituta ex contractu filii, alibi expositum est.

TEXTUS.

De repetitione dotis.

37. *Item si de dote in judicio mulier agat, placet, eatenus maritum condemnari debere, quatenus facere possit, id est, quatenus facultates ejus patiuntur. Itaque si dotis quantitati concurrant facultates ejus, in solidum damnatur, sin minus, in tantum, quantum facere potest. Propter retentionem quoque dotis repetitio minuitur. Nam ob impensas in res dotales factas, marito quasi retentio conces-*

sa

ceſſa eſt; quia ipſo jure neceſſariis ſumptibus dos minuitur, ſicut ex latioribus Digeſtorum libris cognoſcere licet.

NOTÆ.

37. *Quatenus facultates*] Facere poſſe civili ratione hic dicitur, qui de ſuo præſtare poteſt honeſtè, deducto ſcilicet eo, quod illi ſatis ſit ad victum quotidianum & alimenta, *l.* 29. *in fin. l.* 30. *de re jud. l.* 6. *de ceſſ. bon. l.* 173. *de reg. jur.* & in eo tempus rei jud. ſpectatur, *l.* 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 competentiæ 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?*

1 SUnt 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 competentiæ. 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 remp. unde militi, qui ſub armata militia ſtipendia meret. *l.* 6. *l. item miles.* 18. *de re jud.* Denique ob ſolam commiſerationem: unde ei, qui bonis ſuis ceſſit, tribuitur, §. *ult. inf. eod.* & interdum filio emancipato, *l.* 2. *quod cum eo qui in al. pot. l. & exhæredatum.* 49. *de re jud.*

2 *Si de dote mulier agat*] Eleganter Theod. Hermop. ad *l.* 173. *de R. J.* Αἰσχύνεται ὁ νόμος παῤῥησίαν δοῦναι τῇ χθὲς καὶ πρώην συγκοινωνῷ τοῦ βίου, πάντως ἀπογυμνῶσαι τὸν ἴδιον ἄνδρα. *Puduit legiſlatores ei, quæ heri nudiuſve tertius conſors omnis vitæ fuit, facultatem dare ſpoliandi maritum rebus omnibus.* Non autem marito tantum adverſus uxorem, ſed etiam uxori adverſus maritum hic honos habetur, 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 re jud. l. rei judicatæ.* 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 re jud.* Quod autem ait, ſi de dote mulier agat, exempli tantum cauſa dicitur. Nam non ſolum maritus, cum ex cauſa dotis ab uxore convenitur, hoc beneficium habet; ſed etiam cum ex aliis contractibus: *d. l. non tantum.* 20. *de re jud.* niſi ſoluto matrimonio contraxerit cum ea, quæ olim uxor fuit, *l. divortio.* 35. *de neg. geſt.* Atque hoc jure etiamnum utimur. Zypæ. *not. jur. Belg. de jur. dot. in fin.*

Propter retentionem] Diximus, mutuam creditoris ejuſdemque actoris obligationem etiam nonnunquam efficere, ne reus in ſolidum condemnetur. Id conſequitur non tantum per compenſationem propriè dictam, cum quantitates utrimque debitæ 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 3
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 rem dot. l. ſi is qui.* 56. §. *ult. de jur. dot.* Extra cauſam dotis retentio 4
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.* 2. *commod.* add. Papin. *lib.* 6. *art.* 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 judicio ſocietatis agat; non plus actor conſequitur, quam adverſarius ejus facere poteſt. Idem eſt, ſi quis ex donatione ſua conveniatur.*

NOTÆ.

38. *Socius cum ſocio*] *d. l.* 16. Quia ſocii inter ſe quodammodo fratres ſunt, *l.* 63. *pro ſoc.* τάξιν γὰρ ἐπίχουσιν ἀδελφῶν. Theod. Hermopol. ad *l.* 173. *de reg. jur.*

COMMENTARIUS.

CUm *parente ſuo patronove*] *l. ſunt quidam.* 16. *& l. ſeq. de re jud.* Parenti hoc tributum cum propter conjunctionem, tum propter reverentiam, quam parenti

renti 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, convenire posse. Sed & liberis & parentibus patroni idem beneficium datum est, *l. patronus.* 17. *de re jud.* VINN. Rationem, cur patrono idem beneficium tribuatur, quod parenti, jam supra vidimus, quia scilicet liberto loco parentis erat. Vid. supra *tit. de succes. libert.* & add. Lactant. *Inst. div.* IV, 3. HEIN.

Item si socius cum socio judicio societatis] Igitur socio omnium bonorum semper & omnimodo hoc beneficium competit, uti parenti, patrono, conjugi, *d. l. sunt quidam.* 16. Nam omnium bonorum socio, cum convenitur judicio societatis, *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 sociis 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.* Pinguius enim donatori succurrere debemus, quam qui verum debitum solvere compellitur: ne liberalitate sua inops fieri periclitetur, *l. & exhaeredatum.* 49. *cum l. seq. eod.* Et ita utimur, *consult. JC. Bat. pag.* 1. *cons.* 269. quamvis in Gallia nec hoc observetur. Bugn. *de ll. abrog. lib.* 1. *satyr.* 12.

TEXTUS.

De compensationibus.

39. *Compensationes quoque oppositæ plerumque efficiunt, ut minus quisque consequatur, quam ei debeatur. Nam ex bono & æquo habita ratione ejus, quod invicem actorem ex eadem causa præstare oportet, poterit judex in reliquum eum, cum quo actum est, condemnare, sicut jam dictum est.*

COMMENTARIUS.

ETiam per compensationem reus consequitur, ne in solidum damnetur. Compensatio tunc propriè est, cum res, quæ numero, pondere, mensura constant, utrimque debentur; ut ostendimus ad §. *in bona.* 30. *sup. eod.*

Compensationes oppositæ] Etsi compensatio ipso jure actionem minuit, tamen in judicio opponenda & alleganda est, ut judex sciat, esse, quod vicissim debeatur, ejusque in condemnatione rationem habeat. Hæc vero allegatio propriè 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.* 30.

Plerumque] Hæc particula fortè adjecta est propter causam depositi, vectigalium, tributorum &c. in quibus compensationi non est locus, *l.* 3. *& l. ult. C. de compens.* Fortassis etiam, quia liquidi tantum cum liquido compensatio admissa: quod autem ex causa non liquida compensandi gratia objicitur, alii judicio reservandum, nisi initio litis per modum exceptionis objiciatur, *d.* §. *in bona* 30. *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 acquisierit, quod idoneum emolumentum habeat, ex integro in id, quod facere potest, creditores experiuntur. Inhumanum enim erat, spoliatum fortunis suis in solidum damnari.*

NOTÆ.

40. *Qui bonis cessit*] Ex Ulpiano *l.* 4. *de cess. bon.*

Idoneum emolumementum] Non modicum, sed quod alicujus momenti sit, quo prætor moveri possit, *l.* 6. *l.* 7. *eod.*

Ex integro] Id est, ἐξολοκλήρου, de integro, rursus, denuo, non εἰς ὁλόκληρον, in solidum.

COMMENTARIUS.

1. *Quid sit facere posse, & quid hoc reo tribuat?*
2. *Quibus rebus deductis id æstimetur?*
3. *Quale sit hoc beneficium, personæ, an rei cohærens?*

HIc iterum proponitur species, ubi beneficium reo datum facit, ut actor solidum non semper consequatur. Omnis debitor, qui non habet exceptionem competentiæ, 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 pœnam 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.* 5. *& ad l. Taur.* 79. *num.* 2. Ben. Stracch. *de merc. tract.*

tract. decoctorib. 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 acquiſierit, denuo efficaciter convenirí 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 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 *prax. civ. cap.* 70. Pet. Greg. 22. *ſynt.* 8. *& aliquot ſeqq.* Afflict. *deciſ.* 348. *& ſeq.* Teſſaur. *deciſ.* 36. *&* 182. Chriſtin. *vol.* 4. *deciſ.* 123. ubi plurimos citat, qui ex profeſſo hanc materiam
1 tractant. Cæterum antequam hinc abeamus, quærendum eſt, quale ſit hoc beneficium, quod competentiæ 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 ex torquendum, 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 nobilitat. 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.* 19. 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 debitorem, quam creditorem, egere convenit. Zaſ. *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
3 cauſæ, ſed perſonæ cohærens: & ideo nec in hæredem tranſit, præterquam quod in actione dotis datur filiis mulieris, qui patri hæredes extiterunt, *l.* 12. *& ſeq. l. etiam filius.* 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 ſeq. n.* 49. Neque fidejuſſori tribuitur, quamvis ita fiat, ut nec debitori hoc beneficium proſit; 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, tacitè exceptioni competentiæ renuntiare videtur? utique enim hoc agimus fidejuſſorem accipientes, ut in omnem eventum nobis cautum ſit, §. *ult. inſ. de replicat.* Licet autem jure novo reus principalis prius conveniri & excuti debet, quam ad fidejuſſores perveniatur: 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. *ad d. l.* 24. *de re judic.* Bachov. *hic.* fuſè 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 SEPTIMUS.

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

Dig. Lib. 14. *Tit.* 5. *C. Lib.* 4. *Tit.* 16.

Continuatio, & ſumma tituli.

JUre civili nemo ex contractu alterius obligatur, ne is quidem qui contrahentem in poteſtate habet. §. *Actiones.* 10. *tit. præc.* 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.

TEXTUS.

Scopus & nexus.

Quia tamen ſuperius mentionem habuimus de actione, qua in peculium filiorum ſervorumque agitur, opus eſt, ut de hac actione & de cæteris, quæ 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 propriè ſervetur, ſeparatim oſtendemus.

COMMENTARIUS.

Superius mentionem habuimus] §. *actiones.* 10. *prac. 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 iis agi, 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. *& ſeqq. 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.* 10. *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.

1. *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 minor.* Juſſum autem domini hic accipere debemus, ſive juſſerit, ſive mandaverit, ſive ratum habuerit, aut ſervi chirographo ſubſcripſerit, *l.* 1. §. 1. 3. 4. *& 6. quod juſſ.* VINN. *Juſſum* autem proprie de patre & domino dicitur, ut *mandatum* de extraneis: Nam quia hoc conſenſu duorum conſiſtit: pater filio non mandat, utpote qui unam cum illo perſonam conſtituit, ſed *jubet*: quemadmodum tutor *auctoritatem*, curator *conſenſum* interponere dicitur. Accurate hæc diſtinguere ſolebant veteres. Quomodo *juſſum* & *auctoritas* differant, docet *l* 25. §. 4. *ff. de adquir. vol. omitt. hered.* in qua nihil eſſe mutandum, contra virum eximium, Jac. Gothofred. *Comm. ad l.* 29. *ff. de R. J.* alibi oſtendimus. Add. *Elem.* noſtra *jur. civ. ſecund. ord. Inſt.* §. CCL. **p.* 137. HEIN.

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 quæſtus pertinet. Inſtitoria tunc locum habet, cum quis tabernæ forte,*

te, 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 tabernæ, aut cuilibet negotiationi præpoſuerit; ſcilicet quia eadem æquitatis ratio etiam eo caſu interveniat.

NOTÆ.

2. *Cum quis taberna*] Taberna hîc eſt ἐργαστήριον, ſtatio, officina. Gloſſ. juris: *taberna*, ἐργαστήριον. Hinc tabernarius, *l.* 5. §. 7. *de inſt. act.* id eſt, ἐργαστηριάρχης. Gloſſ. Gr. Lat.

COMMENTARIUS.

1. *Cum magiſtro & inſtitore ipſo etiam directo agi poſſe: quanquam in praxi hoc non receptum.*
2. *Si plures exerceant, ſingulos in ſolidum teneri: ſed apud nos hoc non obtinere.*
3. *Exercitatores non habere actionem adverſus contrahentes cum magiſtro aut inſtitore.*
4. *In contractibus cum præpoſitis eorundis 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 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 inſtitoria, *titt. ff. & C. de inſt. act.* Illa à præponente qui exercitor dicitur, nominata eſt; hæc à præpoſito ſeu inſtitore 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. inſ. eod. l. ſi inſtitorem.* 29. *de reb. cred.* unde merito etiam in ſolidum utraque propoſita eſt.

Ad quem quotidianus navis quæſtus] Exercitor dicitur, ad quem omnes obventiones & reditus navis pertinent, ſive is dominus navis ſit, ſive à domino navem per averſionem conduxerit; *l.* 1. §. *exercitorem.* 15. *de exerc. act.* Magiſtrum autem navis accipere debemus, cui totius navis cura mandata eſt, maximè quidem cui ab exercitore, ſed tamen etiam cui ab inſtitore, *d. l.* 1. §. 1. junct. §. *magiſtrum.* 5. ubi etiam ratio hujus rei redditur.

Inſtitores vocantur] Inſtitor, auctore Ulpiano, ex eo appellatus eſt, quod negotio gerendo inſtet: nec multum refert, inquit, tabernæ ſit præpoſitus, an cuilibet alii negotiationi, *l.* 3. *de inſt. act.* puta rebus emendis, locandis, permutandis. Ut declarant exempla *l.* 5. *eod.* Quamvis autem procurator qui mutuis accipiendis pecuniis præpoſitus eſt, proprie inſtitor non ſit, placet tamen, adverſus eum, qui præpoſuit, utilem ad exemplum inſtitoriæ 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. *& l.* 8. *de inſt. act.* quibus locis traditur, nihil intereſſe cujus conditionis ſit, qui navi aut tabernæ præponitur, maſculus an fœmina; 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 is 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 inſt. act. l.* 4. *C. eod.* nec ſunt contractus hujuſmodo alieni, ſed ipſius mulieris. Græci in *Baſilic.* 53. δὲ ἀποτελά ἐισι ταῦτα συναλλάγματα ἀλλ' αὐτῆς τῆς γυναικός. Enimvero pupillus ex præpoſitione ut obligetur, neceſſaria eſt tutoris auctoritas. *d. l.* 1. §. *parvi autem.* 16. *l.* 9. *de inſt. act.*

Eadem æquitatis ratio] Conditio perſonæ præpoſiti non debuit impedire humanitatem prætoris. Nam ſive ſervus ſive homo liber adminiſtrationi alicui præponatur, ſemper is, qui eum 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 inſt. act.* quanquam ſummo jure hæ 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 inſtitore 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 inſtitore directo agere, an cum iis, qui eos præpoſuerunt, exercitoria aut inſtitoria experiri velit, *l.* 1. §. *eſt autem.* 17. *& §. pen. de exerc. act. l.* 6. §. *ultim. naut. caup. ſtab.* Nec obſtat *l. ult. de inſtit. act.* ex qua quidam adſtruxerunt, inſtitores ipſos ex negotio inſtitorio nomine geſto non teneri nec conveniri poſſe: nam, ut recte plerique reſpondent, non proponitur in ſpecie *d. l. ult.* inſtitor, qui cum aliquo contraxit, aut ſe inſtitorio nomine obligavit, ſed qui tantum profeſſus eſt, eſſe penes menſam præponentis certam ſummam pecuniæ: ex cujuſmodi nuda ſcriptione, ad fidem menſe proteſtandam, om *credit* van de tafel te onderhouden / mirum non eſt, ſi poſt mortem præponentis conveniri non poſſit. Coſtal. *in d. l.*

ult. & ad l. 1. §. eſt autem. 17. de exerc. act. Ubi tamen refert, aliud placuiſſe Curiæ Pariſienſi, eamque cenſuiſſe, inſtitores non recte conveniri ex iis contractibus, quos nomine inſtitorio inierunt, ſed in dominos actionem eſſe intendendam, niſi domini eos, qui pro ſe geſſerunt, pro inſtitoribus 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. 9. de duobus reis*, ait, quod factores licet mille literis ſe ſcribant debitores, non propterea poſſunt conveniri, quod videntur ſcribere
2 factorio nomine. Similia & Decius *conſil. 510.* Si plures navem aut tabernam exerceant, 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 inſtit. act.* Sed hoc apud nos receptum non eſt, ut mercaturæ noxium: ſed ſinguli pro portionibus exercitionis tantum conveniri poſſunt. Grot. *lib. 3. cap. 1. & 2.*
3 *de jur. bell. cap. 11. n. 13.* Groenew. *de ll. abrog. hic.* An igitur & ex contrario navem aut tabernam exercenti actio conſtituta eſt adverſus eos, qui cum magiſtro aut inſtitore contraxerunt? Minime. Neque enim eodem auxilio indigent, cum actione ordinaria, puta mandati locati, negotiorum geſtorum, cum magiſtro aut inſtitore agere poſſint, *l. 1. §. ſed ex contrario. 18. de exerc. act. l. 1. de inſtit. act.* Plane, ſi ab his rem ſuam ſervare nequeant, ex æquitate illis ſuccurri ſolet etiam contra eos, qui cum magiſtro aut inſtitore contraxerunt, *d. §. ſed ex contrario. 18. l. 1. de exerc. act. l. 2. de inſtit. act.* Qui autem magiſtrum aut inſtitorem in poteſtate habet, actiones ex contractibus eorum ſibi quæſitas exercet. Illud porro animadverſione dignum eſt, quod non ex omni cauſa ex contractu magiſtri aut inſtitoris 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 declaratur ab Ulpiano in *d. l. 1. § non autem. 7. & ſeqq. de exerc. act. l. 5. § non tamen. 11. & ſeqq. de in-*
4 *ſtit. act.* Proinde in contractibus cum inſtitoribus aliiſve officio alicui præpoſitis ineundis lex & forma præpoſitionis diligenter obſervanda eſt. *d. l. 1. §. igitur. 12. de exerc. act. l. ſed ſi. 11. §. conditio. 5. de inſt. act.* adeoque ipſum genus commiſſionis vel officii expendendum, & perſona quoque ejus, cum quo contrahitur, examinanda, *l. qui cum alio. 19. de reg. jur.* Coſtal. *in l. 5. §. non tamen. 11. de inſtit. act.* Quid dicemus ſi præpoſiti mutuas pecunias ſumpſerint? 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, probetve, pecuniam in refectionem erogatam 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. ultim. & Gloſſ. & DD. ibidem.* Summa eſt, ſi cum crederetur pecunia, navis in ea cauſa fuerit, ut refici deberet: ſi ea lege credita, ut in refectionem navis impenderetur: ſi creditor ſciverit, eum, cui credidit, magiſtrum ei navi 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 quæratur; *d. l. ult. §. ult.* eodemque jure etiam hodie utimur. Chriſtin. *vol. 3. deciſ. 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. deciſ. 27.* Non idcirco tamen minus in interceſſionibus beneficio SCti utitur. Neoſtad. *obſ. rei jud. 18.* add. Sand. *lib. 2. tit. 4. defin. 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.*

TEXTUS.

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, & cæteros 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, quam oportuerit hanc ei actionem accommodat, quæ tributoria appellatur.*

NOTÆ.

3. *Quia ipſi domino diſtributionem*] Ipſe dominus tribuendi facultatem habet ex prætoris edicto. *l. ult. eod.*

Quam oportuerit] Hæc actio dolum malum coërcet domini, *l. 7. §. 2. eod.* id eſt, propter iniquam diſtributionem datur: cogiturque dominus per hanc actionem in medium afferre, quicquid mercium occultaverit. Theoph.

COMMENTARIUS.

PRoponitur hic quarta actio ex contractu ſervi in dominum à prætore comparata, quæ tributoria voca-

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, æquabiliter inter creditores tribuere ſeu partiri; in quam partitionem & ipſe quoque, ſi quid ei debetur ſive mercis nomine ſive alia ex cauſa, admittitur, *l.* 1. *l.* 5. §. *per hanc actionem.* 5. *& ſeqq. de tribut. 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 coërcet, 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.*

Sciente 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 & patiatur 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.*

TEXTUS.

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 domini verſum intelligitur, quicquid neceſſario in rem ejus impenderit ſervus, veluti ſi mutuatus pecuniam creditoribus ejus ſolverit, aut ædificia ruentia fulſerit, aut familiæ 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 judex, apud quem de ea actione agitur, ante diſpicere ſolet, an in rem domini verſum ſit: nec aliter ad peculii æſtimationem tranſit, quam aut nihil in rem domini verſum intelligatur, aut non totum. Cum autem quæritur, 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.*

NOTÆ.

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 patietur 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 judicium 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 ſcil. 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.*

Ante 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.*

PRæter ſuperiores quatuor ſunt adhuc actiones duæ, edicto item prætoris ex contractibus ſervorum adverſus dominum proditæ, quæ explicantur hoc loco, actio de in rem verſo, & actio de peculio: quarum

rum 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 tribut. act.* junct. *l.* 1. §. *item acquirimus.* 5. *de acq. poss.*

Ut 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 permittere 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, etiamsi nesciat, servum de rebus peculiaribus contrahere. Unde etiam est, quod liceat illa quod jussu, item exercitoria & institoria, in solidum dominus teneatur, in tributoria quod sibi debetur non deducat; 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 verso.*

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 impendive, 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 deteriorem, *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 mutua.* 4. Plane impensæ honestæ & consuetæ dominum de in rem verso obligant, *l.* 7. §. 3. *eod.*

Licet 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 condemnatio-
1 nes. Unde quidam existimaverunt, actionem de in rem verso non esse propriam formulam & per se constantem, sed accessionem & appendicem duntaxat actionis de peculio institiam & exemptitiam. Proinde creditorem, qui de in rem verso agere instituit, de peculio actionem postulare oportere, ita ut simul illud emblema de in rem verso adjici postulet. Hotom. 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 judicio. 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 censeatur. Uti docet *d. l.* 1. §. *ult. & d. l.* 19. At in condemnatione seorsum ejus, quod versum est, ratio non habetur, sed universi peculii, sic ut de toto deducatur, 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 judicium 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 seorsum 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 prævenerit & 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.* 17.

Ordi-

Ordinarius vicarii veluti dominus eſt, vicarius δεσπότης. Gloſſ. Græc. Lat.

TEXTUS.

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 perducat probandi, in rem domini verſum eſſe, vel habere ſervum peculium, & tantum habere, ut ſolidum ſibi ſolvi poſſit. Is quoque, cui tributoria actio competit, æque 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 hac 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 fœnebri pecunia habere. Prout 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.*

NOTÆ.

5. *Domini conditio præcipua non eſt*] In tributorio judicio non melior conditio domini, quam cæterorum creditorum, *l.* 1. *de tribut. 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 fœnebri pecunia] Ergo locum non habet inſtitoria in fœnebri pecunia. Pac.

De in rem verſo agere debet] Id eſt, expedit ei potius de in rem verſo agere, quam tributoria, propter ſolidi condemnationem. Theoph.

COMMENTARIUS.

LOcus 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 inſtitoriæ, & 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 inſtitor vendiderit, pecuniamque in rem domini converterit, una tantum revera actione dominus tenetur, videlicet ex empto; ſed trifariam ex ea cauſa conveniri poteſt, ex empto inſtitoria, 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 elective, ut liceat unam eligere experiundi gratia: una autem electa ſeu in judicium deducta aliæ conſumuntur, quoniam omnes ex uno eodemque negotio deſcendunt, *l.* 9. §. 1. *de tribut. act. l.* 4. §. *ult. hoc tit.* Plane de peculio deque eo, quod in rem verſum eſt, ſimul agi poteſt, ſed una judicii formula caput utrumque complectente, ut ſuperius dictum eſt.

Sed erit ſtultiſſimus] Quoniam unius harum actionum electione cæteræ perimuntur, atque inter has aliæ aliis ſunt uberiores 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. *Quæ diximus de ſervo & de domino, eadem intelligimus & de filio & filia, & nepote & nepte, & patre avove, cujus in poteſtate ſunt.*

COMMENTARIUS.

HOc 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 Senatuſconſulto 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 ſuæ*

ſuæ poteſtatis eſſe cœperint) quam adverſus patrem avumve, ſive eos habeat adhuc in poteſtate, ſive emancipaverit. Quæ ideo Senatus proſpexit, quia ſæpe onerati ære alieno creditarum pecuniarum, quas in luxuriam conſumebant, vitæ parentum inſidiabantur.

COMMENTARIUS.

1. *Scopus Senatuſconſulti. An hodieque ei ſua vis conſtet. An ei filius renuntiare poſſit. An in foro animæ ſe ejus auxilio tueri.*

FIliusfam. ex contractu ſuo & ipſe obligatur, *l. filiusfam.* 39. *de obl. & act.* & patrem obligat de peculio, §. *actiones.* 10. *ſup. de actionibus. l.* 3. §. *filiusfam.* 5. *& 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, *Senatui fuit Veſpaſianus, decernendi, ne filiorumfam. fœneratoribus exigendi crediti jus unquam eſſet, hoc eſt, ne poſt patris quidem mortem.* Tacitus autem *lib.* 11. *annal. cap.* 13. id Claudio tribuere videtur, dum ait, eum coërcuiſſe ſævitiam creditorum, ne in mortem parentum pecunias filiisfam fœnori darent. VINN. Eleganter hos auctores in concordiam reducit Petr. Fab. *Semeſtr.* 1, 25. *p.* 142. ubi obſervat, Veſpaſianum ſub Claudio Cos. fuiſſe duobus noviſſimis anni menſibus. Suet. *Veſp. cap.* 4. Utramque ergo verum eſſe poteſt, Claudio hoc SC. tribuendum eſſe & Veſpaſiano: illi tanquam Principi; huic tanquam conſuli referenti ad Senatum. Jus enim referendi tum adhuc Coss. fuiſſe, patet ex Gell. *Noct. act.* IV, 10. Cui hæc non ſatisfaciunt, is per me credat Veſpaſianum de SCto ſub Claudio facto & poſtea deſuetudine inumbrato iterum ad Senatum retuliſſe. HEIN.

Mutuas pecunias dari] Duo hic notanda. Primum eum ſolum contra Senatuſconſultum facere, qui mutuum filiofam. dedit, non qui alias contraxit, puta vendidit, locavit; modo ne quid factum ſit in fraudem Senatuſconſulti. *l.* 3. §. *is autem.* 3. *de Senatuſc. Mac.* Deinde ſolam pecuniæ numeratæ dationem Senatuſconſulto prohibitam: cæteras autem res omnes utiliter filiofam. mutuo dari, niſi & in his fraus Senatuſconſulto quæratur. *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 filiisfam fœnerari, *l.* 1. *d. tit. l.* 3. *C. eod.* Plane ejus pecuniæ repetitionem non impedit Senatuſconſulti auctoritas, quæ filiofam. 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 filiusfam. 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 filiofam. 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 jurej.* quæ eſt illa à Juriſconſultis toties uſurpata exceptio Senatuſconſulti Macedoniani.

Vel emancipatione ſuæ poteſtatis eſſe cœperint] Cum ſcilicet pecunias mutuati eſſent, quo tempore adhuc in poteſtate erant. Nam vetat Senatuſconſultum pecuniam credi filiofam. 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.*

Quæ ideo Senatus proſpexit] Non ſine gravi cauſa Senatus cavit, ne cui qui filiofam. mutuam pecuniam dediſſet, actio petitiove daretur. Nam hoc modo dum creditores à datione pecuniarum deterrentur, præciditur filiisfam. materia luxuriei & occaſio contrahendi æs alienum, quo cum opprimi cœperunt, verendum ampliſſimus ordo exiſtimavit, ne ad præmaturum atque improbum ſucceſſionis & 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 perpetuam æquitatis rationem habeant, Senatuſconſultum manſuetudini morum & humanitati noſtrorum temporum non convenire. Illud etiam tractatum eſt, an filiusfam. ſe hujus Senatuſconſulti auxilio tueri poſſit in foro conſcientiæ. Wameſius *cent. civ.* 2. *conſ.* 99. Tuldenus ad *tit. C. ad Senatuſconſ. Mac. num.* 4. reſpondent, in judicio animæ filiumfam. 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 filiusfam. exceptioni Senatuſconſulti renuntiare valeat. Et recte cum DD. comm. concludit, non poſſe. Quid ſi renuntiatio juramento corroborata ſit? Putat idem Covar. *eod. loc.* tunc validam eſſe renuntiationem. Sed hoc vix eſt, ut ex ratione juris civilis defendi poſſit. Unus Zanius *lib.* 2. *ſing. reſp. cap.* 28. etiam injuratam renuntiationem valere cenſuit; non utique ut filius renuntiatione ſua patri præjudicet, ſed ſibi. Quam ſententiam judicio ſupremi Senatus Mechlinienſis comprobatam refert Chriſtin. *vol.* 3. *deciſ.* 35. *num.* 10.

TEX-

TEXTUS.

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.*

COMMENTARIUS.

CUi quod juſſu vel de in rem verſo, item cui exercitoria vel inſtitoria competit, is etiam directo patri & domino condicere poteſt, *l. ſi inſtitorem.* 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. & dd. ll.* 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. Autumn. *in collat. jur. Gallici cum Rom. C. hoc tit.*

TITULUS OCTAVUS.

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 furt. l. ult. de injur.* Criminaliter ex delicto ſervi cum domino non agitur, ſed in ipſum ſervum eumque ſolum accuſatio & vindicta criminis dirigitur: niſi fortè 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 cum 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 æſtimationem, *l.* 1. *cum.* 3. *ſeqq. hoc tit.* De peculio ex delictis prodita non eſt, ſicut nec ex contractibus noxalis, *d. l.* 1. *l. ex pœnalibus.* 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 proditæ ſunt, quibus domino damnato permittitur, aut litis æſtimationem ſufferre, aut ipſum hominem noxæ dedere.

COMMENTARIUS.

EX maleficiis] Nomine maleficii & quaſi maleficium hic accipiemus, 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 exercitionem habent, hæc actio non pertinet. *l. quid ſit.* 17. §. *noxas.* 18. *de ædil. edict. l. hæc 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.

Aut litis æſtimationem] Sola litis æſtimatio in obligatione eſt: nam noxæ dedendi poteſtatem dominus à lege accipit, *l.* 6. §. 1. *de re jud.* unde inte igimus, 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 & noxia.

1. *Noxa autem est ipsum corpus, quod nocuit, id est, servus: noxia ipsum maleficium, veluti furtum, rapina, damnum, injuria.*

COMMENTARIUS.

NOn omnino abs re est, ut plerique clamitant, quod hic tradit Justinianus, vocabulo *noxæ* significari auctorem maleficii servum. Nam etsi passim non minus noxa, quam noxia, pro ipso maleficio usurpatur; *l. 1. l. 2. §. 1. l. si quis.* 14. *de nox. act. l. quid sit.* 17. §. *noxas.* 18. *de ædil. edict. cum simil.* negari tamen non potest, quin aliquando veteres noxæ appellatione etiam ipsum servum, qui deliquit, intelligant: veluti cum dicunt, dominum habere *noxæ dedendæ* facultatem, *l. item veniunt.* 20. §. *item.* 5. *de har. pet. l.* 6. §. 1. *de re jud.* item *noxam dedere. l. 1. in. fin. pr. de his qui dejec.* §. 1. *inf de off. jud.* Neque enim aliud est noxam dedere, quam dedere servum noxiosum. Servius ad illud Virgilii 1. *Æneid. v.* 45. *Unius ob noxam, &c. Quidam noxa, quæ nocuit, noxia, id quod nocitum accipiunt.* Plane cum dicunt noxæ dedere, noxa maleficium significat: est enim imperfecta illa locutio, & vetusta consuetudine subaudiendum, *nomine*, ut *noxæ* 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. fec. l. si in re.* 19. §. *ult. hoc tit.* & veteres glossæ Philoxeni noxæ deditum interpretantur ἔκδοτον εἰς κόλασιν, teste Salmas. *lib. de mod. usur. pag.* 888.

TEXTUS.

Ratio harum actionum.

2. *Summa autem ratione permissum est, noxæ deditione fungi. Namque erat iniquum, æquitatem eorum ultra ipsorum corpora dominis damnosam esse.*

COMMENTARIUS.

SIcut durum atque acerbum videtur, ei, qui damnum passus est, nulla ex parte satisfieri: ita & iniquum visum, dominum ex maleficio servi in plus teneri, quam ut noxæ eum dedat. *l. 2. in pr. h. tit.*

TEXTUS.

Effectus noxæ deditionis.

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 quæsita 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.

DOminus 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 nud. 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 quæsita 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, quod ei datum est: quæ causa cum cesset oblata damni æstimatione, cessare etiam debet effectus.

TEXTUS.

De origine harum actionum.

4. *Sunt autem constitutæ noxales actiones aut legibus, aut edicto prætoris. Legibus, veluti furti ex lege* 12. *Tabularum, damni injuriæ ex lege Aquilia. Edicto prætoris, veluti injuriarum, & vi bonorum raptorum.*

COMMENTARIUS.

HIc 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.* Accurs. Contius, Cujac.

TEX-

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 noxæ deditio. Ex diverſo quoque directa actio noxalis eſſe incipit. Nam ſi liber homo noxiam commiſerit, & is ſervus tuus eſſe cœperit, (quod quibuſdam caſibus effici primo libro tradidimus) incipit tecum eſſe noxalis actio, quæ ante directa fuiſſet.*

COMMENTARIUS.

1. *Cum ſervus ex contractu ne quidem poſt manumiſſionem conveniri queat, cur placeat, eum manumiſſum ex delicto directa actione teneri?*

Noxalis actio caput ſequitur] liſdem verbis hæc regula effertur in *l. qui ex pluribus. 20. hoc tit.* Plerumque autem dicitur, *Noxa caput ſequitur. l. ult. eod. l. 1. C eod. l. rem mihi. 21. in fin. commod. l. 1. §. ſi apud. 18. depoſ. 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 noxis ſolutos eſſe. l. 1. §. 1. & paſſ. de ædil. ed.* hoc eſt, non eſſe in ea cauſa, ut dominus eorum nomine judicio noxali conveniri poſſit.

Si manumiſſus fuerit] Huic etiam caſui accommodatur regula: *Noxa caput ſequitur. l 1. §. ſi apud. 18. depoſ. l. 4. C. an ſerv. pro ſuo fact.* Cæterum quia manumiſſus ipſe judicio 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.* 1 *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 ſpeciali l. 5. C. eod.* cur placet, ex delicto tempore ſervitutis commiſſo manumiſſum directè 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 ſubjiciat, quæ etiam ipſi ſervo irrogatur, cum de coërcitione corporali quæritur. Tantum obſtat conditio ſervi, quominus pecuniario & civili judicio cum eo agi poſſit; quod obſtaculum manumiſſione removetur. Contractuum vero diſſimilis ratio eſt. Nam ſervus peculium habens voluntate domini contrahere intelligitur: quippe cui dominus 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 ambulant. *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 cœperit, 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.

QUod 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 facete Diocletianus & Maximianus jubent, dominum ſervum domi convenire, id eſt, verberibus caſtigare.

Et ideo ſi in alienam poteſtatem] Conſectarium 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 dubiè *intercidit*,

cum Ruffardo, Cujacio, & Hotomanno. Theophilus reddidit ἀποβέννυται, 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. si alienus.* 37. *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.

TEXTUS.

De filiisfam.

7. *Sed veteres quidem hoc in filiis familiarum masculis & fœminis admisere: nova autem hominum conversatio hujusmodi asperitatem recte respuendam esse existimavit, & ab usu communi hoc penitus recessit. Quis enim patiatur, filium suum; & maximè filiam, in noxam alii dari, ut pene per filii corpus pater magis, quam filius periclitetur: cum in filiabus etiam pudicitiæ 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 penè per corpus pater magis*, &c. quomodo & Theoph. legisse videtur.

Pro suis delictis conveniri] Etiam pecuniarie, *dd. ll.* Quin in patrem etiam post condemnationem actio judicati de peculio datur. *l.* 3. §. 11. *de pecul.*

COMMENTARIUS.

APud 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. pariatorem. tit.* 2. Rationes displicentiæ variæ hic afferuntur. Prima sumitur à miseratione liberorum, qui ita in servitutem alii tradebantur; cui adjungitur alia à favore pudicitiæ, tangens præcipue sexum fœmineum. Tertia ducitur à miseratione patris: quo facit *l.* 8. *in fin. quod met. ca.* Chrysost. *hom.* 29. *in Genes. c.* 9. Ἴστε πῶς πολλάκις ἠύξαντο πατέρες ὑπὲρ παίδων τιμωρίαν ὑποσχεῖν, &c. *Scitis, sæpè patres optare pœnam pro liberis sustinere.* Postrema ex eo, quod ipsi liberi ex delictis suis pecuniarie quoque conveniri possint: qui si condemnati fuerint, judicatum facere tenentur. Quin etiam in patrem quoque post condemnationem actio judicati 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. VINN. Vel potius, quia servos non habemus ejus conditionis, cujus erant servi Romanorum. Servi, quales Germanicæ originis gentes semper habuerunt, (vid. Tac. *de Mor. Germ. cap.* 25.) qualesque etiamnum in Westphalia aliisque locis sub nomine hominum propriorum reperiuntur, non sunt res, sed personæ, quamvis glebæ adscriptæ. Et hinc si deliquerunt, non dantur noxæ, sed ipsi vel mulctantur, vel castigantur. HEIN.

TITULUS NONUS.

SI QUADRUPES PAUPERIEM FECISSE DICATUR.

Dig. lib. 9. tit. 1.

Nexus.

IN numero actionum noxalium est & actio de pauperie: nam quemadmodum superiores ob noxam servi, ita hæc ob noxam animalis in dominum datur, ut aut damnum farciat, aut corpus, quod nocuit, noxæ dedat.

TEXTUS.

De actione, si quadrupes ex l. XII. Tab.

Animalium nomine, quæ ratione carent, si qua lasciviæ, aut pavore, aut feritate pauperiem fecerint, noxalis actio lege 12. Tabb. prodita est: quæ animalia si noxæ dedantur, proficiunt reo ad liberationem: quia ita lex 12. Tabularum scripta est, ut puta, si equus calcitrosus calce percusserit, aut bos, cornu petere solitus, cornu petierit. Hæc autem actio in iis, quæ contra naturam moventur, locum habet. Cæterum si genitalis sit feritas, cessat actio. Denique si ursus fugerit à domino, & sic nocuerit, non potest quondam dominus conveni-

veniri, quia defiit dominus esse, ubi fera evasit. Pauperies autem est damnum sine injuria facientis datum. Nec enim potest animal injuriam facere dici, quod sensu caret. Hæc quidem ad noxalem pertinent actionem.

NOTÆ.

Aut feritate] Non naturali, sed qua contra naturam generis sui animal motum pauperiem dedit. *l.* 1. §. 7. *hoc tit.* ἐξέστηκε τ̃ φύσεως. Arist. 7. *Eth.* 7.

Ita lex 12. *tab. scripta*] *D l.* 1. *in pr.* Legis etiam Soloniæ de pauperie meminit Plutarch. *in Solon. p.* 91. vide & Levit. 21. *vers.* 28. *& seqq.* Plat. 11. *de legib.* VINN. Lex illa Solonis est de cane & aliis quadrupedibus ob noxiam dedendis. Sed dubito, an unquam leges Solonis dictæ sint *Solonia*. Placuit hæc denominatio Cujacio in Not. ad Paull. *Rec. Sent. lib.* 1. *tit.* 15. §. 1. quia ibi mentio fit legis *Pesulaniæ* de cane. unde vir summus legem Soloniam exculpit. Vid. *Antiqu. nostr. Rom. h. t.* §. 2. *p.* 260. HEIN.

Contra naturam moventur] Quod si culpa aut instigatu hominis fera damnum dederit, damni injuriæ agetur. *d. l.* 1. §. 4. *& 3. seqq.*

Si genitalis sit feritas] Id est, genuina & naturalis. *d. l.* 1. §. 10.

COMMENTARIUS.

Animalium nomine] In *rubr hic & in π.* 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 bestiæ, 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 quadrupedes mansuetas tantum hæc actio pertinet. De feris tamen bestiis utilis datur. §. 1. *inf. eod.*

Aut pavore] Alios *fervore*. Theophil. ἢ θερμότητα.

Aut feritate] Non naturali, sed qua contra naturam generis sui mota damnum dederunt: nam motus in animali non nisi quid 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. *tit. prac.* 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 exempla 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 instar servi manumissi est, nec dedi, 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 arietes.* 11. *hoc tit.* vid. Grot. 1. *de jur. bell. c.* 2. *n.* 3.

TEXTUS.

De actione ædilitia, concurrente cum actione de pauperie.

1. *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 condemnetur: 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, alia aliam consumet.*

NOTÆ.

1. *Ursum, leonem*] Aliave id genus animalia, quæ noceant. *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 cane dati directa de pauperie competat? & quædam usu nunc recepta.*

EDicto 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 ædil. edict.* ubi verba edicti referuntur.

Nocitum libero homini] Ob vulnus ab animali nocere solito in via publica homini libero inflictum actio ex 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.* Quod si liber homo ex ea reperiit, ducentorum solidorum judicium datur, *d. l. qua vulgo. 41.*

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. 41.*

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,
1 quam si fera, quæ nocuit, adhuc in potestate sit. An nomine damni à 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 effectu 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 judicis. Wesemb. *par h. t. n. 6.* Busius *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. Aq.* ut pecus in alieno agro deprehensum includere liceat, quod domino pascuorum 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: adeuntur Pet Fab. *ad l. nemo. 43 §. 1. & d. l. nunquam. 130. de reg. jur.* Don. *lib. 21. comm. 3.* Hotom. *illust. quæst 29.* Tim. Fab. *disp. anniv. 28.* Bachov. *hic.* qui istam materiam ex professo & plenè tractaverunt.

TITULUS DECIMUS.

DE IIS PER QUOS AGERE POSSUMUS.

Ratio ordinis.

PRæcedentes 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 reipublicæ 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 aliæ multæ causæ sæpè hominibus impedimento sunt, quominus rem suam ipsi exequi possint.

NOTÆ.

Pro populo] Pro populo agebat actor, syndicus, συνήγορος, quoniam universi agere non possunt.

Pro libertate] Quia servo jus non erat lege agendi: quam ob causam assertor constituebatur. Livius *lib. 3. c. 44.* Assertor est vindex alienæ libertatis. Donat. *in And. act. 2. scen. 1.*

Pro tutela] Id est, nomine tutorio pro pupillo; quippe qui propter ætatem ipse in judicio consistere non potest.

COMMENTARIUS.

Alterius nomine agere non posse] Antiquitus alieno nomine agere non licebat. Nam actiones omnes legi-

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 ævitaſve vitium eſcit, qui in jus vocabit, 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 & ſi.* 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 judicio conſiſtere non poterat.

Pro tutela] Id eſt pro pupillo nomine tutorio. Quod ideo moneo, ne quis hunc locum cum Theophilo interpretetur 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 conſulem 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 excipere. *l.* 1. §. 2. *de procur.*

Nam & morbus & ætas, &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 cœpit. VINN. Enimvero quia non ferebant leges, & actiones legis admitterent procuratorem: JCti excogitarant modum, quo poſſent Procuratores ſalvo illo vetere principio *l.* 123. *ff. de R. J.* admitti. Fingebant enim procuratores quidem mandato conſtitui, ſed litis conteſtatione fieri dominos litis, adeoque non pro aliis lege agere vel litem excipere, ſed pro ſeipſis. Plura de hac fictione diximus in *Elem. Jur. Civ. ſec. Ord. Inſt.* §. 1246. *ſequ.* HEIN.

TEXTUS.

Quibus modis procurator conſtituatur.

1. *Procurator neque certis verbis, neque præſente ſemper adverſario, imo & plerumque eo ignorante, conſtituitur. Cuicumque enim permiſeris rem tuam agere, aut defendere, is tuus 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. *ſent.* 3.

Cuicumque permiſeris] Dummodo procurator eſſe non prohibeatur, §. *ult. inf. de except.* Pac.

Is tuus procurator intelligitur] Specialiter tamen procurator à reo datus, defenſor dicitur; quem actor conſtituit, procurator, *tit. de proc. & defenſ.* qui ſine mandato cauſam alterius defendit, *ἰδιωτικῶς* defenſor dicitur, *l.* 28. *l.* 40. §. 2. *l.* 51. *& c. d. tit.*

COMMENTARIUS.

1. *Quale ſit officium, & quæ poteſtas procuratoris, maximè hodie.*

PRocurator in uſu juris dicitur, qui aliena negotia mandatu domini adminiſtrat. Nec is tantum, qui adminiſtrat forenſia & judicialia, ſed etiam, qui alia quævis extra judicium, *l.* 1. *in pr.* & §. 1. *de proc.* vid. *ſup. titul. de mandat.* ſed de hoc genere nunc non quæritur. Soli illi ad propoſitam tractationem pertinent, qui quod alienam litem procurant, procuratores ad lites vulgo appellantur.

Neque certis verbis neque præſente adverſario] *d. l.* 1. §. 1. Hic autem locus indicio eſt, olim certam fuiſſe formulam verbis quibuſdam ſolemnibus conceptam, qua procuratores præſentibus 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.* Specialiſſimè autem defenſor eum denotat, qui ſine mandato abſentis defenſionem ſuſcipit. §. *ſi vero.* 5. *tit. ſeq.*

Jure Romano procuratoris officium privatum fuit: 1
quod & nemo ſubibat invitus, *l. invitus.* 17. *C. de proc.* & quivis mandatu domini exercere poterat, *l.* 1. *eod.* utique ſi non expreſſe 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. alt. & 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. Zypæ. *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

um 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 prætor.* 3. *de procur.* Ludovic. *Rom. ſingul.* 115. Ex contrario quamvis generale ſit mandatum, tamen eo non intelliguntur contineri, quæ veriſimile eſt non facilè quempiam mandaturum fuiſſe, cujuſmodi ſunt cauſa famæ, tranſactio, delatio jurisjurandi, & ſimilia, quæ idcirco dicuntur ſpeciale exigere mandatum, *l. non ſolum.* 39. §. *ult. l. mandato.* 60. *eod. tit. cap. qui ad agendum.* 4. *x. 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.

TUtores & curatores aliis modis, quam procuratores, conſtituuntur, nimirum aut teſtamento à parentibus, aut lege, aut à magiſtratibus, quibus id ſpecialiter permiſſum eſt, ut ſuis locis expoſitum eſt, *lib.* 1. *tit.* 13. *& ſeqq.*

TITULUS UNDECIMUS.

DE SATISDATIONIBUS.

Dig. Lib. 2. *Tit.* 8. *C. Lib.* 2. *Tit.* 57.

Continuatio. Cautio quotuplex.

QUoniam alieno nomine ſine ſatiſdatione agi non poteſt, multoque minus actio alieno nomine ſuſcipi, non intempeſtivè tractatio de ſatisdationibus ſuperiori ſubjicitur. Videamus igitur, quid ſit ſatiſdatio. Cautio alia dicitur nuda, quæ eſt promiſſio ſecuritatis ſine pignore aut fidejuſſore: cui ſi jusjurandum accedat, dicitur juratoria, §. 2. *inf. eod.* alia idonea, quæ ſatiſdatio vocatur: & fit vel pignoribus datis, vel fidejuſſoribus, *l. promiſſor.* 21. §. 2 *de conſt. pec.* frequentiſſimè tamen ea, quæ fit datis fidejuſſoribus, in ſpecie ſatiſdatio appellatur, *l.* 1. *qui ſatiſd. l.* 3. *C. de verb. ſign.* & quoties lex aut prætor ſatiſdationem deſiderant, regulariter fidejuſſoribus datis cavendum eſt, *l.* 7. *de ſtip. præt.* quanquam nonnunquam & pignora admittuntur, *l.* 1. §. *jubet.* 9. *de collat. l.* 2. §. 3. *quod legat.* Finis ſatiſdationum & 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.

TEXTUS.

De judicio perſonali.

Satiſdationum modus alius antiquitati placuit, alium novitas per uſum amplexa eſt. Olim enim ſi in rem agebatur, ſatiſdare poſſeſſor compellebatur, ut, ſi victus eſſet, nec rem ipſam reſtitueret, nec litis æſtimationem, poteſtas eſſet petitori aut cum eo agendi, aut cum fidejuſſoribus ejus. Quæ ſatiſdatio 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, ſatiſdare cogebatur, ſi alieno nomine judicium accipiebat. Ipſe autem qui in rem agebat, ſi ſuo nomine petebat, ſatiſdare non cogebatur. Procurator vero ſi in rem agebat, ſatiſdare jubebatur,* rem ratam dominum habiturum. *Periculum enim erat, ne iterum dominus de eadem re experiretur. Tutores vero & curatores eodem modo, quo procuratores, ſatiſdare debere, verba edicti faciebant. Sed aliquando his agentibus ſatiſdatio remittebatur. Hæc ita erant, ſi in rem agebatur.*

NOTÆ.

Satiſdationum] Satiſdare proprie eſt fidejuſſoribus datis cavere. *l.* 1. *qui ſatiſd. cog. l.* 3. *C. de verb. ſign. l.* 7. *de præt ſtip.*

Si alieno nomine judicium accipiebat] Quoniam nemo alienæ litis defenſor idoneus ſine ſatiſdatione. *l.* 46. §. 2. *l.* 53. *de procur.* Cæterum & de rato cavere debebat, *l.* 40. §. 2. *d. t.*

Satiſ-

Satisdare 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.*

COMMENTARIUS.

1. *Procuratorem, de cujus mandato constat, non cavere de rato.*
2. *Sed neque tutorem, quem talem esse constat.*

Antiquitati placuit] Antiqui hujus juris vestigia non pauca nobis in ff. 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.

Satisdare possessor compellebatur] Olim in actione in rem possessor satisdare judicatum solvi cogebatur. *l.* 8. *& alib. jud. solv. l. si eum.* 33. *de fidejuss.* Pater etiam ex *l.* 1. *C. uti poss.* si possessor non caviset, 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 satisd. 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, sed 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.* 8. *l.* 5. §. 2. *l. cum quærebatur.* 13. *l. ex clausula.* 17. *eod.* Prima autem clausula omnium potissima est: & ideo inde nomen accepit.

Multo magis si alieno nomine] Olim qui in rem judicium alieno nomine suscipiebat, multo magis, quam reus satisdare cogebatur: quoniam nemo alienæ litis defensor idoneus est sine satisdatione. *l. qui proprio.* 46. §. 2. *l. non videtur.* 53. *de procur.* Sed & præter solitam satisdationem 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, satisdare non cogebatur. Quippe in cujus persona satisdatio judicatum solvi locum non habebat, cum actor non damnetur: neque ferendum erat, ne is, qui ultro litem intendit, moras necteret, litemve non persequeretur.

1 *Procurator vero si in rem*] Ait, procuratorem actoris satisdare solitum fuisse rem ratam dominum habiturum. Falsa propositio, si de vero procuratore, seu eo, qui speciale mandatum domini profert, accipiatur, *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 satisd.* Nam stultum esset cautionem de rato exigi 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.* 40. §. *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.* 40. §. *ult. de proc.* item procurator universorum negotiorum. *l.* 5. §. *qui procuratorio.* 18. *de nov. op. nunc.* VINN. Et hinc hodie de rato non cavent, nisi qui vel mandatum non sufficiens exhibent, vel ex mandato præsumto agunt tanquam personæ conjunctæ. HEIN.

Tutores & curatores eodem modo] Ait tutorum & curatorum eandem in satisdando conditionem fuisse, quæ procuratorum fuit: sed aliquando his agentibus satisdationem remissam. Hæc quoque sententia falsa est. Nam non magis tutores, quos tales esse constat, 2
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.* affert, quia non minus tutor, quam procurator, rem in judicium deducit, ut metuendum non sit, ne pupillus iterum experiatur. Tunc solum cautio præstanda, cum dubitatur, an quis tutor sit, vel an adhuc duret tutela, *d. l. vulgo.* 23. Quod & in procuratore, cum de mandato dubitatur, obtinere paulo ante diximus. Itaque convertamus potius propositionem cum Ulpiano in *d. l. vulgo.* 23. 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 Ulpian. *l. serv.* 33. §. *ait prætor.* 3. *de procur.* ubi qui alieno nomine actionem postulat, jubetur cavere, se eum, cujus nomine agere instituit, defensurum, 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 tametsi altera illa cautio de defendendo eo, cujus nomine agitur, etiam à procuratore speciale mandatum habente præstanda sit: tamen tutores & curatores ne illa quidem satisdatione onerari placuit, *l. ult.* §. 3. *C. de adm. tut.* Sed de eo hic non quæritur.

TEXTUS.

De judicio perſonali.

1. *Si vero in perſonam, ab actoris quidem parte eadem obtinebant, quæ diximus in actione, qua in rem agitur: ab ejus vero parte, cum quo agitur, ſiquidem alieno nomine aliquis interveniret, omnimodo ſatiſdaret, quia nemo defenſor in aliena re ſine ſatiſdatione idoneus eſſe creditur. Quod ſi proprio nomine aliquis judicium accipiebat in perſonam,* judicatum ſolvi *ſatiſdare non cogebatur.*

NOTÆ.

1. *Siquidem alieno omnimodo ſatiſdaret*] Judicatum ſcil. ſolvi, *l.* 5. §. *ult. quib. ex cauſ. in poſſ. Omnimodo*, id eſt, etiamſi mandatum habeat. *l.* 21. *rat. rem hab. l.* 1. *in fin. C. de ſatiſd.*

Nemo defenſor idoneus] Regula paſſim tradita. Defenſor idoneus, id eſt, ἱκάνος, ἀξιόπιστος, locuples, ἀξιόχρεως.

COMMENTARIUS.

AB actoris parte eadem obtinebant] Itaque qui in perſonam agebat, ſiquidem ſuo nomine, non ſatiſdabat, ſin alieno, ſatiſdabat, rem ratam haberi, *l. ſervum.* 33. *in fin. de procur.* niſi de mandato conſtaret: nam ubi mandatum apparet, non eſt neceſſaria ſatiſdatio de rato, ut ſupra probavimus.

Ab ejus parte, cum quo agitur] Jure antiquo qui in actione perſonali defenſionem alterius ſuſcipiebat, ſatiſdare cogebatur judicatum ſolvi, *l.* 5. §. *ult. quib. ex ca. in poſſ.* & uti eſt in textu, *omnimodo*, id eſt, ſive mandatum non haberet, ſive haberet: quod etiam expreſſum in *l.* 1. *in fin. C. de ſatiſd. l. ne ſatiſdatio.* 21. *rat. rem hab.* & ſatis intelligitur ex generali regula paſſim tradita, quod nemo alienæ rei defenſor idoneus eſt ſine ſatiſdatione. 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, etiamſi 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 reum, cujus revera negotium geſtum eſt, concedit, *l.* 4. *de re jud.*

Quod ſi proprio nomine] Qui ſuo nomine actionem in perſonam ſuſcipiebat, judicatum ſolvi ſatiſdare non tenebatur. In actione in rem contra erat. Differentiæ 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 etiamſi poſt litem conteſtatam poſſidere rem deſierit, modo dolo & culpa careat, *l. ſin autem.* 27. §. 1. *de rei vind.* de quo plura ſcripſit ad §. *ſic. itaque.* 14. *in fin. ſup. de act.*

TEXTUS.

Jus novum. De reo.

2. *Sed hodie hæc aliter obſervantur. Sive enim quis in rem actione convenitur, ſive perſonali ſuo nomine, nullam ſatiſdationem pro litis æſtimatione dare compellitur: ſed pro ſua tantum perſona, quod in judicio permaneat uſque ad terminum litis. Vel committitur ſuæ promiſſioni cum jurejurando, quam juratoriam cautionem vocant; vel nudam promiſſionem, vel ſatiſdationem pro qualitate perſonæ ſuæ dare compellitur.*

NOTÆ.

2. *Pro litis æſtimatione*] Ἕνεκα τῆς διατιμήσεως τῆς δίκης, id eſt, judicatum ſolvi ſatiſdare non cogitur: quæ ſatiſdatio ab eo, qui in rem judicium accipiebat, exigebatur.

COMMENTARIUS.

HOdie qui ſuo nomine quacumque actione convenitur, ſatiſdare 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 ſatiſdare, vel jurare, vel repromittere tenetur. Juratoriæ 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 ſatiſdant, ſed jurant, *l. quoties.* 17. *C. de dign. lib.* 12. A reliquis exigitur ſatiſdatio, exceptis iis, qui immobilia poſſident, *l. ſciendum.* 15. *qui ſatiſd. cog.* quos nec jurare teneri arbitror; alioqui quis locus eſſet nudæ repromiſſioni, quæ hoc loco & in *rubr. qui ſatiſd.* opponitur cautioni juratoriæ? Et igitur ſtabitur nudæ poſſeſſoris immobilium promiſſioni. Interpretes in *l.* 1. *& d. l. ſciendum.* 15. *d. tit.* fere cenſent, poſſeſſorem teneri ea bona ſimul hypothecæ obligare. Quod mihi à mente Juriſconſulti in *d. l. ſciendum.* 15. 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 executorem litis exponitur de conteſtanda lite intra duos menſes. *auth. libellum. C. de lit. cont.*

TEX-

TEXTUS.

De procuratore actoris.

3. *Sin autem per procuratorem lis vel infertur, 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, ſatisdationem procurator dare compellitur. Eodem obſervando & ſi tutor vel curator, vel aliæ tales perſonæ, quæ alienarum rerum gubernationem receperunt, litem quibuſdam per alium inferunt.*

NOTÆ.

3. *Vel aliæ tales perſonæ*] Intellige ſyndicos vel actores municipiorum aut corporum.

Litem per alium inferant] Puta vel 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 ſatisdant. *l.* 23. *de adm. tut.*

COMMENTARIUS.

IN *actoris perſona*] Qui ad agendum alieno nomine admitti poſtulat, ſiquidem mandatum probet, vel præſentis domini habeat auctoritatem, ſatisdare non cogitur rem ratam dominum habiturum, *l.* 1. *C. de ſatisd. l. ſi procuratorem.* 65. *de proc. l.* 1. *C. eod. l.* 3. §. 2. *ut in poſſ. leg. l. ne ſatisdatio.* 21. *rat. rem hab.* ſin minus, ſine ſatisdatione non admittitur. Sed, nec omnes, qui mandatum ad agendum non habent, oblata cautione de rato admittuntur, ſed ſolæ perſonæ conjunctæ, *l. ſed & hæ.* 35. *l. Pomponius.* 40. §. *ult. de proc.* item procurator omnium bonorum, *l.* 5. §. *ſi procurator.* 18. *de nov. op. nunc.* eademque conditione admittitur, cui an mandatum ſit, vel non ſit, dubitatur, *d. l.* 3. §. 2. *ut in poſſ. legat. a. l.* 1. *C. de proc.* & ſecundum hæc temperandi textus generales in *l. ſervum.* 33. §. *ait prætor.* 3. *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.*

TEXTUS.

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 *ſatisdationem ſolemni ſtipulatione firmare, vel extra judicium ſatisdationem exponere, per quam ipſe ſui procuratoris fidejuſſor exiſtat pro omnibus* judicatum ſolvi *ſatisdationis clauſulis. Ubi & de hypotheca ſuarum rerum convenire compellitur, ſive in judicio promiſerit, ſive extra judicium caverit, ut tam ipſe quam hæredes ejus obligentur. Alia inſuper cautela, vel ſatisdatione propter perſonam ipſius exponenda, quod tempore ſententiæ recitandæ in judicium veniet, vel ſi non venerit, omnia dabit fidejuſſor, quæ in condemnatione continentur, niſi fuerit provocatum.*

COMMENTARIUS.

DE eo, qui nomine rei judicio 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.*

Poteſt vel ipſe in judicium venire, &c.] Superius dictum eſt, eum, qui alienæ litis defenſionem ſuſcipit, teneri omnino ſatisdare judicatum ſolvi. Hic proponitur modus, quo reus procuratorem ſuum ab hoc onere liberare valeat; nimirum ſi ipſe pro procuratore ſuo vel in judicio vel extra judicium eam cautionem exponat, atque procuratoris ſui exiſtat fidejuſſor.

Pro omnibus judicatum ſolvi clauſulis] Nempe tribus illis, de re judicata, 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 ſatisdationem hoc amplius ab eo exigitur, ut etiam bona ſua hypothecæ obliget, quo certius actori 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 judicium 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 qua manifeſte tam hanc, quam ſuperiorem cautionem exigit Juſtinianus. Fabrot. Nec minus aperte Theophilus, paraphraſtes Græcus. Nam verba illa, *à procuratore*, non ſunt Theophili, ſed emblema Curtii interpretis Latini. Quod mirum eſt in editione Theophili non animadverſiſſe D. Gothofredum.

Omnia dabit fidejuſſor] A reo in cauſam propoſitam datus. Theophilus, πάντα παρέξει αὐτὸς, ἤτοι ὁ τοῦτο

ὁ τότε ἐγγυητὴς, vel ipſe, vel fidejuſſor. Et ita Cujac. *in not. poſter.*

TEXTUS.

De procuratore rei abſentis.

5. *Si vero reus præſto ex quacunque cauſa non fuerit & alius velit defenſionem ejus ſubire, nulla differentia, inter actiones in rem vel perſonales introducenda, poteſt hoc facere: ita tamen ut ſatiſdationem* judicatum ſolvi *pro litis æſtimatione præſtet. Nemo enim ſecundum veterem regulam (ut jam dictum eſt) alienæ rei ſine ſatiſdatione defenſor idoneus intelligitur.*

COMMENTARIUS.

AD agendum alieno nomine ſine mandato nemo admittitur, præterquam paucis caſibus, quos ſupra memoravimus. At defenſionem alterius ſuſcipere nemo vetatur qui modo paratus ſit ſatiſdationem judicatum ſolvi pro litis æſtimatione præſtare, *l. un. C. de ſatiſd.* 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 ſatiſdatio 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 judicati datur, *l. Plautius.* 61. *d. tit. l.* 4. *de re jud.*

TEXTUS.

Unde hæc forma diſcenda.

6. *Quæ omnia apertius & perfectius quotidiano judiciorum uſu in ipſis rerum documentis apparent.*

Ubi hæc forma obſervanda.

7. *Quam formam non ſolum in hac regia urbe; ſed etiam omnibus noſtris provinciis (etſi propter imperitiam forte aliter celebratur) obtinere cenſemus: quum neceſſe ſit, omnes provincias caput omnium noſtrarum civitatum, id eſt, hanc regiam urbem, ejuſque obſervantiam, ſequi.*

NOTÆ.

6. *Judiciorum uſu*] Uſus eſt omnium rerum optimus magiſter.

7. *Non ſolum in hac regia urbe*] Conſtantinopolim intellige, quæ etiam nova Roma appellata eſt, quod in eam imperii ſedes tranſlata. Græci πόλιν κρατοῦσαν, πόλιν βασιλεύουσαν appellant. Byzantium ante dicta fuit.

COMMENTARIUS.

1. *Hodiernus ſatiſdationum modus & uſus.*

HÆc non indigent interpretatione. Cicero *lib.* 1. *de* 1
offic. c. 28. *Nec medici, nec imperatores, nec oratores, quamvis artis præcepta perceperint, quicquam magna laude dignum ſine uſu & exercitatione conſequi poſſunt.* Uſus ſatiſdationum hodie perexiguus, præterquam adverſus debitores extraneos, quos detinuimus, qui alias etiam coguntur domicilium in territorio, ubi agitur, eligere. Actor non de alia re cavet, quam de æſtimatione ſumptuum litis, reo forte vincenti repenſanda; adeoque ad nullam cautionem tenetur, ſi domicilium ſub juriſdictione judicis, 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 judicatum ſolvi ſatiſdare non tenetur. vid. *Gloſſ.* Jo. Fab. *hic.* Tulden. *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.* & Ναὶ ναὶ. Groenew. *de ll. abrog. hic per tot.*

TITULUS DUODECIMUS.

DE PERPETUIS ET TEMPORALIBUS ACTIONIBUS, ET QUÆ AD HÆREDES ET IN HÆREDES TRANSEUNT.

C. Lib. 4. Tit. 11.

Continuatio.

QUoniam 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.

TEXTUS.

De perpetuis & temporalibus actionibus.

Hoc loco admonendi sumus, eas quidem actiones, quæ ex lege Senatusve consulto, sive ex sacris constitutionibus proficiscuntur, perpetuo solere antiquitus competere, donec sacræ constitutiones tam in rem, quam in personam actionibus, certos fines dederunt: eas vero, quæ ex propria prætoris jurisdictione pendent, 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 eæ, quas bonorum possessori, cæterisque, qui hæredis loco sunt, accommodat. Furti quoque manifesti actio, quamvis ex ipsius prætoris jurisdictione proficiscatur, tamen perpetuo datur. Absurdum enim esse existimavit anno eam terminari.

NOTÆ.

Prætoris intra annum erat imperium] Prætores in annum creabantur. Liv. 32, 27. 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 proheredes sunt. Fabrot.

COMMENTARIUS.

1. *Rectene intra actiones prætorias numeretur fideicommissaria hæreditatis petitio?*

EX lege, &c.] Actiones, quæ ex lege, Senatusve consulto, aut ex principum constitutionibus proficiscebantur, olim perpetuo solebant competere. Nimirum cum legis & similium juris constitutionum vis esset perpetua, consentaneum videbatur, actiones ex his juris partibus profectas nullo tempore finiri.

Donec sacræ 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. Paucæ 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.* Tulden. *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 judicio 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 præsentes, 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.

Quæ ex prætoris jurisdictione pendent] Ait actiones quæ ex jurisdictione prætoris veniunt, plerumque unum duntaxat annum durare, & subjicit pro ratione, quod prætoris edictum, unde proficiscuntur, diuturniorem vim non habet. Quæ ratio si bona est, dicendum erat actiones prætorias non plerumque, sed semper anni spatio finiri; & credibile quoque est, initio nullas diuturniorem vim habuisse, quam habebat ipsum edictum, ex quo descendebant: sed postea nonnullas cœpisse perpetuò competere, postquam non tam prætorem,

torem, 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, inſtitoria, de peculio, &c. perpetuæ ſunt, id eſt, 30. annos durant, niſi ſit, quæ reſcindat quod jure civili ratum eſt, *l. in honorariis.* 35. *de obl. & act.* Sed & ex pœnalibus quædam perpetuo competunt, ut mox audiemus.

Bonorum poſſeſſori cæteriſque, qui hæredis loco] Significat duas haſce in rem actiones de univerſitate, poſſeſſoriam hæreditatis petitionem, & fideicommiſſariam hæreditatis petitionem. Has actiones ait eſſe perpetuas, licet jure prætorio conſtitutæ ſint. Perpetuas eſſe conſtat, priorem quoque, prætoriam utpote, proditam bonorum poſſeſſoribus, quos prætor velut hæredes facit. *l.* 1. *de poſſ. hær. pet.* Sed altera illa, quæ proponitur iis, quibus ex fideicommiſſo 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. hær. 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 prætoriæ, 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. hæred.* §. 3. *ſup. de teſtam. ord.* VINN. Sed proculdubio JCtus, quem hic Tribonianus exſcripſit, non ignoravit, fideicommiſſariam hereditatis petitionem eſſe actionem Prætoriam. Quamvis enim ipſa fideicommiſſa vel ex moribus ſint, vel ex SCto: non tamen ſequitur, ut vel mores vel SCtum etiam actionem dederit fideicommiſſario ad petendam à tertio hereditatem. Immo legibus conſentaneum non erat, hereditatem ab eo peti, qui ſtricto jure non ſit heres. Prætor itaque hic adjuvit jus civile & dedit fideicommiſſariam hereditatis petitionem. Quin non dubito Prætores fideicommiſſarios hanc actionem in albo ſuo propoſuiſſe. Nec obſcure hanc actionem prætoriam eſſe docet JCtus, dum eam hereditatis petitioni civili opponit in *l.* 2. *ff. de fideic. her pet.* HEIN.

Furti quoque manifeſti actio] Actiones prætoriæ pœnales regulariter tantum intra annum dantur, *l. in honorariis.* 35. *de oblig. & act.* Excipitur actio furti manifeſti, quæ, quamvis & ipſa prætoria ſit & pœnalis, perpetua tamen eſt. Quod hanc forte rationem habet, quia non primus prætor pœnam furibus manifeſtis conſtituit; ſed eam, quæ lege 12. tabb. conſtituta erat, mitigavit, atque ex corporali fecit pecuniariam, vid. *ſup.* §. *pœna.* 5. *de obl. quæ ex del.* Actio quoque de furto aut damno in navi, caupona aut ſtabulo facto, item actio adverſus publicanos, quamvis & hæ prætoriæ ſunt & pœnales, perpetuo tamen competunt, *l. ult.* §. *ult. naut. caup. ſtab. l. ſed. & hi.* 13. §. *ult. de publican.* Judicia criminalia regulariter viginti annis finiuntur. *l.* 12. *C. ad leg. Corn. de falſ.* Sed ea huc non pertinent.

TEXTUS.

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 hæredem æque competunt, aut dari ſolent. Eſt enim certiſſima juris regula, ex maleficiis pœnales actiones in hæredem rei non competere; veluti furti, vi bonorum raptorum, injuriarum, damni injuriæ. Sed hæredibus hujuſmodi actiones competunt, nec denegantur; excepta injuriarum actione, & ſi qua alia ſimilis inveniatur. Aliquando tamen etiam ex contractu actio contra hæredem non competit; veluti cum teſtator doloſe verſatus ſit, & ad hæredem ejus nihil ex eo dolo pervenit. Pœnales autem actiones, quas ſupra diximus, ſi ab ipſis principalibus perſonis fuerint conteſtatæ, & hæredibus dantur & contra hæredes tranſeunt.*

NOTÆ.

1. *Aut ipſo jure*] Id eſt, jure civili, ut §. 10. *ſup. de act. l.* 9. §. 1. *uſusfr. quem cav.* Theoph. ἢ κατὰ τὸ πολιτικόν.

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 hæredem non dari, cum teſtator doloſe verſatus eſt, & nihil ad hæredem 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. *depoſ.*

Fuerint conteſtatæ] *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.*

COMMENTARIUS.

1. *Actiones omnes, quæ rei perſecutionem continent, & hæredibus & in hæredes dari, etiam ſi quæ ex delicto.*
2. *Oſtenditur perſpicue, condictionem furtivam, & actionem rerum amotarum, contra hæredes etiam dari in ſolidum.*
3. *In hæredem non dari ullam pœnalem, licet ex contractu.*
4. *Actiones, quæ pœnales habeantur, quamvis nihil amplius perſequantur, quam quod abeſt.*

5. *Cur*

5. *Cur actiones pœnales in hæredes non dentur, cum dentur hæredibus?*
6. *Cur actio injuriarum ne hæredibus quidem detur?*
7. *Quibus casibus ex contractu actio non competat in hæredem, ad quem ex dolo defuncti nihil pervenit?*
8. *Actiones omnes judicio inclusas perpetuari: & quid hic juris hodie?*

ACtionum quædam & hæredibus & contra hæredes dantur: quædam hæredibus quidem, sed non contra hæredes: quædam denique neque hæredibus,
1 neque contra hæredes. Et hæredibus & contra hæredes dantur, quæcunque rei tantum persequendæ causa 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 hæred. act.* adeoque passim veteres definiunt, actiones ex contractibus venientes, licet delictum quoque versetur, in hæredes in solidum dari. *l. 7. §. 1. depos. l. 12. l. ex contractibus.* 49. *de obl & act. l. ad ea.* 157. *§. ult. de reg. jur.* De iis vero, quæ rei persecutoriæ sunt ex delicto, quales esse constat condictionem 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.
2 *& lib. benedict passim.* Ego vero existimo, etiam his actionibus hæredem teneri in solidum. Moveor primum eo, quod hæ duæ actiones absolute dicuntur dari in hæredem *l 2. l. 7. §. 2. de cond. furt. §. ult. sup. de obl. quæ 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, totes 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 judic. l. inde Neratius* 23. *§. hanc actionem* 8. *ad l. Aquil. l. hæc actio.* 13. *de serv. corr. l. 9. §. 1 quod falsi tut. l. 3. §. pen. si mens falsi. 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. 9. sup. de leg. Aq. §. ult de obl. quæ 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 sicut.* 38. *l. pupillum.* 111. *§. 1. de reg. jur l. inde Neratius.* 23. *§. hanc actionem.* 8. *ad leg. Aquil. & hoc text. l. pen. de op. nov. nunc.* Hinc enim evincitur, si quæ sunt ex maleficio non pœnæ, sed rei persecutoriæ, eas in hæredem dari: quoniam contrariorum contraria sunt consequentia. At condictio 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 Aquiliæ in hæredem transire, non quia ex delicto est, sed quia pœnalis, addens, transituram eam fuisse, si ultra damnum datum nunquam lis æstimaretur. Dicitur sane nonnunquam, actiones ex delicto venientes adversus hæredes non dari, nisi quatenus ad eos pervenit, nec adjicitur pœnales, ut in *l. un. C. ex del. def.* Sed quid prohibet hujusmodi definitiones ex eo, quod plurimum & fere semper fit, conceptas sic accipere, si agatur de eo, quod defunctus deliquit, id est, ad pœnam? At in condictione furtiva & actione rerum amotarum de delicto aut pœna delicti non agitur, sed tantum de eo, quod ex patrimonio nobis abest, nec quicquam amplius persequuntur. *l. 7. §. 2. de cond. furt. l. si mulier.* 21. *§. pen. de act. rer. am.* 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 falsi tut.* de quo amplius postea. Postremo movet me locus expressus in *l. 9. de cond. furt.* ubi diserte J. C. ait, in condictione ex causa 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 condictione furtiva, procul dubio etiam in actione rerum amotarum locum habet, cum aperte testetur Paulus, in *l. 6. §. item hæres.* 4. *de act. rer. am.* ex causa rerum amotarum teneri hæredem mulieris perinde ac tenetur hæres condictionis nomine ex causa furtiva; ac proinde quod rescribunt Impp. 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; secund. *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.

Aut 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. usufr. 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*, ut & alibi regula concepta est, *l. 1. de priv. del. l. sicut.* 38. *l. pupillum.* 111. *§. 1. de reg. jur.* Quid ergo si qua sit pœnalis ex contractu? 3
Et hic idem juris esse evincit actio depositi miserabilis; quæ in eum, qui tumultus, incendii, ruinæ, nau-

naufragii causa depositum inficiatur, in duplum constituta est, in hæredem vero ex dolo defuncti in simplum, *l.* 1. §. 1. *l. de eo.* 18. *depos.* Plane huc non pertinet actio, qua petitur pœna conventione promissa: nam pœnam stipulamur loco ejus, quod interest, §. *ult. sup. de verb. obl.* vid. §. *sequent.* 16. *sup. de act.* Excludit autem regula eas, quæ sunt ex maleficio rei persecutoriæ, quas etiam adversus hæredes dari pau-
4 lo 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, & in dolum concepta est, constituiturque adversus eum, ad quem ex dolo res non pervenit, quamvis proposita sit ei, cui eo facto quid abest atque ita à parte actoris rei persecutionem contineat: pœnalis tamen habetur ob vindictam delicti, quam eo amplius persequitur: ac proinde in hæredem non datur, *l.* 9. §. 1. *quod falsi 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 falsi tut.* Talis quoque est adversus mensorem, qui falsum modum dixit, *l.* 3. §. *pen. si mens. falsi 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. erit, quo min. quis 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 persecutionem; nimirum quia actor per eam id tantum quod sibi abest, persequitur: à parte autem rei revera pœnalis est, quia factum punit, & in dolum concepta
5 est. At cum hæres in universum jus defuncti succedat, & regulariter tam in incommoda, quam in commoda, quæ ratio est, quod in proposito tantum commodum actionum pœnalium 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, eatenus 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 met. causa. 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 sarciendo, sed de contumelia vindicanda agitur, *l.* 7. §. 1. *eod.* quam vindictam, si injuriam passus lite non instituta decesserit, tacitè 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 in jus. 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 exhæredato aut prætorito 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 competit] Puto, intelligi actiones ex contractu, quæ ob 7
delictum concurrens 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 tributoria quæ dolum malum domini coërcet maleficiosè 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 pervenit, *l.* 9. §. 1. *quod falsi tut. l.* 3. §. *pen. si mens. falsi 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. *depos.* 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, quæ ad nos pervenit: tamen hic dolus ex contractu reique persecutione 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 simplum solidum est, & pœna alterum tantum. *l.* 1. §. 1. *l. de eo.* 18. *depos.*

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 fit litis contestatione, salvæ permanent. *l. omnes.* 139. *de reg. jur.* Morte dicuntur perire pœnales, propterea quæ in hæredes rei non dantur, licet activè transeant: at lite contestata & active 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 accipiendo nova contrahitur obligatio judicati. *l.* 3. §. *idem scribit.* 11. *de pecul.* Postea constitutionibus placuit, pœnæ persecutionem 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, etiamsi 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

cum jure Canonico primum cautum esset, *c. in literis. 5. de rapt. c. ult. de sepult.* propter æquitatem etiam in foro civili receptum videtur. Joh. Fab. *hic.* Covar. *lib. 3. resp. 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. hæred.*

TEXTUS.

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 abſolvere; licet in ea cauſa fuiſſet judicii accipiendi tempore, ut damnari deberet: & hoc eſt, quod antea vulgo dicebatur, omnia judicia abſolutoria eſſe.*

NOTÆ.

2. *Convenit eum abſolvere*] Quod Theoph. interpretatur, *liberatum ab actione dimittere.* Alii, *officio judicis convenire, ut etiam ſententia ſua eum abſolvat:* quod & ratio juris exigere videtur, *l. 1. de re jud.* & reo utilius est propter exceptionem rei judicatæ.

Omnia judicia abſolutoria] Locus singularis.

COMMENTARIUS.

QUemadmodum debitorem ante acceptum judicium bonam fidem agnoſcentem & paratum ſolvere dimitti placet, eique diem dari, cum competenti cautione ad ſolvendam pecuniam: *l. ſi debitori. 21. de judic. l. ex judicat. 17. jud. ſolv.* ita etiam æquum est audiri eum, qui post acceptum judicium ante rem judicatam satisfactionem offert, modo id omne offerat, quo jus actoris deterius factum est, & in quod alias fieret condemnatio. *fac. l. ſi reus. 73. de proc. l. 5. de publ. & vect. l. ult. qua in fraud. cred.*

Eum abſolvere] Hæc verba duplicem admittunt interpretationem: vel ut simpliciter reus satisfaciens dimittendus sit ab instantia, & liberandus moleſtiis judicialibus, quomodo Theoph. & Hotom. interpretantur: vel ut absolvendus sit etiam sententia judicis: quod posterius & rationi juris magis convenire videtur, cum judici incumbat aut damnare reum aut absolvere, *l. 1. de re jud.* & reo longè utilius est, quoniam alias non haberet exceptionem rei judicatæ.

TITULUS DECIMUSTERTIUS.

DE EXCEPTIONIBUS.

Dig. Lib. 44. Tit. 1. C. Lib. 8. Tit. 36.

Ratio diſpoſitionis. Omnem reum ad defenſionem ſuam vel inficiatione uti, vel depulſione: & quid utraque. Quid ſit exceptio: unde hoc nomen natum: & alia obſervatu digna.

QUicquid in judicium deducitur, aut actio est, aut exceptio; actio à parte actoris, cujus in omni judicio sunt partes primæ; exceptio à parte rei, cujus sunt secundæ. De actionibus hactenus quæsitum est: de exceptionibus adhuc cognoscendum: & quidem de his solis: nam præter has, si ab actione discesseris, nulla alia res in judicium principaliter deducitur. Id quod ita liquere poterit. Omnis reus, qui judicio contendere paratus sit, ad defensionem suam aut inficiatione utitur, aut depulsione. 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 judicium deducit, neque ulla hic neganti incumbit probatio: tantum quæritur de actione & intentione actoris, quæ in dubium vocatur; id est, solum tractatur in judicio, an verum sit, quod actor in propriam intentionem deduxit: nec de alicujus exceptionis vi à reo oppositæ disputatur: ac probante actore reus condemnatur; non probante, simpliciter absolvitur. Covar. *in c. poſſeſſor mal. fidei. 2. de reg. jur. in 6. p. 1. relict. init. n. 5.* Wes. *par. hoc tit. n. 2.* In conjuncta autem affirmatio illa novi facti haud dubiè in judicium 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. Depulsio est, cum reus de actione actoris confitens tam in jure, quam in facto, ea defensione utitur, quæ actionem removeat. Hæc defensio in usu juris exceptio appellatur. Si quis hic mihi Rhetorum libros adire velit, poterit fortassis nonnihil lucis etiam inde

ſibi ad hæc melius intelligenda ſumere. Exceptio igitur eſt defenſio rei, quæ actioni, alioqui jure conſtitutæ, 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, defenſiones dici poſſunt, exceptiones non poſſunt. Pugnantia 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. Mynſ. *ad rubr. hic. n.* 12. Greg. Tholoſ. 21. *ſynt.* 17. *n.* 5. vid. Covar. *d. loc. n.* 4. & 5. Sed quomodo reus exceptione utetur ad excludendam actionem? Id indicant verba definitionis, ſi exceptio actioni opponatur; unde paſſim legimus, exceptionem opponi, objici, obſtare, exceptione occurrere, &c. Etenim omnis defenſio exceptionis in facto rei poſita eſt, omiſſa ad liberationem reo non prodeſt. De tempore opponendæ exceptionis dicemus inferius. Nomen exceptionis natum ex formula judicii, quod ſub exceptione dabatur: ſic enim prætor ſubjiciebat, *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. vid. 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 προγραφή. *l. pen. h. t. l.* 8. *l. pen. & ult. & in rubr. C. eod. l. judicati.* 29. *de exc. rei jud. l. ſi debitor.* 91. *de ſolut.* cum ſimilib. de cujus verbi ratione conf. Alc. *de quinq. ped. præſcr.* Don. *in rubr. C. h. t. n.* 15. Rævard. 1. *de præjud.* 8. Pet. Fab. 1. *ſemeſtr.* 21.

TEXTUS.

Continuatio. Ratio exceptionum.

Sequitur, ut de exceptionibus diſpiciamus. Comparatæ autem ſunt exceptiones defendendorum eorum gratia, cum quibus agitur. Sæpè enim accidit, ut licet ipſa perſecutio, qua actor experitur, juſta ſit, tamen iniqua ſit adverſus eum, cum quo agitur.

NOTÆ.

Ut de exceptionibus] Exceptio eſt defenſio rei, quæ actioni, alioqui jure conſtitutæ, oppoſita, hanc ipſam æquitatis ratione excludit, *l.* 2. *h. t.* alias præſcriptio dicitur: *l.* 8. *C. tit.* 35. Græcis προγραφή.

Juſta ſit] Inſpecta ſcil. ſtricta ratione & rigore juris: iniqua autem, inſpecta ſumma ratione & naturali æquitate. Quæ autem allegationes oſtendunt actionem ipſo jure ſublatam eſſe, veluti cum debitor ſolutionem allegat, exceptiones propriè non ſunt, ſed aliæ ſpecies defenſionum.

COMMENTARIUS.

Defendendorum eorum gratia] Unde vulgo notant, exceptiones eſſe juris naturalis & gentium, cujus 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 directa excipimus & retundimus. Non malè fortaſſis, ſed non ex uſu auctorum juris.

Ipſa perſecutio juſta ſit] Non continuo, ſi actio juſta ſit, id eſt, ipſo jure comparata, ſeu ſummo jure conſtituta, juſta 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 proſit, *l.* 1. §. 1. *de dol. mal. exc.* Quod ſi nulla ſubſit actio jure civili conſtituta, vel quia reus dicit, nullam unquam actori competiiſſe, vel eam quæ fuit, ipſo jure ſublatam, hæc allegatio exceptio propriè 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 promiſiſti, quod non debueras promittere, palam eſt, jure 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. *Jure 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 inut. ſtip.* Verum enim utique eſt alterum ſtipulatum eſſe, & te promiſiſſe, atque ita contractam verborum obligationem.

Datur tibi exceptio] *d. l.* 36. *d. l.* 5. *& tot. tit. de dol. mal. & met. exc.* & ita eventu inſpecto inanis efficitur actio oppoſita exceptione. *l.* 102. *de reg. jur.*

COMMENTARIUS.

1. *Cur qui metu coactus promiſit, ipſo jure obligetur?*
2. *Quæritur idem de eo qui dolo inductus.*

3. De

3. *De quo genere erroris hic locus accipiendus?*
4. *Exceptio in factum qualis, & unde?*

ILluſtrat exemplis, quod dixit ſæpè accidere, ut actio, qua quis experitur, ſummo jure 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 jure in nos ſit actio, ſed quæ propter defectum æquitatis ſit inefficax ad condemnationem, ſi exceptio opponatur.

1 *Metu coactus*] Qui metu coactus aliquid promittit, ipſo jure 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 conſ. Ariſtot. 3. *eth.* 1. Cæterum naturaliter obligatus dici revera non poteſt ob defectum vinculi æquitatis: quoniam conſenſus & voluntas iſta non fuit libera; neque promiſiſſet 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.* VINN. At non eſſe genuinam hanc rationem, vel inde patet, quod promiſſa vi juſta, à magiſtratu e. g. extorta, obligant. *l. 3. §. 1. & l. 21. ff. quod met. cauſſ. geſt. l. 29. §. pen. ff. ad L. Aquil.* quum tamen & hic voluntas non ſit libera. Potius itaque hujus juris ratio arceſſenda eſt ab eo, quod omne promiſſum ex parte alterius requirat acceptationem. Atqui qui vi injuſta extorquet promiſſum, omni acceptandi jure deſtituitur. Non itaque valet, quod ei promiſſum eſt. Ita recte Pufendorff. *de J. N. G. & C. Lib. III. cap. 6. §. 10. & lib. IV. cap. 17. §. 8.* quum contra Grot. *de J. B. & P. lib II. cap. XI. §. 7.* hujuſmodi promiſſum validum exiſtimet. HEIN.

2 *Dolo inductus*] Etiam qui dolo inductus ſtipulanti promiſit, quod alias non promiſiſſet, ſubtilitate juris obligatur; quia utique verum eſt, eum promiſiſſe: 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 contractui præbet: videlicet ſi quis in hoc circumſcriptus ſit, ut contraheret, cum alias contracturus non fuiſſet, recepta eſt vulgaris diſtinctio inter contractus bonæ fidei & ſtricti juris, quod illi hoc caſu ipſo jure nullius momenti 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 cauſam contractui dederit, ſive inciderit, *d. l. ſi quis. 36 de verb. oblig. l. 5. C de inutil. ſtipul.* de quo prolixè Bachov. *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 traditur, 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 promittendi, de quo hic agitur, non omnino conſenſu deſtituitur, & ideo ſummo jure hic naſcitur obligatio, *d. l. ſi quis. 36. de verb. obl. 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 exceptio efficit, ut ad condemnationem ſit inefficax, *l. nihil intereſt. 112. de reg. jur.*

Exceptio quod metus cauſa] Exceptio quod metus cauſa in rem ſcripta eſt, *ſi in ea re nihil metus cauſa factum eſt:* ut non inſpiciamus, 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 complectitur ejus, qui dolo fecit. Itaque in hac exceptione ſpecialiter 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 excep. dol. mal.*

In factum] In factum hæc exceptio dicitur nomine 4 generali, quia variis modis accidere poteſt, ut error interveniat; quemadmodum & actiones, quæ proprio nomine carent, in factum appellari ſolent, uti illæ, quæ dantur ex contractibus innominatis, item utiles, & præcipuè ſubſidiariæ, de quibus explicatum *§. ult. ſup. de leg. Aquil.* Et ſicut ob qualitatem perſonæ, quæ convenitur, in factum agendum; quo caſu adverſus alios eſt actio de dolo: *l. non debet. 11. §. 1. de dol.* ita agente hujuſmodi 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 factum 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 verb. obl. l. 5. C. de pact. cum ſimilib.*

TEXTUS.

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 stipulatione tenearis. Sed quia iniquum est, eo nomine te condemnari, placet, exceptione pecuniæ non numeratæ te defendi debere: cujus tempora nos (secundum quod jam superioribus libris scriptum est) constitutione nostra coarctavimus.

NOTÆ.

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.

Exceptione pecuniæ non numeratæ] *l.* 2. §. 3. *de dol. mal. exc.* Hinc patet exceptionem hanc non modo actioni ex chirographo opponi posse, sed etiam actioni ex stipulatu.

Constitutione nostra coarctavimus] Exceptio non numeratæ pecuniæ cum antea quinquennis esset, à Justiniano facta est biennis. *sup. de lit. obl.*

COMMENTARIUS.

QUi quasi crediturо stipulanti pecuniam spopondit, 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 credidit, etsi certa fuit causa stipulationis, quæ tamen aut non est secuta, aut finita est, nocere pecuniæ non numeratæ exceptionem. Unde patet, hanc exceptionem non tantum actioni ex chirographo, sed etiam actioni ex stipulatu opponi. Solebant quippe creditores pecuniam sæpè stipulari prius, deinde stipulationis implendæ causa adnumerare; qua ratione una ex stipulatu nascebatur obligatio. *l.* 6. §. 1. *& l. seq. de nov.*

Cujus tempora] Exceptio non numeratæ pecuniæ cum antea quinquennis esset, à Justiniano biennis tantum facta est, *sup. tit. de lit. obl.* ubi fuse de hac exceptione differimus.

TEXTUS.

De pacto.

3. *Præterea debitor si pactus fuerit cum creditore, ne à se pecunia peteretur, nihilominus obligatus manet; quia pacto convento obligationes non omnino dissolvuntur: qua de causa efficax est adversus eum actio, quam actor intendit*, si paret, eum dare oportere: *sed quia iniquum est, contra pactionem eum condemnari, defenditur per exceptionem pacti conventi.*

COMMENTARIUS.

SPecies 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 constet; vel si non constet, 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 necessariæ 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.*

NOTÆ.

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. tit.*

COMMENTARIUS.

EXceptione 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 agetur, 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 *conditione delata*: unde intelligimus, si reus juravit nemine ei conditionem jurandi deferente, prætorem id jusjurandum non tueri. *d. l.* 3. Quod negat, se in eum, qui juraverit, actionem daturum, id sic acceptum est, ut in re certa, si prætori

tori conſtet reum prius conditione delata juraſſe, actio ſimpliciter denegetur: ſin autem de eo controverſia ſit, ambigaturque an reus juraverit, tum locus ſit 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. Perridiculè enim juberet 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 conventione proficiſcitur, & 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, exceptione jurisjurandi, ſi petitor eandem rem iterum vendicet, adjuvatur, *l. 3. §. 1. d. tit.* 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 judicatæ adjuvari.

COMMENTARIUS.

NOn ut quiſque judicio abſolutus eſt, ita ſtatim & ipſo jure tollitur jus actoris. Quid enim ſi judex perperam pronuntiaverit? Tantum propter auctoritatem rei judicatæ ſtatur ſententiæ, à qua appellatum non eſt: quam auctoritatem rebus judicatis dari, publica ſuaſit 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. tit.* Cui non obſtat *l. 4. C. depoſ.* Nam qui in ſortem tantum reum condemnat, vi ipſa de uſuris abſolvit.

Obligatio durat] Aut hoc referendum eſt ad actionem in perſonam, quoniam in rem actio non deſcendit ex obligatione; aut verbum obligationis contra uſum veterum, qui eo in vendicationibus nunquam utuntur, laxius accepit. Theophilus videtur legiſſe; *actio durat.* Sic enim hunc locum convertit: αἱ μὲν ἀγωγαὶ μένουσιν, eaque lectio Hotomanno & Tuningio magis probatur: in quos cur tam vehementer invehatur Chriſtoph. Riccius *in vendic. jur. prameſſ. c. 19.* nullam equidem cauſam video.

Per exceptionem rei judicatæ] Hæc autem exceptio non aliter agenti obſtat, quam ſi eadem quæſtio inter eaſdem 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 quæritur. 12. cum ſeqq. eod.*

TEXTUS.

De cæteris exceptionibus.

6. Hæc exempli cauſa retuliſſe ſufficiat: alioqui quam ex multis variiſque cauſis exceptiones neceſſariæ ſint, ex latioribus Digeſtorum ſeu Pandectarum libris intelligi poteſt.

COMMENTARIUS.

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 ff. *lib. D. 44. tit. 1. cum ſeqq.*

TEXTUS.

Diviſio prima.

7. Quarum quædam ex legibus, vel iis, quæ legis vicem obtinent, vel ex ipſius prætoris juriſdictione ſubſtantiam capiunt.

NOTÆ.

7. *Ex prætoris juriſdictione*] Veluti quod metus cauſa, de dolo, pacti, jurisjurandi, &c.

COMMENTARIUS.

HÆc exceptionum diviſio ſumpta eſt à cauſa efficiente remota, ut & obligationum illa in §. 1. *ſup. de oblig.* & actionum, §. 3. *ſup. de act.*

Ex legibus] Exceptionum ex legibus propriè dictis deſcendentium nulla mihi occurrit. Arbitror tamen, exceptionem rei judicatæ eſſe ex lege 12. tabularum.

Quæ legis 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 uſucapi, aut longo tempore acquiri non poſſunt, *l. 3. & 4. C. de præſcr. trig. ann.* decem dierum in cauſa appellationis, &c. *auth. hodie. C. appel.* Ex Senatus-

consultis sunt duæ, exceptio Senatusconsulti Macedoniani de pecunia filiofam. credita, & exceptio Vellejani de interceſſione mulieris.

TEXTUS.

Diviſio ſecunda.

8. *Appellantur autem exceptiones aliæ perpetuæ & peremptoriæ, aliæ temporales & dilatoriæ.*

COMMENTARIUS.

QUarundam exceptionum hæc vis eſt, ut rem, de qua agitur, perimant, atque objectæ efficiant, ne amplius de ea re agi poſſit: aliæ vero ad tempus tantum nocent, & in id tempus duntaxat actionem differunt. Unde aliæ dictæ ſunt perpetuæ & peremptoriæ, aliæ temporales & dilatoriæ. *l.* 2. §. *ult. l.* 3. *hoc tit.* Eſt igitur hæc diviſio ſumpta ab effectu.

TEXTUS.

De peremptoriis.

9. *Perpetuæ & peremptoriæ ſunt, quæ ſemper agentibus obſtant, & ſemper rem, de qua agitur, perimunt: qualis eſt exceptio doli mali, & quod metus cauſa factum eſt, & pacti conventi, cum ita convenerit, ne omnino pecunia peteretur.*

NOTÆ.

9. *Doli mali*] Quamvis actio de dolo ſit temporalis. Differentiæ rationem indicat Paul. *l.* 4. §. *ult. de dol. mal. exc.*

Et pacti conventi] Huc etiam pertinet exceptio erroris, item jurisjurandi, rei judicatæ, tranſactionis, non numeratæ pecuniæ, &c.

COMMENTARIUS.

1. *Perpetuæ exceptiones unde dictæ?*
2. *Exceptio doli cur perpetua, cum actio de dolo temporalis?*

QUæ *ſemper agentibus obſtant, &c.*] Vis exceptionum perpetuarum & peremptoriarum, quam ipſam & nomina indicant, hæc eſt, quod oppoſitæ & probatæ ſemper agentibus obſtent, & rem, de qua agitur, perimant: unde alibi dicuntur totius negotii cognitionem tollere, & vires principalis negotii exhaurire. *l.* 2. *C. de prec. 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 quacunque judicii parte opponi poſſunt, ut male DD. & Mynſ. *hic. num.* 2. nam & dilatoriæ quædam 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, *Perpetuæ atque peremptoriæ ſunt, quæ ſemper locum habent, nec evitari poſſunt, l.* 3. *hoc tit.* ſc. ſemel oppoſitæ.

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 huc etiam pertinet exceptio erroris, item jurisjurandi, rei judicatæ, tranſactionis; item non numeratæ pecuniæ; liberationis legatæ, rei venditæ, quæ vindicanti objicitur, *tit. de exc. rei vend.* item Senatusconſulti Macedoniani, & Vellejani, trium conformium ſententiarum; *l. un. C. ne lic. in un. ead. ca.* quam exceptionem hodie non attendunt ſuprema tribunalia. Mynſ. 1. *obſ.* 15. Gail. 1. *obſ.* 72. Chriſtin. *vol.* 4. *dec.* 122. Imb. *lib.* 2. *inſt. for.* Bugnion. *lib.* 1. *leg. abrog. art.* 253. denique præſcriptiones omnes, quæ reo ex tempore naſcuntur, & ſi quæ ſunt aliæ, quæ rem, de qua agitur, perimunt.

TEXTUS.

De dilatoriis.

10. *Temporales atque dilatoriæ 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 dilatoriæ iſtæ exceptiones appellantur. Alioqui ſi intra tempus egerint, objectaque ſit exceptio, neque eo judicio quicquam conſequebantur propter exceptionem, neque poſt tempus olim agere poterant,*

rant, cum temere rem in judicium deducebant & consumebant; qua ratione rem amittebant. Hodie autem non ita stricte hoc procedere volumus; sed eum, qui ante tempus pactionis vel obligationis litem inferre ausus sit, Zenonianæ constitutioni subjacere censemus, quam sacratissimus legislator de iis, qui tempore plus petierint, protulit: & inducias, quas ipse actor sponte indulserit, vel quas natura actionis continet, si contempserit, in duplum habeant ii, 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, & aliæ dilatoriarum numero.*
2. *Exceptio excussionis an dilatoria?*
3. *Dilatoria propter diem initio obligationi adjectum.*

EXceptiones temporales & dilatoriæ sunt, quæ ad tempus nocent, & in id tempus actionem differunt. Quia rem differunt, *dilatoriæ*, quia ad tempus id faciunt, *temporales* appellantur. Cajus sic eas definit; *Temporales atque dilatoriæ sunt, quæ non semper locum habent, sed evitari possunt. l. 3. hoc tit.*

Qualis est pacti conventi, cum ita convenerit, &c.] 1 Hæc ab effectu appellari potest solutionis dilatoria. Cui similis est præscriptio moratoria à Principe impetrata, *l. 2. & l. 4. C. de prec. imp. off. l. in fraudem. 45. §. fiscalibus. 10. 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 appellant literas *salvi conductus, gratiæ, securitatis.* Nostrates, **Brieven van atterminatie of respyt.** Qua de re consulendi Afflict. *decis. 377. & seq.* Surd. *decis. 301. 307. 322.* Boër. *decis. 96.* Tessaur. *decis. 186.* Rebuff. *de lit. dilat. art. 1. gloss. 1. num. 9.* Christin. *vol. 2. decis. 70. & seq.* Kinschot. *tract. de solut. induc.* Dilatoriarum numero sunt & exceptiones, quæ dicuntur procuratoriæ, *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 declinatoriæ. Merul. *lib. 4. dist. 4. sect. 3. tit. 4. cap. 2. 3. & 4.* Dilatoriæ quoque exceptiones sunt, quæ adversus inhumanam solidi petitionem conceduntur, *l. 16. & seqq. 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 2 esse statuunt: sed rectius alii ad peremptorias eam referunt. Sichard. *ad l. 10. C. de fidejuss.* Bronch. *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. præsente. C. de fidej.* Fachin. *lib. 8. cap. 52.* Ant. Fab. *C. suo. hoc tit. def. 1.* Verum ego & hanc ad classem peremptoriarum potius referendam arbitror: nam utique actionem perimit, quod ad fidejussorem attinet, si debitor solvendo esse reperiatur. 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.

Aut pacti conventi aut alia similis] Puta, quod pe- 3 cuniæ 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 pecuniæ dies non venit*, repellebatur: & quia perperam agebat, tempore plus debito petens, *l. 2. §. qui ita 6. de eo quod cert. loc. l. un. §. ult. quand. di. usufr. 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, expositi ad *d. §. si quis agens. 33. de act.*

TEXTUS.

De dilatoriis ex persona.

II. *Præterea etiam ex persona sunt dilatoriæ exceptiones, quales sunt procuratoriæ, 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 superesse sine offensa militaris disciplinæ 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 negotii disceptatio proteletur.*

COMMENTARIUS.

1. *Varia exceptionis dilatoriæ genera ratione objecti.*

2. *Ex-*

2. *Exceptio* ***procuratoria quotuplex?***
3. *Liceatne pluribus exceptionibus ejuſdem rei nomine ſimul uti?*
4. *Uſus exceptionum peremptoriarum in bonæ fidei judiciis: in his conteſtationem earum non fuiſſe neceſſariam.*
5. *In ſtrictis judiciis initio litis conteſtandas.*
6. *Quid ex interpretum ſententia hic receptum?*
7. *Vis exceptionum rei judicatæ, jurisjurandi, & tranſactionis.*
8. *Exceptiones juris etiam non conteſtatas uſque ad ſententiam allegari poſſe.*
9. *Quibus exceptionibus uti liceat etiam in executione rei judicatæ?*
10. *Uſus dilatoriarum, has regulariter inter exordia litis opponi, diſceptari, &c. oportere: & quæ hinc excipiendæ?*
11. *Quæ exceptiones dilatoriæ etiam poſt ſententiam rectè opponuntur?*
12. *Mores hodierni plerorumque tribunalium circa uſum exceptionum.*

1 EXceptionum 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, juriſdictio non eſt. Quædam perſonam adverſarii, puta quod idoneam perſonam ſtandi in judicio non habet, *tit. C. de his qui perſ. legit. &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; ſive quia perſona judicis, aut adverſarii, aut procuratoris, idonea non eſt ad judicium exercendum; ſive 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 procuratoriæ] Exceptiones procuratoriæ ex perſona dilatoriæ ſunt, quia rem differunt: nam qui dicit, non licere procuratorio nomine agi, non prorſus inficiatur litem, ſed perſonam evitat, *l.* 2. *in*
2 *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.* 24. *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 fœminæ.* 54. *de proc. l. alienum.* 18. *C. eod.* ubi Impp. 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.*

Suis 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 exceptiones de agentis aut procuratoris infamia quieſcere jubet. Utique ubi de infamia non aperte conſtat, & ob id diſceptatio negotii protelanda. Operæ pretium facturus videor, ſi hic aliquid ſubjecero de recto uſu exceptionum exercendarum. De eo duplex fere quæſtio eſt, una de nu- 3
mero objiciendarum, altera de tempore objiciendi. De numero hoc quæſitum, liceatne 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.* 20. *eod. in* 6. DD. comm. in *d. l.* 8. Zaſ. *ibid. n.* 4. Covar. 1. *var. reſ.* 2. *n.* 2. Differentiæ ratio eſt, quod agere actori liberum eſt, defendere reo non item. Non iniquum in actore laceſſendi libertatem uno genere armorum circumſcribere: reo vero, cui non ſemper ſui defendendi facultas, omnia ad defendendum arma ſuppeditare, humanum eſt. De tempore ob- 4
jiciendæ 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 judicium deductum eſt, excedere poteſtatem judicis non poſſe: nam in bonæ fidei judiciis verba ipſa judicii dati exceptionem tacite includunt, cum in his jubeatur judex judicare ex æquo & bono: idque veteres ſignificant, cum ajunt, exceptiones ineſſe bonæ fidei judiciis, his contineri; etſi non excipiatur, ſatis tamen per officium judicis conſuli. *l.* 3. *de reſc. vend. l. hujuſmodi.* 84. §. *qui ſervum.* 5. *de legat.* 1. *l. plane.* 38. *l ult. de hær. pet.* In ſtricti vero juris judiciis exceptionem in 5
principio litis nominatim conteſtari neceſſe erat, & vel à reo agnoſcente intentionem actoris ſtatim probari, vel à dubitante tantiſper omiſſam, donec actor intentionem ſuam probaſſet, antequam ſententia ferretur,

retur ; ad diſceptationem opponi. Textus clari in *l.9.C. de præſc. 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 judicium deductum eſt, judicis poteſtatem non excedere, *l.18. comm. div.* Atqui in ſtrictis judiciis nihil in judicium deductum intelligi poteſt, de quo lis non aperte conteſtata ſit. Nam ſive veterum judiciorum rationem conſiderare volumus, palam eſt, exceptiones in jure apud prætorem proponi debuiſſe, qui deinde formulæ eas includebat ; ſive mutatam poſtea judiciorum formam, conſtat, eandem judicis poteſtatem manſiſſe liberam in bonæ fidei judiciis, in contrariis adſtrictam iis rebus, quæ nominatim in judicium 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 judicis dandi licentia, *l.8. l.9. C. hoc tit. l.9. C. de præſc. long. temp.* Quibus non obſtat *l.2. C. ſent. reſc. non poſſ.* Nam omiſſas ibid. ex *d.l.8. & 9. hoc tit.* accipere debemus: non quarum nulla mentio initio facta: ſed quæ conteſtatæ poſtea omiſſæ, id eſt, dilatæ ſunt ad probationem & diſceptationem. Don. ad *d. l.8. num.7.* Gudelin. *lib.4. cap.8.* VINN Rectiſſime ſe habet hæc Vinnii obſervatio. Nam in judiciis ſtricti juris exceptio erat inferenda formulæ, alioquin ejus rationem habere non poterat judex. e. g. *Si paret, Cajum Titio centum debere, tu eum in centum condemna, ni pactum ſit.* Et inde eſt, quod Tribunorum plebis implorari poſſet auxilium, ſi in formula omitteret exceptionem. Cic. *Quæſt. Acad.* IV, 30. Eo rigore non opus erat in actionibus bonæ fidei, quia illis exceptiones ineſſe credebantur. Et hinc judex earum rationem habebat extra formulam. Inde jam facile patet in judiciis ſtricti juris exceptiones opponendas fuiſſe in jure, adeoque ante litis conteſtationem, in judiciis b. f. etiam in judicio poſt litem conteſtatam. Conf. Ger. Noodt. *de Juriſd.* I, 13. *de Fœn. & uſur.* III, 15. *de form. emend. dol. mal. cap.* 5.

6 HEIN. 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 judiciorum bonæ fidei & ſtricti juris pene ſublatum eſt, ut alibi demonſtravi.

7 Exceptiones rei judicatæ, jurisjurandi, & tranſactionis hoc ſpeciale habent, quod impediant litis ingreſſum, modo paratam earum reus probationem habeat: unde & litis finitæ appellantur. Chriſtin. *d. deciſ. n.*7. Gudelin. *lib.4. cap.7. ſect.* 1. quamquam 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 ju-

8 dicium deduci, niſi facta conteſtatione. Diverſa autem cauſa eſt 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. defin.* 1. *num.*3. Nimirum auxilium diviſionis ſatis ſub appellatione & perſona fidejuſſoris in judicium deduci intelligitur, cum fidejuſſori jure tribuatur, hoc ipſo quod fidejuſſor eſt. Duæ omnino exceptiones per- 9
emptoriæ ſunt, quas non 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 rejud. 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. *diſtinct.*4. *ſect.*3. *tit.*4. *cap.*14. Exceptiones dilatoriæ, cujuſcunque eæ generis ſunt, ſi paucas dempſeris, inter exordia litis, hoc eſt, ante litem conteſtatam, opponi debent. Quin & diſceptari, probari & decidi, *l. pen. & ult. C. hoc tit.* Excipitur dilatoria ſolutionis, 10
non defugiendi judicii, ſed ſolutionis differendæ gratia objecta, ſeu, ut vulgo loquuntur, non ad impediendum proceſſum, ſed ad merita cauſæ oppoſita, cujus initio conteſtatæ probatio demum a 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 emerſerint, ob quas judicem tanquam ſuſpectum recuſare liceat, non eſt ambigendum, quin hujuſmodi exceptio poſt cœptum judicium objici poſſit, *cap.* 15. *de off. deleg.* Sichard. *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. Gail. 1. *obſ.* 52. *num.*3. Sichard. *d. loc. num.*6. Item ſi reus exceptionem ſibi competere in facto errans ignoraverit, *cap.*4. *eod. hoc tit.* Covar. *pr. quæſt.*26. *num.*2. Illud certum eſt, exceptiones 11
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. Neſennius* 41. *§. ult. de rejud.* 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. *obſ.*17. Zang. *de exc. part.*4. *cap.*28. *num.*88. Tantundem dixero, ſi exceptio judicium retro reddat nullum, qualis eſt exceptio falſi procuratoris, *l. licet.* 24. *C. de proc.* ſi modo hæc vera exceptio. Moribus multorum tribunalium nunc ita 12
comparatum eſt, ut reus omnes exceptiones, quas

habet, ſimul & conjunctim initio litis proponere 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. Mynſ. 4. *obſ.* 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, judex 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 eum 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 *inſtruct. Cur. Holl. art.* 88. junct. *art.* 10. *Ampliat. & art.* 12. *ord. Juſt.* Groenew. *de ll. abrog. ad hunc tit. Inſt.*

TITULUS DECIMUSQUARTUS.

DE REPLICATIONIBUS.

Replicatio quid ſit.

UT 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, quæ prima facie juſta videtur, tamen inique noceat. Quod cum accidit, alia allegatione opus eſt, adjuvandi actoris gratia: quæ 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 demum condemnetur, ſi non convenerit, ne 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 conveuto.

NOTÆ.

Quæ prima facie juſta] Κατὰ τὸ ἀκριβὲς, 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 juſtæ, revera 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 remittendi, 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 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, ἀναλύεται ἡ τῆς ἀγωγῆς ἰσχύς. *Vis exceptionis reſolvitur.* Rhetores firmamentum appellant. Nam definiore Cicerone *in partit. c.* 29. *Firmamentum eſt, quod ad labefactandam rationem* (ea noſtris

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 quæſita poſteriore pacto ita tollatur, ut ea 1 agenti creditori in judicio 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 proſunt ad liberationem, ſed facto noſtro, ſi quis initio litis pactum ſit conteſtatus, ejuſque pacti exceptionem in judicium 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, *Jus 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 ſurripuerit, teneri quidem & commodati actione & condictione, 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 judicio non proponat, abſolvi debere, ſi ex priſtina actione ſolviſſe 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 ſcil. dubitari poſſit, an eo modo prior actio ſublata ſit jure, add. Cujac. & Ant. Fab. *ad d. l. 27. §. 2. de pact.* Don. *ad l. 5. C. eod.* Bachov. *de pact. cap. de eff. pact. lib.*

TEXTUS.

De duplicatione.

1. *Rurſus interdum evenit, ut replicatio, quæ prima facie juſta eſt, inique noceat. Quod cum accidit, alia allegatione opus eſt, adjuvandi rei gratia; quæ duplicatio vocatur.*

De triplicatione.

2. *Et ſi rurſus ea prima facie juſta videatur, ſed propter aliquam cauſam actori inique noceat, rurſus alia allegatione opus eſt, qua actor adjuvetur; quæ 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.*

SI replicatio & ipſa prima fronte juſta, revera autem iniqua ſit, contra eam datur reo duplicatio: & rurſus contra duplicationem actori triplicatio: & ſic deinceps nomina multiplicantur, quoties vel actor vel reus objicit, allegationumque utro 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 be- 1 ne conſtitutis Curiis placet, non procedi ultra duplicationem; niſi ex gravi cauſa judex 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 actori triplicatione, reo ſimul conceſſa intelligitur quadruplicatio, & ita deinceps. Merul. *lib. 4. diſt. 4. ſect. 3. tit. 10 cap. 1.* In ſtatu cauſæ juridiciali exceptionibus aut replicationibus non utimur: ſed judex appointeert partyen te beſchryven by memorien en advertiſſementen van rechten/ &c. In ſtatu conjecturali appointeert acten te maecken/ en daer van te dienen/ indien geen productie van noode is; ofte in feyten contrarie/ indien productie vereyſcht wordt. Ende wordt in beyde geſchreven by eyſch/ antwoordt/ repliyck/ dupliyck/ by intervalle van tyde/ ſonder meer. Merul. *d. diſt. 4. ſect. 4. tit. 10. & ſeq.*

TEXTUS.

Quæ exceptiones fidejuſſoribus proſunt vel non.

4. *Exceptiones autem, quibus debitor defenditur, plerumque accommodari ſolent etiam fidejuſſoribus ejus: & recte: quia quod ab iis petitur, id ab ipſo debitore peti videtur: quia mandati judicio redditurus eſt eis, quod ei pro eo ſolverint. Qua ratione & ſi de non petenda pecunia pactus 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 quædam exceptiones non solent his accommodari. Ecce enim debitor, si bonis suis cesserit, & cum eo creditor experiatur, defenditur per exceptionem, si bonis cesserit. Sed hæc 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. *Quæ exceptiones ad alios transeant, aut non transeant.*
2. *Exceptio læsionis ex causa ætatis cujus generis.*

1 UTrum 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 cujusque cohærent. Rei cohærentes exceptiones, sunt, veluti rei judicatæ, doli mali, jurisjurandi, quod metus causa, pacti conventi in rem, Senatusconsultorum Vellejani & Macedoniani, &c. *l.* 7. §. 1. *hoc tit.* Personæ cohærent, 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 succesforibus & 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 is.* 25. §. *ult. de exc. rei jud. 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. etsi.* 24. *cum seq. de re jud. l. nisi.* 22. *l. idem.* 25. §. 1. *de pact. cum similibus.*

Quia mandati judicio] 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, judicio mandati repetere potest, §. *si quid.* 6. *sup. de fidejuss. l. mandati.* 14. *C. eod.* Hinc quod à fidejussore petitur, τῇ δυνάμει 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 competentiæ 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 cohærens: & 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, substituat pro persona debitoris principalis, merito arcetur ab iis defensionibus, quæ propriæ sunt personæ rei, & specialiter tribuuntur. Exceptio læsionis ex causa 2 ætatis, quæ minori in integrum restituto 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 judicii in alium translatio, *l. minor.* 51. *de procur.* add. Mynsi. 4. *obs.* 18. Maurit. *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 prosit fidejussori. Nec mirum, cum etiam majoribus ex eadem causa eadem exceptio detur. *d. l.* 7. §. 1. *de except. l. ult. C. de fidej. min.* Mauric. *cap.* 14. Odd. *tract. de rest. in int.* 1. *quæst.* 48. Duar. *ad d. tit. C.*

TITULUS DECIMUSQUINTUS.

DE INTERDICTIS.

Dig. Lib. 43. *Tit.* 1. *C. Lib.* 8. *Tit.* 1.

Ratio ordinis, & ſumma tituli.

POſtquam de actionibus earumque ordine, progreſſu, & cum exceptionibus congreſſu, dictum eſt, non inconvenienter ſubjicitur 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 tituli ff. inſcripſerunt, *De interdictis ſive extraordinariis actionibus, &c.* Docemur primum hoc titulo, quid ſit interdictum, & quæ ratio nominis; deinde variæ traduntur diviſiones, quæ genera, eorumque ſpecies oſtendunt.

TEXTUS.

Continuatio & definitio.

Sequitur, ut diſpiciamus de interdictis, ſeu actionibus, quæ pro his exercentur. Erant autem interdicta formæ 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. §. 3. *de uſufr.*

Quaſi poſſeſſione] Rerum ſcil. incorporalium puta uſusfructus & ſervitutum, 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. *Quæ interdicta cauſam proprietatis aut quaſi contineant?*
3. *Cur potiſſimum de poſſeſſione propoſita?*

SEu *actionibus, quæ pro his exercentur*] Nam tempore Juſtiniani neceſſe non erat interdictum reddi & impetrari, ſed loco interdictorum actiones recta introducebantur, ut docet §. *ult. hujus tituli.*

Formæ atque conceptiones verborum] Interdicta certis verborum formulis conſtabant: id quod ex ſingulis fere titulis libri 43. ff. cuivis licet animadvertere. Itaque interdictum, ſi veterem formulam ſpectemus, 1
ſic recte definietur, 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 reſtituatur, aut res exhibeatur: hic praetor 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 exequebatur, 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 hypotheſin, 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, *maxime:* quia 2
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. & aſt.* 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 quæſtionem finiri, 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.* 10. *C. de judic.* Ideo autem de cauſa poſſeſſionis potiſſimum 3
interdicta propoſita fuiſſe videntur, ut hujuſmodi controverſiæ quam celerrimè imperio prætoris tranſigerentur, ne in pacata & libera civitate, dum unuſquiſ-

que poſſeſſionem rei ſibi aſſerere conatur, vis interim fiat: quod cum in cauſis proprietatis, ubi de poſſeſſore jam conſtat, non metuatur, illarum cognitio ſine periculo ad privatos judices delegari poteſt: quam etiam ob cauſam nunc ferè ſuprema tribunalia in prima inſtantia de cauſis poſſeſſionum cognoſcunt, Gail. 1. *obſ.* 5. uti apud nos Curia Provincialis *art.* 39. *& ſeqq. inſtr. Cur. Holl.* aut ſupremus Senatus *art.* 19 *ſuor. ſenat.* Sed & pleraque interdicta 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.

1. *Summa autem diviſio interdictorum hæc eſt, quod aut prohibitoria ſunt, aut reſtitutoria, aut exhibitoria. Prohibitoria ſunt quibus prætor vetat aliquid fieri; veluti vim ſine vitio poſſidenti, vel mortuum inferenti, quo ei jus erat inferendi; vel in ſacro loco ædificari, vel in flumine publico ripave ejus aliquid fieri, quo pejus navigetur. Reſtitutoria ſunt, quibus reſtitui aliquid jubet: veluti bonorum poſſeſſori poſſeſſionem eorum, quæ quis pro hærede, aut pro poſſeſſore poſſidet ex ea hæreditate: aut cum jubet ei, qui vi de poſſeſſione dejectus ſit, reſtitui poſſeſſionem. Exhibitoria ſunt, per quæ 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, interdicta ea proprie vocari, quæ prohibitoria ſunt, quia interdicere ſit denuntiare & prohibere: reſtitutoria autem & exhibitoria proprie decreta vocari. Sed tamen obtinuit, omnia interdicta appellari; quia inter duos dicuntur.*

COMMENTARIUS.

DIviſio interdictorum, quæ hic proponitur, à forma ducitur, complectiturque genera omnia interdictorum, tam quæ de rebus divinis, aliiſque commercio hominum exemptis, propoſita ſunt, quam quæ de rebus privatis. Ulpian. *l.* 1. §. 1. *hoc tit.* addit, quædam interdicta & mixta eſſe, quæ & prohibitoria ſint & reſtitutoria. In quo genere eſt interdictum, ne vis fiat ei, qui in poſſeſſionem miſſus erit, *l.* 3. §. 2. *eo tit.* item interdictum 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 poſſidenti] Intelligit interdictum *Uti poſſidetis:* quod plenius explicabitur §. *retinendæ.* 4. *inf. eod. Sine vitio poſſidenti*, id eſt, nec vi, nec clam, nec precario poſſidenti ab adverſario: nam alias etiam vitioſum poſſeſſorem interdictum tuetur, *l.* 1. §. *ult. uti poſſid.*

Mortuum inferenti] Significat interdictum de mortuo inferendo quod in aliorum ordinem ſub *lib.* 43. ff. non refertur: ſed *tit. ult lib.* 11. his verbis: *Quo quave illi mortuum inferre invito te jus eſt, quominus illi eo eave mortuum inferre & ibi ſepelire liceat, vim fieri veto.*

In loco ſacro ædificari] 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 interdictum *quorum bonorum*, de quo copioſius explicabitur § *proximo.*

Qui vi de poſſeſſione] Unde apparet, ſignificari interdictum *unde vi.* §. *inf.* cui explicando alius item locus infra deſtinatus eſt.

Exhibitoria, per quæ jubet exhiberi] Quapropter verbum *exhibeas* in his addi ſolet, *l.* 1. *de tab. exhib. l.* 1. *de hom. lib. exhib. l.* 1. *de lib. exhib.* Inter actionem ad exhibendum & interdicta 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, interdicta autem hæc magis publicam cauſam ſpectare, id non eſſe perpetuum, oſtendit interdictum de tabulis exhibendis.

De cujus libertate] Significatur interdictum de homine libero exhibendo; quod tuendæ 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 interdictum ſub *tit. de lib. exhib.*

Propriè interdicta vocari, quæ prohibitoria] Atque hoc quoque mihi admodum veriſimile videtur: nam interdicere omnibus Latine loquentibus idem eſt, quod vetare, prohibere: ut exiſtimandum ſit, ex productione & quaſi abuſione ejus verbi eſſe, quod decreta quoque reſtitutoria & exhibitoria interdicta 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 male convenit. Nam interdicta totam litem non perimunt, ſed tantum poſſeſſorem interim dicunt, quoad quæſtio 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.* interdictum definiunt ſententiam interim dictam. add. Covar. *pract. quæſt.* 17.

TEXTUS.

Diviſio ſecunda.

2. *Sequens diviſio interdictorum hæc eſt, quod quædam adipiſcendæ poſſeſſionis cauſa comparata ſunt, quædam retinendæ, quædam recuperandæ.*

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.*

Quædam adipiſcendæ] Omnis de poſſeſſione rei privatæ contentio eo ſpectat, ut aut poſſeſſionem adipiſcamur, aut adeptam retineamus aut amiſſam recuperemus. Auſon. *Id.* 11.

Interdictorum trinum genus: unde repulſus
Vi fuero, aut utrobi fuerit, 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 interdictis adipiſcendæ.

3. *Adipiſcendæ poſſeſſionis cauſa interdictum accommodatur bonorum poſſeſſori, quod appellatur,* Quorum bonorum: *ejuſque vis & poteſtas hæc 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 hæreditariam, vel etiam totam hæreditatem, ſciens ad ſe non pertinere poſſidet. Ideo autem adipiſcendæ poſſeſſionis vocatur interdictum, quia ei tantum utile eſt, qui nunc primum conatur adipiſci poſſeſſionem. Itaque ſi quis adeptus poſſeſſionem amiſerit eam, hoc interdictum ei inutile eſt. Interdictum quoque Salvianum adipiſcendæ 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 hær. pet.*

Primum conatur adipiſci poſſeſſionem] Non enim petitur hoc interdicto, 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. ff. *tit. ult.* & 8. C. *tit.* 9.

COMMENTARIUS.

1. *Quæ interdicta adipiſcendæ 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 hæreditatis non ſufficere viſa: & in quo illa cum hoc interdicto conveniat.*
4. *Quibus propoſitum remedium* l. ult. C. de edict. D. Hadr. toll.
5. *Cui adverſus quos interdictum Salvianum detur?*
6. *Interdicto huic affine remedium actio Serviana: & cur interdicto experiri utilius?*

ADipiſcendæ poſſeſſionis interdicta dicuntur, quæ comparata ſunt ad poſſeſſionem, quam antea non habuimus, nunc primum acquirendam: cujus generis duo hic proponuntur & explicantur; interdictum Quorum bonorum, & Salvianum. In eodem genere ſunt & interdicta Quod legatorum; ne vis fiat ei, qui in poſſeſſionem miſſus eſt, de tabulis exhibendis, & de glande legenda: quæ extant & explicantur in ff. 1

Accommodatur bonorum poſſeſſori] Competit hoc interdictum ei, cui ex edicto prætoris bonorum poſſeſſio data eſt, *l.* 1. *quor. bon.* uno verbo, hæredi prætorio. Obtinuit tamen, ut etiam iis utique utile detur, 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. ſuo. eod. tit. defin. un.* Quanquam hoc diſplicet Baroni hic. Don. *add. tit. C. n.* 3. Cujac. *in par. C. eod.* Sed quid opus eſt, inquis, hoc interdicto 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 perſequendi & retinendi patrimonii defuncti: corporum autem poſſeſſionem aut detentionem non tribuit, *l.* 3. §. 1. *de bon. poſſ.* Hæc igitur adhuc reſtat, atque hoc interdicto petitur, *l. ult. C. quor. bon.* 2

Ut quod ex iis bonis] Competit hoc interdictum de iis bonis, quæ in hæreditate defuncti, cum moreretur, fuerunt; atque etiam de iis, quæ ex his bonis uſucapta ſunt: id enim ſignificant verba interdicti, *poſſideresve, ſi nihil uſucaptum eſſet. l.* 1. *quor. bon.*

Pro hærede aut pro poſſeſſore] Datur hoc interdictum adverſus duo genera poſſeſſorum: primum adverſus eum, qui pro hærede prove poſſeſſore poſſidet; quod etiam hic expreſſum eſt: deinde adverſus

ſus 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.* 150. *l. qui dolo.* 131. *cum ſimil. de reg. jur.* Hinc autem intelligimus, eum qui titulo ſingulari poſſidet, puta pro emptore, pro donato, hoc interdicto non teneri, ſicut nec petitione hæreditatis, *l.* 7. *C. de pet. hær. l.* 4. *C. in quib. ca. ceſſ. long. temp. præſcr.* Eſſet enim iniquum, eum quem dominum eſſe non conſtat, ſed qui tantum ſe hæredem eſſe dicit, rem auferri ei, qui pro domino bona fide & juſto titulo poſſidet. Ajo, juſto titulo: nam titulus injuſtus aut jure invalidus poſſeſſorem non tuetur, quominus aut interdicto cum eo agi, aut hæreditas ab eo peti poſſit, *arg. l. nec ullam.* 13. §. 1. *de hær. petit.* Covar. *pract. quæſt. cap.* 12. Cacheran. *deciſ.* 56.

Reſtituere debeat] Reſtituendi verbum propriè refertur ad ea, quæ à nobis profecta reſtituuntur. 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 hærede*] Is 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 hær 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* Bart. *de hær. pet.* Sed neque majora onera eſſe videntur in judicio 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 judicia 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. judices.* 9. *C. de jud.* add. Afflict. *deciſ.* 14. Menoch. *de adip. poſſ. rem.* 1. *n.* 97. *& ſeq.* Ant. Fab. *C. ſuo. tit. quor. bon. defin. unic.* Plane in eo hæc judicia 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 judicio 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 hær. pet.* nam qui vel unam rem hæreditariam pro hærede poſſidet, is totam hæreditatem & univerſi juris ſucceſſionem ſibi aſſerit. Conſule Cacheran. *deciſ.* 74. 4

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 hæreditariarum, dilata tantiſper inquiſitione ſuper vitiis occultioribus, puta falſitatis, injuſtæ exhæredationis 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 præl. d. l. ult.* Sichard. *ibid. n.* 4. *&* 5. Menoch. *de adip. poſſeſſ. rem.* 4. *num.* 648. *&* 726. Ant. Fab. *C. ſuo. ad eundem titul. defin.* 3. *&* 4. Chriſtin. *vol.* 4. *deciſ* 30.

Interdictum quod Salvianum] Salvianum quoque in- 5
terdictum 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. & interd Salv.* ſed etiam contra quemlibet tertium ejus rei poſſeſſorem: quanquam adverſus hunc probationem deſiderant, nimirum non ſolum rem obligatam eſſe, ſed etiam in bonis debitoris, cum obligaretur, fuiſſe. Ang. Jaſ. & alii *in* §. *item Serviana.* 7. *ſup. de act.* Weſemb. *par. de Salv. interd. n.* 2. Schneid. *hic. n.* 7. Fach. 8. *controv.* 92. & plerique etiam cenſent, prius excutiendum eſſe principalem debitorem, quam adverſus extraneum poſſeſſorem interdictum 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 5. *cont.* 37. *& ſeq.* Af- 6
fine huic interdicto remedium eſt actio Serviana; quæ & ipſa primum locatori de rebus coloni propenſione fundi obligatis propoſita fuit, & poſtmodum ad alias cauſas & ſpecies pignoris per interpretationem producta, *d* §. *Serviana.* 7. Sed inter hæc remedia eadem quoque differentia eſt, cujus ante memini. Utilius eſt experiri interdicto, quam actione Serviana. Nam interdicto, in quo de poſſeſſione momentaria tantum agitur, ad adipiſcendam poſſeſſionem ſufficit probare rem, de qua agitur, pignori obligatam fuiſſe: at in actione Serviana, quæ judicii petitorii eſt, hoc amplius probare creditor, contra tertium poſſeſſorem agens, debet rem, quam perſequitur, in bonis debitoris fuiſſe, cum de pignore convenit, *l. & quæ.* 15.

§. 1.

§. 1. *de pign. l. ante omnia.* 23. *de probat.* quod fusius à me explicatum sub *d.* §. *Serviana.* 7. Wesemb. *d. loc.* Menoch. *de adip. poss. rem.* 3. *n.* 8. *& seqq.*

TEXTUS.

De interdictis retinendæ.

4. *Retinendæ possessionis causa comparata sunt interdicta*, uti possidetis *&* utrubi: *cum ab utraque parte de proprietate alicujus rei controversia sit, & ante quæratur, 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 commodius est & potius, possidere, quam petere; ideo plerumque, & ferè semper ingens existit contentio de ipsa possessione. Commodum autem possidendi in eo est, quod etiamsi ejus res non sit, qui possidet, si modo actor non potuerit suam esse probare, remanet in suo loco possessio: propter quam causam, cum obscura sunt utriusque jura, contra petitorem judicari solet. Sed interdicto quidem* uti possidetis *de fundi vel ædium possessione contenditur:* Utrubi *vero interdicto de rerum mobilium possessione. Quorum vis ac potestas plurimam inter se differentiam apud veteres habebat, nam* uti possidetis *interdicto is vincebat, qui interdicti tempore possidebat; si modo nec vi, nec clam, nec precario nactus fuerat ab adversario possessionem: etiamsi alium vi expulerat, aut clam arripuerat alienam possessionem, aut precario rogaverat aliquem, ut sibi possidere liceret.* Utrubi *vero interdicto is vincebat, qui majore parte anni nec vi, nec clam, nec precario ab adversario possidebat. Hodie tamen aliter observatur. Nam utriusque interdicti potestas (quantum ad possessionem pertinet) exæquata est, ut ille vincat & in re soli, & in re mobili, qui possessionem nec vi, nec clam, nec precario ab adversario, litis contestatæ tempore, detinet.*

NOTÆ.

4. *Ab adversario*] Si vero alter non ab altero, sed ab extraneo possideat, licet vi, clam, aut precario, nihilominus prætor possessorem tuetur, *l.* 1. §. *ult. & l. seq. eod.* & hoc est, quod dicitur, etiam vitiosam possessionem adversus extraneos prodesse solere, *l. ult. de acq. poss.*

Majore parte anni] *l. un. utrubi*, retrorsum numerati. Paul. 5. *sent.* 6. εἰς τριῶν ἀναλωμάτα. Theoph. 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 exæquata] *d. l. un.* §. 1. *utrubi*, quem locum apparet à Compositoribus interpolatum 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 possidetis & utrubi: ejus differentiæ sublatio, tum quid hic jus Canonum, & mores hodierni?*

RETinendæ possessionis gratia ea interdicta comparata dicuntur, per quæ eam possessionem, quam jam habemus, retinere volumus. Cujus generis interdicta sunt *uti possidetis & utrubi.* Prius est de rebus soli, posterius de rebus mobilibus. *l.* 1. *uti poss. l. un. de utrubi.* Utriusque causa olim nonnihil dissimilis: nunc & causa & vis eadem, ut si à rebus discesseris, quarum nomine hæc interdicta competunt, unum atque idem videri possit; ut declaratur in calce hujus §.

De proprietate alicujus rei] Hæc interdicta locum habent, cum de proprietate inter aliquos lis est, & quæritur, 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. ordinariis.* 13. *C. de rei vindic.* Nam, ut alibi demonstravimus, 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, judicio petitorio de proprietate locus esse non potest, *l. inter.* 62. *de jud.* Ubi Ulp. scribit, inter litigantes de proprietate non aliter litem expediri posse, quam si alter petitor, alter possessor sit: esse enim debere, qui onera petitoris sustineat, & qui commodo possessoris fungatur. Sed qui fieri potest ut duo de retinenda possessione litigent, cum duo in solidum eandem rem possidere non possint? *l.* 3. §. *ex contrario.* 5. *de acq. poss.* Nimirum accidere potest, ut duo in speciem videantur possidere, cum tamen revera unus tantum possideat. Varii enim sunt actus possessorii, & ex quibusdam eorum 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 possessionis, puta alter naturaliter, alter civiliter; aut alter justè, alter injustè, *l.* 6. §. 1. *de acq. poss. l.* 3. *pr. uti possid.* Quæ & sententia Sabini 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 probatione 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.* 128. *de reg. jur.* Quam ob causam ei, qui destinavit rem petere, hoc consilium dat Jurisconsultus, in *l. is qui* 24. *de rei vind.* ut videat, num aliquo interdicto nanciscì possit possessionem, atque ita onus probationis in adversarium
3 derivare. Quid ergo, si quis non observato hoc consilio Jurisconsulti rem vindicare instituerit, an ob id interdicto agere non poterit? Prima fronte videtur dicendum, non posse, quasi consilium Jurisconsulti contempserit, & renuntiaverit 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 cœpit, non censetur renuntiasse interdicto *unde vi. l. cum fundum.* 18. §. 1. *de vi & de vi arm.* ubi expresse traditur, pendente judicio 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 judicium petitorium, *l. ordinarii.* 13. *C. de rei vind. l.* 1. *C. de appell. l.* 3. *C. hoc tit.* 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 prax. civil.* Damhouderi. *c.* 45. *lit. B.* cum Martino *Glossatore*, excipiant interdictum *uti possidetis*, quod & ipsi propter contrarietatem cum judicio petitorio cumulari posse negant; plures tamen Petrum secuti contendunt, omne possessorium cum petitorio concurrere posse, vid. Menoch. *d. 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.* 6. *x. de caus. poss. & propr.* & hanc sententiam usu receptam tradit Christin. *d. loc.* quanquam non in omnibus tribunalibus, vid. Papon. *lib.* 8. *tit.* 12. *arrest.* 4. Charond 4. *resp.* 28. Nos hanc quæstionem plenissimè excussimus *lib.* 2. *select. quæst. c.* 39.

Quorum vis ac potestas plurimam differentiam] Nam
4 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 tit.* id est, interdicti redditi, hoc modo; *Uti eas ædes, quibus de agitur, possidetis, &c. l.* 1. *in pr. uti possid.* & videtur huic interdicto adjecta fuisse particula *nunc*. *Uti nunc possidetis eas ædes, &c. l.* 3. §. *Labeo.* 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. pos.* etiam vitiosam possessionem adversus extraneos prodesse solere. VINN. Ad hæc possessionis vitia vel maxime attendebat prætor. Hinc ubi apud Terent. *Eunuch. act.* 11. *scen.* 3. Chærea ait: *Hanc tu mihi vel vi, vel clam, vel precario fac tradas*: eleganter addit Donatus: *Secundum jus loquutus est. Nam his tribus mala fide aliquid possidetur.* HEIN.

Utriusque interdicti potestas exæquata 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 justiorem possessionis causam habeat, *cap. licet.* 9. *x. de probat.* Eoque jure nunc ferè utimur, ut post alios testantur Damhoud. *prax. civ.* 34. Menoch. *de retin. poss. rem.* 3. *n.* 714. *& seqq.* Wesemb. *par. uti poss. n.* 5. & eleganter in *not. ad* Scheidw. *in* §. *pen. h. t.* D. Tulden. *comm. hic. cap.* 3. Quod si æquè obscura sint utriusque litigatoris jura, ut judici 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. *defin.* 1. Solent autem hodie partes hoc interdicto, quod pragmatici *maintenue* seu manutenentiam vocant, contendentes, petere, ut interim dum de principali lite possessionis cognoscitur, sibi *recredentia* adjudicetur, id est, momentanea aut fiduciaria possessio. Covar. *pr. q.* 17. Aufrer. *in styl. Parlam tit. de caus. novit.* Massuer. *in pract. tit. de poss.* Ant. Fab. *C. sui lib.* 8. *tit.* 4. *defin.* 1. Formulam conclusionis habes apud Merulam *lib.* 4. *dist.* 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 judex 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.* VINN. Et hoc pos-

ses-

seſſorium ſummariiſſimum male vulgo comparant interdicto *uti poſſidetis*, quum tamen in illo non ut in hoc diſceptetur de qualitate poſſeſſionis, *vi* ne quis poſſideat, an clam, an precario, ſed tantum quæratur, quis jam in præſenti poſſideat? HEIN.

TEXTUS.

De retinenda vel acquirenda poſſeſſione.

§. Poſſidere autem videtur quiſque, non ſolum ſi ipſe poſſideat, ſed & ſi ejus nomine aliquis in poſſeſſione ſit, licet is ejus juri ſubjectus 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 relinquendæ poſſeſſionis animo, ſed poſtea reverſurus inde deceſſerit, retinere poſſeſſionem videatur. Adipiſci vero poſſeſſionem per quos aliquis poteſt, ſecundo libro expoſuimus. Nec ulla dubitatio eſt, quin animo ſolo adipiſci poſſeſſionem nemo poſſit.

NOTÆ.

5. *Depoſuerit aut commodaverit*] Item per procuratorem, hoſpitem, amicum, *l.* 3. §. 12. *l.* 9. *& ſeq. l.* 30. §. 6. *& ſeqq. d. tit.* 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 poſſ. l.* 3. §. 13. *& ſeq. de vi & de vi arm.*

COMMENTARIUS.

1. *Quid propriè ſit poſſidere: & cur etiam fructuario interdicta retinendæ poſſeſſionis accommodentur?*
2. *Vetus controverſia circa retentionem & amiſſionem poſſeſſionis: quæ à Juſtiniano ſublata.*
3. *Etiam ſolo animo poſſeſſionem retineri: & quamdiu?*
4. *Indicatur & refutatur inſignis DD. error.*
5. *Dejectum non poſſe interdicto retinendæ agere: qui agit, quid probare debeat?*
6. *Ad poſſeſſionem acquirendam opus eſſe & animo acquirendi, & ſimul actu aliquo corporali.*
7. *Amitti poſſeſſionem etiam nobis invitis, idque plurifariam.*
8. *Volentibus nobis amitti etiam ſolo animo.*

QUoniam ſuperiora interdicta ſolum tuentur poſſeſſorem, nec magis ei competunt, qui poſſeſſionem ſemel quæſitam amiſit, quam ei, qui nunquam poſſedit, ideo Juſtinianus hoc loco obiter oſtendere voluit, quis intelligatur poſſidere, quomodo poſſeſſio acquiratur, acquiſita quomodo retineatur.

Non ſolum ſi ipſe poſſideat, ſed & ſi ejus nomine] Poſſidere auctore Theoph. §. *propen. ſup. per quas perſ. cuiq. acq.* eſt, animo & affectu dominantis, ψυχῇ δεσποζοντος, 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.* 5. *& ſeqq. 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. §. *creditores.* 8. *uti poſſid.* vid. tamen Menoch. *retin. poſſ. rem. ult.* Joan. à Sande *lib.* 5. *tit.* 4. *defin.* 2. Fructuarius quoque non magis poſſidet, quam ſuperiores, §. 4. *verſ. idem placet. ſup. per quas perſ. cuiq. acq. d. l.* 6. §. 2. *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, etſi 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 uſusfructus perſeverat. Cujac. 9. *obſ.* 33. Don. *ad l. un. C. uti poſſ. n.* 5. Joan. à Sande *d. defin.* 2. In ſumma vero, poſſeſſionis parum intereſt, utrum quis juſte, an injuſte poſſideat, *l.* 3. §. *ex contrario.* 5. *de acq. poſſ.* nam & poſſeſſori injuſto interdicta retinendæ poſſeſſionis dantur, modo ne injuſte 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, alienæ poſſeſſioni præſtant 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 conſentiunt. Hoc amplius Proculus putabat, etiamſi ſponte è 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.* Cæterum 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.* 4. *de uſuc.* Papinianus hoc amplius, diſceſſu 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, ſive poſſeſſionem alii prodiderint, nihil penitus ex ea re præjudicii dominis generetur. Et quanquam recentiores nonnulli, ut Cujac. *par. C. eod.* Don. 5. *comm.* 12. Ant. Fab. *dec.* 4. *err.*

2. *& seqq.* existimant, constitutionem illam non pertinere ad casum, quo in possessione relictus alii eam tradit, quorum sententiam aliquando in judicando secuta est Curia provincialis Friniæ, teste D. Joan. à Sande *lib. 5. tit. 4. defin. 1.* verius tamen esse, quod his constitutionis verbis, *vel alii prodiderit*, tradens æque ac deferens comprehendatur, evincit ratio, quæ mox subjicitur, ne ex aliena malignitate alienum damnum emergat. Quomodo & vulgo interpretes, quos laudat & sequitur Menoch. *rec. poss. rem. 14. n. 17. & seqq.* Eleganter D. Joan. Deckher. *lib. 1. diss. 3. n. 25.* Illud constat, possessionem amitti, si in possessione relicti vi dejecti fuerint, *l. 1. §. quod servus. 22. unde vi.*

3 *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 amittendæ possessionis abest, possessio rebus integris retinetur, *l. 3. § sed & si. 7. & seqq. 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 inviti possidere definimus, *d. l. 3. §. Nerva. 13.*

4 Hic autem locus occasionem Doctoribus præbuit, 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, quæ corpore tenetur, & ea, quæ animo, sunt duæ diversæ 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 cor-

5 pore consistens, *l. nemo. 10. C. de acq. poss.* Illud à vero abest quam longissime, quod quidam asserunt, civilem, quam vocant, possessionem retineri, ejusque beneficio interdictum *uti possidetis* competere, etiamsi ab alio possessio vi occupata sit. Covar. *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 maxime velimus, eam repetere non possumus, *d. l. 3. §. Nerva. 13. eod.* Et ergo si dejectus nullam prorsus possessionem habet aut retinet, nec retinendæ possessionis remedio 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 præc. §.* Menoch. *rem. ult. retin. poss. n. 17.* Christin. *d. decis. n. 6.* ubi refert, non semel supremam Curiam Mechlinienſem censuisse possessorem actualem 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.*

Animo solo adipisci possessionem nemo possit] Acquisitio 6 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 hæredes. 23. eod.* Etsi 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. §. item si. 6. de acq. rer. dom. l. 1. C. de donat.* Falluntur enim qui hujusmodi casus à regula exceptos putant, quasi hic 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 crassiorem illam apprehensionem, quæ manuum aut pedum opera interveniente fit. Cur igitur placet possessionem solo animo retineri posse? Quoniam possessio semel quæsita etiam jus possidenti parit, quo retento possessio quoque retinetur. At acquisitio possessionis tota pene facti est. Sed & alias quod semel acquisitum est, facilius retinetur, quam initio quid acquiritur. Animo possessionem acquirere non possumus, nisi nostro: quippe ut nos velimus, in aliis esse non potest. At corpore etiam alieno, *d. l. 3. §. cæterum. 12. d. l. quod meo. 18. de acq. possess. l. ea quæ. 53. de acq. rer. dom.* quoniam in iis, quæ corporis ministerio geruntur, nihil interest, nostro corpore, an alieno utamur. Amittendæ possessionis alia ratio est: nam non solum volentibus, sed 7 etiam invitis nobis possessio amittitur; & invitis plurifariam; veluti si res commercio exempta sit, aut in aliam speciem transformata, *l. qui universas. 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 invase-

vaſerint, qui nos dejiciant, aut redeuntes repellant, aut quorum metu territi accedere nolumus, *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.* 6. Donel. *lib.* 5. *comm. cap.* 13.

TEXTUS.

De interdicto recuperandæ, & affinibus remediis.

6. *Recuperandæ poſſeſſionis cauſa ſolet interdici, ſi quis ex poſſeſſione fundi vel ædium 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 etiam æſtimationem rei dare vim paſſo 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 appellatione non ſolum ſcuta & gladios & galeas, ſed & fuſtes & lapides ſignificari intelligimus.*

NOTÆ.

6. *Fundi vel ædium*] 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 ἐξάλης. 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 pœna harum legum eſt in §. 8. *inf. de publ. jud.*

Sin autem armis] Vis armata ideo publica habetur, quod ſolius reip. eſt armis uti.

COMMENTARIUS.

1. *Interdictum* unde vi, *quibus, quarum rerum nomine detur?*
2. *Dejici quis intelligatur?*
3. *Etiam fructuario & uſuario hoc interdictum dari.*
4. *Quibus quo caſu ex conſtitutione Conſtantini detur?*
5. *In hoc interdicto vincere etiam eum, qui clam, vi, vel precario ab adverſario poſſidet. Licere autem dejicientem in continenti rurſum dejicere. Veſtigium juris veteris apud Paulum.*
6. *Quatenus Canones hoc interdictum extenderunt: & de remedio* can. redintegrandæ: *tum quomodo hic apud Batavos procedatur?*
7. *Pœna invaſionis ex ſacris conſtitutionibus, & legibus Juliis.*

AD recuperandam poſſeſſionem *unde vi* interdictum proditum eſt ei, qui vi de poſſeſſione dejectus eſt, quod fuſe 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 1
vero mobilium poſſeſſionem recuperandam non pertinet: quoniam hic ſufficit actio furti aut vi bonorum raptorum, *d. l.* 1. §. 3. *& ſeqq.* Idemque eſt, ſi quis de nave aut vehiculo dejiciatur, *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 dejiceretur, 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 ſtatuat, quem jurando non liceat excedere, *l. ſi quando.* 9. *C. eod.* Hoc interdicto ex conſtitutione Juſtiniani etiam is tenetur, qui rei alienæ vacuam 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. §. *ſive 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 poſſi- 2
det: 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 & uſua- 3
rio

rio 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 alii, qui possessores
4 non sunt, ut demonstratum §. *praced.* 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 alium 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 die.* 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, quia ab adversario vel vi, vel clam,
5 vel precario possidet, §. *retinenda.* 4. *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. Enimvero qui dejectus, non ex intervallo, sed in continenti & fervente 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 cœpit, *l.* 7. *unde vi.*
6 Canones autem id extenderunt etiam adversus tertium spolii possessorem, dummodo sciat vim factam esse: quoniam hoc ipso se socium delicti facit, *cap. sape.* 18. *de rest. spol.* Qui autem bona fide & justo titulo possessionem nactus est, non tenetur. Menoch. *recup. poss. rem.* 15. *quæst.* 13. Iidem Canones & pinguius remedium possessionis recuperandæ introduxerunt *can. redintegranda.* 3. *quæst.* 1. nempe etiam rei mobilis per vim amissæ. Quod hodie frequens est, & in foro quoque seculari obtinet. De quo vid. Menoch. *d. rem.* Gail. 2. *obs.* 75. Mynsi. 3. *obs.* 85. Cacheran. *decis.* 93. Ant. Fab. *C. sui lib.* 8. *tit.* 3. *defin.* 1. *& passim.* Christin. *vol.* 4. *decis.* 135. *n.* 17. *& seqq. item decis.* 140. *n.* 4. *& seqq. & decis. seq. n.* 4. *& deinceps.* Quomodo apud nos procedatur in causa interdicti *unde vi.* sive *complainte*, ut vocant, docet Merula *lib.* 4. *dist.* 4. *sect.* 1. *tit.* 3. *cap.* 5. *& sect.* 3. *tit.* 1. *c.* 2. *ex Instruct. Cur. Holland. art.* 39. *& 3. seqq.*

Ex sacris constitutionibus] Qui violenter possessionem 7
rei apud alium constitutam invasit, is non tantum tenetur interdicto *unde vi*, sed alias etiam pœnas sustinet. Tum ex sacris constitutionibus, tum ex legibus Juliis de vi publica & de vi privata. Constitutionibus hæc pœna invasori imponitur, ut si rei dominus est, dominium ejus amittat: si aliena est, cum re alterum tantum vim passo restituat, *l.* 5. *l.* 7. *C. unde vi.* Eademque pœna postea placuit etiam multandos conductores cæterosque 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. rap.* ubi didicimus, eandem quoque pœnam in rebus mobilibus vi ereptis locum habere. Genera quoque violentiæ distinximus, & qua quæque pœna coërceatur, tum à prætore, tum legibus & Principum constitutionibus, obiter notavimus *sub rubr. eod.*

Lege Julia de vi] Ne quid per vim admittatur, etiam legibus Juliis 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 solius reipubl. est, armis uti. De pœna 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.* Ciceronem *in Or. 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, ripave 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.*

No-

NOTÆ.

7. *Cum prætor prohibet in loco ſacro, &c.*] Simplicia quoque ſunt prohibitoria de arboribus cædendis, & de itinere actuque, *d. l.* 2.

COMMENTARIUS.

1. *An dentur interdicta duplicia tam recuperandæ, quam adipiſcendæ poſſeſſionis?*

TErtia 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 dejeciſti, eo illum reſtituas. Ne quid in loco ſacro facias, neve 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 fruimini, quo minus 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.*

1 *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 recuperandæ quam adipiſcendæ 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 cenſent, 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. *deciſ.* 142. *num.* 6.

TEXTUS.

De ordine & 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.*

NOTÆ.

8. *Qualia hodie omnia judicia*] Olim interdicta erant formulæ & conceptiones verborum. Hodie judicia omnia ſunt extraordinaria, in quibus formularum conceptio non obſervatur.

COMMENTARIUS.

1. *Quæ judicia ordinaria, quæ 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 bis idem diceret Imp. nam ordinis appellatione nihil aliud hic ſignificatur, quam ritus, & modus procedendi. Igitur *de ordine*, id eſt, de ritu & conceptione formularum, *de exitu*, id eſt, de effectu. Sic exitus actionis. *l.* 10. §. 14. *quæ in fraud. cred.* exitus controverſiæ poſſeſſionis. *l.* 35. *de acq. poſſ.* Theoph. περὶ τάξεως καὶ τοῦ ἀποτελέσματος.

Qualia ſunt hodie omnia judicia] Ait, ſuo tempore 1 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 judices 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 prætoriæ & extraordinariæ, *tit. de extraord. cogn.* Poſtquam autem vetus ille mos dandorum judicum 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. quæ ſcripſimus *ad princ. ſup. de actionibus.* VINN. Interdicta olim quidem erant extraordinaria judicia. Sed tamen, ſi jam interdixerat prætor, & adverſarius negabat, recte & jure interdictum eſſe, partes remittebantur ad jus ordinarium, & hinc recuperatores vel judices dabantur. *l.* 1. §. 41. *ff de vi & vi arm. l.* 3. § *ult. ff. uti poſſ. l.* 3. §. 3. *de itin. & act. priv.* Cic. *pro Cæcin. cap.* 2, 8, & 17. Quinctilian. *Inſt. Orat. lib.* VII. *cap.* 5. *lib.* XII. *cap.* 10. Frontin. *de limit. agr. p.* 41. & *ibi* Agg. Urbic. HEIN.

TI-

TITULUS DECIMUSSEXTUS.

DE POENA TEMERE LITIGANTIUM.

Continuatio.

COgnito jure tum actoris tum rei, non inconveniens Justiniano visum est, aliquid subjungere de pœna, qua coërcentur, 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 infamiæ metu coërceatur.

NOTÆ.

Qui jura sustinebant] Id est, legumlatores, magistratus, jurisperiti, *l.* 21. *de reb. cred. l.* 13. *C. de jud. c.* 2. *ff. de sent. & re ju.* Suet. *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. t.*

Infamiæ metu] Ut in judiciis famosis, §. 2. *inf. eod.* Sed & φιλοδίκας infamia sequebatur apud Cyrenæos, Heraclid. *de polit.* Fabrot.

COMMENTARIUS.

1. *Causæ litium præcidendæ: lites exortæ statim sopiendæ: temere litigantes coërcendi.*

LEgislatorem, auctore Platone, in id unice incumbere oportet, ut civitatem quoad fieri potest, redigat quasi ad unitatem, hoc est, ad concordiam & unanimitatem. 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 sponsiones illæ, quibus litigatores se mutuo provocabant, *ni veram bonamque causam haberent*; quarum frequens mentio apud Ciceronem, tum etiam sacramenta, bonæ fidei & causæ pignora, inter quæ & sponsiones quid interfit, ex Varrone, Festo, Asconio docet Hotomannus *in Quintiana.*

Modo pecuniaria pœna] Temeritas litigandi, & multa pecuniaria, & jurisjurandi & infamiæ metu, coërcetur. Multam intelligit, si reos spectemus in iis causis, quæ inficiando crescunt; quales sunt, damni injuria dati, depositi miserabilis, piorum legatorum. Si actores, pœnam plus petitionis; de qua explicatum sub §. *si quis agens.* 33. *sup. de action.* Jusjurandum autem calumniæ significat, de quo mox dicetur. Infamiæ metu terret litigatores improbos, διότι τὸ μὴ ἀτιμωθῆναί τινα καὶ στερηθῆναι δ' καλῶς πολιτεύεσθαι, ἤτοι καθαρῶς, μέγα καὶ φοβερόν. Theod. Hermop. *ad l.* 104. *de reg. jur.* Intelligit autem infamiam ex judiciis famosis. De quibus explicabit inferius §. 2. *hoc tit.*

TEXTUS.

De jurejurando & pœna pecuniaria.

1. *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 inficiantes, ex quibusdam causis dupli actio constituitur; veluti si damni injuriæ, aut legatorum locis venerabilibus relictorum nomine agatur. Statim autem ab initio pluris quam simpli est actio; veluti furti manifesti, quadrupli; nec manifesti, dupli. Nam ex his, & aliis quibusdam causis, sive quis neget, sive fateatur, pluris quam simpli est actio. Item actoris quoque calumnia coërcetur. Nam etiam actor 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 calumniæ actione introducta sunt: quæ in desuetudinem abiit; quia in partem decimam litis actores multabat; quod nusquam factum esse invenimus: sed pro his introductum est & præfatum jusjurandum, & ut improbus litigator & damnum & impensas litis inferre adversario suo cogatur.*

No-

NOTÆ.

1. *Conſtitutione noſtra*] Extat in *l.* 2. *C. de jurejur. prop. calum. dand.*

Putans ſe bona inſtantia uti] Id eſt, reus jurat ſe δικαίαν νομίζειν τὴν ἀντίρρησιν εἶναι τῆς δίκης. *Nov.* 49. *cap. ult.* §. 1. Eſt igitur inſtantia, ſive ἔνστασις, defenſio, ſeu contradictio rei. Inſtare, ἐνίστασθαι, contradicere, ἀντιλέγειν. Theoph.

Vel tripli] Theoph. εἰς τὸ τετραπλοῦν, *in quadruplum.* Sed hæc verba *vel tripli*, & apud Theoph. εἰς τὸ τετρ. expungenda ſunt. Nulla enim in inficiantem tripli vel quadrupli actio eſt, Cujac. Hotoman. Fabrot.

Actoris quoque calumnia] Jurat actor, ſe non calumniandi animo litem intendere, ſed quod exiſtimet ſe bonam cauſam habere, *d. l.* 2. *C. de jur. propt. cal.* Hinc apparet hoc genus jurisjurandi magis eſſe opinionis, quam aſſertionis: nec perjurum dici poſſe, qui non obtinuit.

COMMENTARIUS.

1. *Jusjurandum calumniæ, à Juſtiniano revocatum, qui præſtent, & quale id ſit?*
2. *Jusjurandum advocatorum & procuratorum in ſingulis cauſis.*
3. *Victum in lite etiam in impenſas & damna condemnandum, niſi juſtam cauſam litigandi habuerit: & damnandum, etiamſi hæc nominatim petita non fuerit.*
4. *Mores hodierni circa ſuperiora omnia.*

1 JUsjurandum calumniæ, quod apud veteres uſurpatum; *l. inter coheredes.* 44. §. *qui familiæ.* 4. *fam. erc.* in deſuetudinem poſtea abiiſſe videtur, Juſtinianus revocavit, *l.* 2. *C. de jurejur. propt. cal. dand.* ubi ſancit, ut uterque litigantium in exordio litis juret: primum actor, ſe non calumniandi animo litem intendere, ſed quod exiſtimet, ſe bonam cauſam habere: deinde reus, ſe non dolo malo, aut negotii facceſſendi cauſa actori contradicere; ſed quod putet, ſe bona inſtantia uti, & juſte ad inficias ire. *Nov.* 49. *cap. ult.* §. 1. ubi jubetur reus jurare ſe, δικαίαν νομίζειν τὴν ἀντίρρησιν 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. *auth. hoc Sacramentum. & auth. In iſto. C. eod. Nov.* 124. *c.* 1. *auth. 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. auth. 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, præſente 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.

Adverſus inficiantes ex quibuſdam cauſis] Ex damni injuria dati, depoſiti miſerabilis, & piorum legatorum cauſa lis inficiatione duplatur, §. *ſed furti.* 26. *ſup. de act.* ubi hac de re ſatis copioſè dictum eſt. Pertinet autem hoc eo, ut intelligamus, jusjurandum calumniæ pœnam hanc pecuniariam non abrogare.

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 pœnam affert. Sed hæc pœna huc non pertinet: quoniam temeritatem litigantis non coërcet: voluitque Juſtinianus tantum obiter indicare diſſimilitudinem cauſarum.

Utriuſque etiam partis advocati] Etiam à patronis 2
cauſarum ſeu advocatis jusjurandum ſimile ſuperiori, & in cauſa qualibet exigitur, ut ſcilicet jurent, ſe integro animo cauſam clientis ſui ſuſcipere, nec falſi patrocinii ſibi conſcios 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 omiſſuros, *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 obſtante 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 calumniæ actione] Fuit vetus quædam calumniæ actio, qua improbi litigatores in partem decimam æſtimationis litis, expenſarum nomine, multabantur; *l. ult. C. Hermog. de calumniat.* quam hic abrogat Juſtinianus, licet deſuetudine jam obliteratam. Eandem tamen reſtituit, atque in uſum revocare conatus eſt *Nov.* 112. hoc etiam addito, ut cautio decimæ non repromiſſione ſed ſatisdatione fieret.

Damnum & impenſas] Appendix ſententiæ eſt con- 3
demnatio 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.* 13. §. *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.* 79. *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 Doctorum ſententiis, placet hunc, etſi victus eſt, ab onere expenſarum excuſari, *d. Nov.* 82. *c.* 10. *auth. poſt jusjurandum. in fin. C. de judic.* idque judicis religioni & prudentiæ æſtimandum relinquitur: neque tam ex jure ſcripto, quam ex uſu judiciorum peti debet, *conf. DD. in d. l. eum quem.* 79. *de judic. & d. l. properandum.* 13. *C. eod.* Covar. *pr. q.* 27. *n.* 5. Viv. *lib.* 1. *opin.* 425. Menoch. *arbitr. 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.*

hic. c. 3. Christin. *vol.* 1. *dec.* 266. *& vol.* 4. *dec.* 97. *cum ibi citat.* Sichard. *in d. l. properandum.* 13. §. *sive autem.* 6. *& 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 intrinseca tantum, non extrinseca, ut vulgo distinguunt. Sichard. *ad d. l. sancimus.* 15. *n.* 9. *& seq.* Tessaur. *decis.* 67. Quid si victor propriam causam egerit? etiamne hic salarii ratio habenda? vid. Mynsi. 1. *obs.* 2. Gail. 1. *obs.* 151. *n.* 16. Trentac. 2. *pr. resit. de postul. n.* 3. Gudel. *d. c.* 13. Christin. *vol.* 2. *decis.* 102. *num.* 1. Illud etiam tenendum est, quamvis expensæ nominatim petitæ non sint, nihilominus tamen victum causa cognita victori in eas condemnandum esse, usque adeo ut si judex hanc condemnationem omiserit, rem periculi sui faciat, *d. l. properandum.* 13. §. *sive autem.* 6. *d. Nov.* 82. *c.* 10. Nic. Valla *de reb. dub. tract.* 1. *n.* 18. Gudelin. *d. cap.* 13. *vers. caterum.* Sichard. *ad d.* §. *sive autem.* 6. *n.* 18. ubi hanc sententiam in puncto juris veram esse fatetur post Salic. *ibid.* licet Bart. & comm. DD. contrarium teneant. Facta autem impensarum declaratione, judex eas taxare, & super iis juramentum victori deferre debet. Sichard. *in d.* §. *sive autem.* 6. *n.* 16. Gudelin. *d. cap.* 13.

4 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. *decis.* 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 judicii 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 moribus adhuc obtinet. Wesemb. *d. n.* 9. Sed neque advocati aut procuratores amplius in singulis causis jusjurandum præstant; verum semel in universum, cum designantur sive ad postulandum agendumve pro aliis admittuntur. Perez. *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 judices in singulis causis sacramenti religione obstringuntur, ut jurent, se ex vero & legibus judicaturos, *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, obliteratam antea & hic repudiatam, postea in usum revocare studuisse. *Nov.* 112. Gudel. *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 judex non possit ex officio victori impensas adjudicare, etiamsi petitæ non sint; sed quia, ut Bart. Bald. & DD. comm. *in d. l. properandum.* 13. §. *sive autem.* 6. *C. de judic.* censent, & usus judiciorum recepit, non tenetur. Cæterum impensæ satis petitæ intelliguntur secundum plerosque, si libello, ut fieri solet, adjecta sit clausula, *ut super omnibus optimo quoquo modo jus & justitia administretur.* Gail. 3. *obs.* 151. Mynsi. 4. *obs.* 55. Damhoud. *prax. civ. c.* 108. *& ibi in annot.* Nic. Tulden. 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 judex vi taxationis in sententia sibi reservatæ, utraque parte audita modum earum constituit, *art.* 95. *& seq. Instruct. Cur. Holl.* Merul. *lib.* 4. *dist.* 4. *sect.* 5. *tit.* 15. *& seq.* Gudelin. *d. c.* 13. *vers. ult.* Temerarii litigatores apud nos multantur hoc modo. Qui in oppidis aut apud Baillivum & Pares Curiæ 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, quòd petitum est, ut tamen hæc pœna non excedat summam sex florenorum. In pagis eadem temeritas coërcetur in actionibus realibus pœna unius floreni & decem assium: in personalibus pœna quinquagesimæ æstimationis rei petitæ, quæ tamen pœna non egrediatur summam trium florenorum, *art.* 22. *Ordin. Justit.* 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 Senatum, in florenos quinquaginta, *art.* 232. *Instruct. supr. Senat.* quæ pœnæ fisco cedunt, uti superiores officiario, add. *noviss. ampliat. Instruct. Cur. Holl. edit. ann.* 1644.

TEXTUS.

De infamia.

2. *Ex quibusdam judiciis damnati ignominiosi fiunt; veluti furti, vi bonorum raptorum, injuriarum de dolo; item tutelæ, mandati, depositi, directis, non contrariis actionibus: item pro socio; quæ ab utraque parte directa 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.*

NOTÆ.

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. *depos.* Nemo autem notatur, nisi qui ex his causis ob dolum ac perfidiam damnatus sit, *d. l.* 6. §. *ult. d. l.* 5. *depos.*

Sed & pacti] *d. l.* 1. *l.* 4. §. *ult. d. t.* Ratio est, quia intel-

intelligitur confiteri crimen, qui paciſcitur, *l. 5. eod.* utique ſi cum pretio quantocumque pactus ſit: non ſi gratis remiſſa ſit actio. Inhumanum enim eſſet, veniæ nullum locum dari *d. l. 6. §. 3.*

COMMENTARIUS.

1. *Judicia civilia ex delicto, quæ, qua conditione concurrente, famoſa?*
2. *Famoſam non eſſe actionem quod met. ca. neque interdicta, neque conditiones, 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?*

POena 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.

1 *Veluti furti, &c.*] Furti, rapinæ, injuriarum, de dolo malo damnati, edicto notantur infamia, *l. 1. de his qui not. 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, tametſi ipſi condemnentur, 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. ſi te. 12. C. ex quib. ca. infam.* item actio, quæ eſt adverſus mulierem, quæ ut in poſſeſſionem bonorum ventris nomine mitteretur, prægnantem ſe adſeveravit, cum prægnans non eſſet, aut ex alio concepiſſet, *l. notatur. 15. cum 4. ſeqq. eod.* 2 Actio autem quod metus cauſa famoſa non eſt, quoniam in hac ſatis viſum quadrupli pœna contumaciam coërceri. 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 competeret) non videtur tam atrocem pœnam mereri. Hotom. *hic.* Illud conſtat, in condictionibus ceſſare ignominiam, quamvis ex famoſis cauſis deſcendant, *l. ceſſat. 36. de obl. & act.* veluti in condictione furtiva & actione rerum amotarum, *per l. pen. de cond. furt. l. rerum. 26. de act. rer. amot.*

3 *Tutelæ, mandati, depoſiti, pro ſocio*] Etiam quatuor hæc judicia ex contractu proficiſcentia, tutelæ, mandati, depoſiti, pro ſocio, famoſa ſunt, notanturque his judiciis damnati, ſi tres hæ 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 not. 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 condemnabitur, ſed procurator ejus; *l. 1. C. de ſent. & 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 ſimil. 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 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 ob dolum defuncti ex contractibus in ſolidum teneantur, nunquam tamen ita tenentur, ut damnatos ſequatur infamia. Secunda conditio eſt, ſi quis ex his cauſis ob dolum ac perfidiam damnatus ſit, *l. 6. §. ult. de his qui not. infamia. l. 5. depoſ. §. ſuſpectus. 6. de ſuſp. tut.* Neque enim convenit, infamiæ notam cuiquam inuri, qui nihil turpe admiſit, 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 judicio 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 judicio agenti abeſt, *d. l. 6. §. ultim. eodem titul. d. l. 5. depoſ.* 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 judicio de fide violata agitur, & damnatus notatur infamia: ut in ſpecie *d. l. 6. §. antepen. de his qui not. infam.*

Tutelæ, mandati, depoſiti, pro ſocio] Quid ergo? an 4 reliquis bonæ fidei judiciis, puta empti, venditi, locati, conducti, commodati, actione pigneratitia, ob dolum & perfidiam damnati, infames non erunt? Et cum prætor quatuor illa, quæ hic proponuntur, nominatim exceperit notaveritque, haud dubiè 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 amicitiæ; quod majoris eſt improbitatis: nam quod de mandato non ex fide geſto ait M. Tullius *pro Roſc. Amerin.* eo nomine non minus turpe judicium conſtitutum eſſe, quam furti; propterea quod hæc culpa duas res ſanctiſſimas violat, amicitiam & fidem; id non magis ad mandati judicium, quam ad tria reliqua, tutelæ, depoſiti, pro ſocio, pertinet,

add. Coraſ. 4. *miſc.* 19. Don. 18. *comm.* 8. Hodiernis moribus nulla judicia 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.* Zypæ. *not. jur. eod. tit.* Groenew. *de ll. abrog. hic.*

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 judicato eſt, *l.* 1. *de confeſſ.* Quod tamen ita acceptum eſt, ſi quis cum pretio quandocumque 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 ſumma.* 10. *de injur.*

TEXTUS.

De in jus vocando.

3. *Omnium autem actionum inſtituendarum principium ab ea parte edicti proficiſcitur, qua prætor indicit de in jus vocando. Utique enim in primis adverſarius in jus vocandus eſt, id eſt, ad eum vocandus, qui jus dicturus 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 judicii inſtituendi, & prima ordinis judiciarii pars, *l.* 1. *C. de exc. rei jud.*

Parentibus & patronis] *l.* 4. *cum ſeqq. de in jus voc.* §. 12. *ſup. de act.* Macrob. 7. *Saturn.* 5. *Ab auctoritate veſtra tanquam ab edicto prætoris impetrata venia.*

Solidorum quinquaginta] *l. pen. d. t.* quod ſi libertus inopia laboret, à præfecto urbi, quaſi inofficioſus caſtigatur, *l. ult. eod.* Unde vulgo dici ſolet, *qui non habet in ære, luat in pelle.*

COMMENTARIUS.

1. *Partes proceſſus judiciarii.*
2. *An in jus vocatio pars ſit judicii?*
3. *Effecta in jus vocationis.*
4. *Omiſſa in jus vocatione nihil cognoſci aut ſtatui poſſe.*
5. *Quid interſit inter citare, & in jus vocare?*

COncluditur hoc loco tractatio de actionibus, ad quam omnia, quæ hactenus dicta ſunt, pertinent; doceturque, actionem omnem inſtituendam eſſe apud magiſtratum, cujus de ea re juriſdictio eſt, vocato prius ad eum adverſario.

Actionum inſtituendarum principium] Proceſſus judiciarii 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 judiciarii pars eſt in jus vocatio: ab ea enim, ut hic dicitur, omnium actionum inſtituendarum initium proficiſcitur. Quidam & judicii partem eſſe contendunt: ſed hoc alii & plures negant; quoniam judicium non ante cœptum 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. Diſſidium non difficile compoſitu. Nam aut vocem judicii latius accipimus pro toto litis tractu ab in jus vocatione uſque ad executionem, quæ proceſſus judiciarii 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 judices pedaneos expediebantur, nempe pro progreſſu judicii 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 judicii eſt, quam litis conteſtatio, &c. Poſteriore propriè judicii pars non eſt: quanquam nihil vetat, partem judicii etiam propriè dicti vocare id principium, quod judicium ita antecedit, ut ſine eo ad illud non perveniatur. Unde etiam, qui partem eſſe judicii negant, eam vocant principium, baſin & fundamentum proceſſus. Gail. *d. obſ.* 48. & *dict. obſ.* 74. *num.* 1. 1

Effecta in jus vocationis hæc ferè ſunt. 1. Ut ſi quis poſtea quam in jus vocatus eſt, alterius fori eſſe cœperit, puta mutationis domicilii, aut privilegio proprii judicis quæſito, is in ea cauſa jus forum revocandi non habeat, quaſi vocatione præventus, *l.* 7. *de judic.* 2. Quod perpetuat juriſdictionem judicis delegati, hoc eſt, ut 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. *pract. qu.* 15. *n.* 6. 3

In primis adverſarius in jus vocandus eſt] Qui judicio 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 judicio contendere; & ſi contendendum putet, ut veniat inſtructus, *l.* 1. *de edend. auth. offeratur. C. de lit. cont.* Unde intelligimus, hunc actum 4 omnino neceſſarium eſſe, eoque omiſſo nihil cognoſci,

noſci, nihil ſtatui poſſe: & ſi contra factum ſit, id pro infecto habendum, nec rei judicatæ auctoritatem obtinere, *fac. l. 4. C. de ſent. & interloc.* & merito: quoniam ſic deficit una ex perſonis, quæ ad conſtitutionem judicii neceſſario requiruntur: neque judex contra jus naturale & divinum reum privare debet defenſione; quæ naturalis eſt. Clement *paſtoralis. de re jud.* Pet. Gregor. 48. *ſyntagm. 2. n. 28.* Damhoud. *prax. 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 dicturus ſit] In jus vocare, eſt ad eum vocare, qui jus dicturus eſt, juris experiundi gratia, *l. 1. de in jus voc. & hoc text.* Judicem igitur, ad quem vocatio fit, oportet aut tribunali præeſſe, aut aliam juriſdictionem habere. Ad eum, qui nudam duntaxat notionem habet, hoc eſt, ad judicem pedaneum vocatus, impunè 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 judicioque experiri, ſive agere de re, quæ in judicium 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 judicium, & in quavis parte judicii; velut cum quis citatur ad audiendam ſententiam, ad videndum jurare teſtes, &c. cum in jus vocatio de prima illa citatione, quæ judicium præcedit dicatur 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.* Chriſtin. *vol. 2. dec. 89.*

Parentibus & patronis] Hac de re copioſe explicatum eſt ſub §. *pœnalis. 12. ſup. de actionib.*

TITULUS DECIMUSSEPTIMUS.

DE OFFICIO JUDICIS.

Continuatio. Quid ſit litis conteſtatio. An ea à parte rei aliquando per affirmationem aut confeſſionem inducatur: ejus effecta & quibus in cauſis non neceſſaria.

SI 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. Rævard. *pro tribun.* 11. Cujac. 9. *obſ.* 21. Per litis conteſtationem poteſtas fit judici de re cognoſcendi & judicandi: ante nihil cognoſci, aut definiri poteſt. *Nov. 53. c. 4. tot. tit. ꝛ. ut lit. non cont. non proc.* Eaque ſic rectè nunc definietur (nam vetus conteſtatio ſublata eſt, licet nomen manſerit) negotii hinc inde apud judicem facta narratio, continens petitionem actoris, & ad eandem rei conventi reſponſionem 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 & reſponſio ſeu contradictio rei litis conteſtationem inducit, ſed diſtincta, & quæ ſtatum cauſæ judici demonſtrat. Cumque lis eſſe non poſſit, niſi unus affirmet, alter neget, apparet, litis conteſtationem non fieri, niſi quemadmodum definivi, 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 male igitur Gloſſa in *cap. unic. ꝛ. 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 concluſie genomen / dat den** *impetrant* **ſijnen eyſch ende concluſie ſal zijn ontſeydt**) judicium 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 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 omiſſæ, 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 univerſum actoris 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 mutuæ (reconventionem vocant pragmatici) obnoxium reddit, *l. qui non cogitur. 22. eod. tit. l. 14. & auth. Et conſequenter. C. de ſentent. &*

interloc. Illud omnes passim notant, omissa litis contestatione processum vitiari: quanquam sunt quædam causæ, quæ contestationem non desiderant; quales sunt causæ appellationis, summariæ, notoriæ, & ubi periculum in mora. Mynſ. 1. *obſ.* 1. & 38. & 3. *obſ.* 74. Gail. *dd. 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.

Supereſt, 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 latæ ſunt, non de ipſis, ſed ſecundum ipſas judicandum eſt, & Nov.* 126. *cap.* 1. jubentur judices νόμοις ἐγνωσμένην διδόναι ψῆφον, *legibus cognitam edere ſententiam*, in quas jurabant Athenis & Romæ.

Aut conſtitutionibus] Sententia, quæ expressim lata est contra legum, constitutionum, morumve præscripta, adeo inutilis est, ut ne appellatio quidem necessaria, *leg.* 19. *de appell. l.* 1. §. 2. *qua ſent. ſin. 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 ſententiæ nullius momenti: quæ item, licet injuſtæ, valeant, niſi provocetur: & quid circa hæc in Belgio.*
5. *Utrum judex ſecundum conſcientiam ſuam, an ſecundum acta & probata judicare debeat.*
6. *Omnes judices, etiam ſupremos, ſecundum leges & mores judicare debere: & ſecundum quæ jura judicetur in his provinciis.*

1 ALiud est veteribus officium jus dicentis, aliud officium judicis, de quo hic quæritur: alterum enim jurisdictionis est, alterum nudæ notionis. Illud interpretes vulgo officium judicis nobile vocant, hoc mercenarium, verbis magis, quam sensu inconcinno. Ad officium jus dicentis hæc pertinent: minores facilitate sua læsos in integrum restituere; *l.* 1. §. 1. *de minor.* bonorum possessionem dare; in possessionem mittere; pupillis minoribus tutores curatoresve non habentibus constituere; judices litigantibus dare, jubere cavere prætoria stipulatione; *l.* 1. *l.* 4. *de juriſd.* sententiam judicum 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 solius actoris supplicationem jubet supersedere 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 prætoria & 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 qua re.* 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 maximè 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. & Gravat. *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, quæ ad probationem afferuntur; neque id perfunctorie aut summatim, ut interdum fit, cum de re aliqua non ex professo agitur, sed duntaxat per occasionem, ubi judex præsentem probationem sequens, id quod contra affertur, si altiorem quæstionem habeat, in aliud tempus rejicere solet; *l.* 3. §. 4. *de Carb. edict. l.* 15. §. 4. *de re jud.* (consule de causis summarii judicii & perfunctoriæ cognitionis Vestrium *pract. aul. Rom. lib.* 5. *cap.* 1. & *ſeq.* Damhoud. *prax. civ. cap.* 22. & *ſeq.* Mynſ. 3. *obſ.* 70. & 6. *obſerv.* 16.) verum ut in justo judicio, adhibita plena & justa inquisitione. Est autem plena & justa inquisitio ac cognitio, cum judex nihil eorum, quæ ad intentionem actoris & defensionem rei pertinentia afferuntur, quæque judicii natura non repudiat, prætermittit, quin audiat cognoscatque, *l.* 9. *C. de judic. & ib. DD.* Causa sic disceptata ac cognita, supereſt, ut judex, qui de re cognovit, etiam judicet seu sententiam ferat, *l. de qua.* 74. *de judic.* in qua ferenda quid pro officio observare debeat, docet deinceps Justinianus.

Nec aliter judicet, quam legibus] Judici permissum 3
non est, quo velit modo, ita judicare: quippe qui legum minister, non arbiter est. Sed cavere debet,

ne

ne aliter judicet, quam legibus aut moribus eſt proditum, *hoc text. l. nemo.* 13. *C. de ſent. & interloc. auth. jubemus. C. de judic. Nov.* 126. *cap.* 1. ubi jubentur judices νόμοις ἐγνωσμένην διδόναι ψῆφον, *legibus cognitam edere ſententiam.* Cui conſentaneum eſt, quod principes humanæ ſapientiæ Plat. & Ariſt. non uno loco tradiderunt, judicem legibus alligatum eſſe oportere. Et illud Auguſt. *c.* 3. *diſt.* 4. Poſtquam leges latæ ſunt, non de ipſis, ſed ſecundum ipſas judicandum. Poteſt ſane judex verba legis, ſi duriora videantur, æquitate quadam flectere, ut voluntatem legiſlatoris conſervet: quinimo id facere jubetur, *l. benignus.* 18. *de legib.* atque in re omni æquitatis potius, quam ſtricti juris rationem habere, *l.* 8. *C. de judic. Scriptum ſequi*, ait M. Tullius *in ea pro Cæcin. cap.* 23. *calumniatoris eſt: boni judicis, ſcriptoris voluntatem auctoritatemque defendere.* At enim 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. proſpexit.* 12. §. 1. *qui & à quib. man.* hic judex non poteſt prætextu æquitatis à verbis legis recedere, ne ſimul faciat contra legis ſententiam, nec tam interpretetur legem, quam tollat; quod ſolius eſt Principis, hoc eſt, ejus cujus eſt & legem condere, *l.* 1. *l. ult. C. de legib.* Gudelin. *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. jud.* quæ ex ſcripto recitata non eſt, *C. de ſent. ex brevic. rec.* quæ abſolutionem aut condemnationem non continet, *l.* 3. *C. de ſent. & interl.* quæ ſine certa quantitate prolata. *C. de ſent. quæ ſine cert. quant.* quæ lata eſt contra rem judicatam, à qua provocatum non eſt, *l.* 1. *C. quand. prov. non eſt nec.* quæ expreſſim contra leges, Senatusconſulta, aut conſtitutiones data, *l. ſi expreſſim.* 19. *de appell. l.* 1. §. 2. *quæ ſent. ſin. app. l.* 2. *C. quand. prov. non eſt nec.* & ſi quæ ſunt ſimiles. Cumque hujusmodi ſententiæ auctoritatem judicati non habeant, etiam ſine appellatione cauſa denuo induci poteſt, *dd. ll.* Sed quid ſi horum nihil objici poſſit, & tamen ſententia injuſta dicatur? Placet, ſententiam valere, & ſtandum eſſe rei judicatæ, 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. reſc.* Verum hoc ita eſt, ſi nihil amplius proponatur, quam, ſententiam in hypotheſi injuſtam eſſe; quia de jure litigatoris judex pronuntians eum condemnavit, quem abſolvere debeat, aut contra. Ut ecce, actor centum nomine ſortis & viginti uſurarum nomine petit: reus negat, uſuras uſurarum à ſe peti poſſe ex conſtitutionibus: judex reum in eam quantitatem, quæ petita eſt, condemnat, exiſtimans, eas conſtitutiones nihil ad rem facere: Quamvis judex id imperitè & injuſtè faciat, rei tamen judicatæ ſtandum eſſe reſponſum eſt, *d. l. præſes.* 27. junct. *d. l. cum prolatis.* 32. *de re jud.* Diverſa cauſa eſt, ſi pronuntiaſſet, uſuras uſurarum peti poſſe: tunc enim una cum reo conſtitutiones ipſas damnaret: qualis ſententia cum non ſolum ἄδικος ſit, ſed etiam παράνομος, 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 appell. d. l.* 1. §. 2. *quæ ſent. ſin. app.* ubi & aliud exemplum habes ad utramque partem hujus diſtinctionis accommodatum, *d. l.* 2. *C. quand. prov. non eſt nec.* ubi item exemplum aliud. Adi de tota hac re Vant. *de null. ex defect. proc. n.* 118. *& n.* 122. *& ſeqq.* Zaſ. Duar. & DD. *in d. l. præſes.* 27. *de re jud.* ubi rectè obſervant, verba *condemnavit contra leges & ſacras conſtitutiones*, non eſſe judicis pronuntiantis, ſed Juriſconſulti caſum referentis. Add. D. Chriſtin. *vol.* 4. *dec.* 117. ubi poſt D. Leonin. *conſ.* 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. tit. C. in fin.* ſententias judicum in his regionibus ipſo jure irritas aut nullas non eſſe. Et igitur in ſtatu juridiciali ſeu quæſtione juris, quod judicem ſequi oporteat, in medio poſitum eſt: ſi quidem ex jure, quod certum eſt, & notum ei eſſe debet, ſententiam feret, tametſi à litigatoribus, aut eorum advocatis non allegetur aut probetur, *l. un. C. ut quæ deſ. 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 judicandum, *l.* 6. §. 1. *de off. præſ.* 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, judex ſupplebit, arg. *d. l. un. C. ut quæ deſ. advoc. ubi Gloſſa & DD.* niſi factum actis continetur, puta exceptio aliqua, quæ non fuit allegata ex inſtrumento, quo probatur obligatio & actio, appareat. Ranchin. *in not. ad* Guid. Pap. *q.* 221. Chriſt. *vol.* 2. *deciſ.* 165. *num.* 1. Quoniam autem judex in judicando ſequi jubetur rerum probatarum fidem, *d. l.* 5. §. 1. *de offic. præſ.* plerique cenſuerunt, etiamſi liquido judici conſtet, falſitate aliqua vel teſtium vel inſtrumentorum bonam cauſam lædi, tamen ſecundum acta & probata, ut loquuntur, eum judicare debere, non ſecundum privatam ſcientiam; 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 quæ deciſ. adv.* Covar. 1 *reſ.* 1. Clar. *lib.* 5. §. *fin. pr. crim. q.* 66. *n.* 2. Cacheran. *dec.* 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

aut credat, aut parum probatum sibi opinetur, *l. 3. de testib.* & prout religio suggerit, sententiam proferre, *l. eum quem. 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. præs.* nam & ibi jubetur præses, non tam instrumentis, quæ vitiosa & falsa esse possunt, quam rei veritate, quæ ex iis, quæ probantur, perspicitur, moveri. Itaque arbitror, & 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. fere Coras. 4. *misc.* 20. Hotom. *illustr. quæst.* 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. præs.* Cæterum est hæc quæstio de raro contingentibus, cum difficulter contingere possit, ut vera judicis scientia pugnet cum testimoniis aut instrumentis quibus nihil objici queat.

6 *Legibus, constitutionibus, aut moribus proditum.*] Præceptum 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 præsidibus 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 εὐνομίαν, confugiunt. Gudelin. *lib.* 1. *de jur. noviss.* Christin. *vol.* 1. *decis.* 343. Grot. 1. *manuduct. 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 condemno, aut noxam dedere.*

NOTÆ.

1. *Noxali judicio aditus*] Cujac. *addictus*, vel *ad litus*: sed hujusmodi verba parum conveniunt moribus sæculi Justinianei, quo impetrationes actionum jam sublatæ erant. Wes.

COMMENTARIUS.

UT sententia judicis valeat, & res judicata esse intelligatur, necesse est reum aut absolvi aut condemnari, *l. 1. de rejud. l. 3. C. de sent. & interloc.* Condemnatio autem in certam rem vel quantitatem fieri debet: incerta & vaga vim sententiæ non habet, §. *curare.* 32. *sup. de act.* nisi natura rei petitæ obstet, quominus certa sententia ferri possit; veluti in judiciis universalibus, qualia sunt petitio hæreditatis & actio familiæ erciscundæ; aut si plures res generaliter aut disjunctim promissæ petantur: nam eodem modo condemnatio facienda, ne per sententiam reo auferatur jus electionis, vid. *not. sub d. §. curare.* 32. 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 rejud.* quod alibi quoque monuimus *sub §. 2. de noxal. act.*

Aut noxam dedere] Τὸν βλάψαντα, 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 petitorem judicaverit, absolvere debet possessorem: sive contra possessorem, jubere ei debet, ut rem ipsam restituat cum fructibus. Sed si possessor neget, in præsenti 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 hæreditas petita sit, eadem circa fructus interveniunt, quæ diximus intervenire de singularum rerum petitione. Illorum autem fructuum, quos culpa sua possessor non perceperit, sive illorum, quos perceperit, in utraque actione eadem ratio pene habetur, si prædo fuerit. Si vero bonæ 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.*

No-

NOTÆ.

2. *Et ſine fruſtratione*] Theoph. ὲ δὲ ἀνεὺ ἐνεδρείων. non moræ aut fruſtratoriæ 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 petitæ æſtimationem: neque enim malitiis indulgendum eſt.

Eadem ratio pene] Τὸ *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. & 2. *C. eod.* Cujac.

Si prædo] *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 hær. pet.*

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 judicatis indultum in actionibus in perſonam: & quid hic juris apud Batavos?*
2. *Qui poſſeſſores quos fructus quatenus reſtituere debeant, ſummatim.*

HOc §. 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. Julianus.* 17. §. 1. *l. præterea.* 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. ejus rei.* 46. *de rei vind. l.* 5. *l.* 8. *de in lit. jur.* Nonnunquam & poſſeſſori ob contumaciam, manu militari ſeu per executores litium rem auferri, puta ſi id petitor maluerit, & ſua intereſſe doceat, *l. qui reſtituere.* 68. *de rei vind.* quomodo apud nos ſemper proceditur, *art.* 172. *Inſtr. Cur. Holland.* add. *not. ſub* §. *præterea.* 31. *ſup. de act.* Poſtremo & victum victori in expenſas litis condemnandum, niſi juſtam cauſam litigandi habuerit, *l.* 13 §. *ſive autem.* 6. *C de judic.* de quo explicatius *tit. præc. ſub* §. 1.

Cum fructibus] Etiamſi 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 permiſſum eſt; quamvis prætor nullam ejus in formula mentionem fecerit, *l. plane.* 38. *de hær. pet. l. ſi reus.* 73. *de procur. l.* 9. §. 1. *de furt. l. qui per colluſionem.* 49. §. 1. *de act. empt.* adde Myul. 4. *obſ.* 55. Chriſtin. *vol.* 2. *deciſ.* 105. *n.* 2. Vant. *de nullit. ſent. ex defect. proc. n.* 97. ubi ait petitionem fructuum tacite & virtualiter petitioni rei ineſſe. Diſſent. D. Tulden. *comm. hic. cap.* 8. & D. Perez. *ad tit. C. de re vind. num.* 16.

Sed ſi poſſeſſor] Si poſſeſſor cauſetur, ſe non poſſe 1
in præſenti 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 petitæ 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, *auth. hodie. C. de appell.* introducendæ viginti apud nos conſtituti ſunt. *Inſt. Cur. Holl. art.* 198. & 206. Notat hoc D. Merul. *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. §. 11. *de hæred. petit.* 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 τὸ *pene.* Malæ autem fidei poſſeſſor fructus omnes, etiam qui conſumpti ſunt, una cum re reſtituere debet, *d. l.* 40. §. 1. *l.* 29. *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. bonæ fidei* 48 §. 1. *de acq. rer. dom.* Denique poſſeſſores omnes poſt litem conteſtatam pares ſunt, & tanquam malæ fidei poſſeſſores tenentur, *l. ſed etſi.* 25, §. *ſi ante.* 7. *de hær. pet. d. l.* 22. *C. de rei vind. l.* 2. *C. de fruct. & lit. expenſ.* Fuſius hæc explicui *ſup.* §. 35. *de rer. diviſ.* & *lib.* 1. *ſel. quæſt. cap.* 25. & *ſeq.*

TEXTUS.

De actione ad exhibendum.

3. *Si ad exhibendum actum fuerit, non ſuf-*

ficit, 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 à poſſeſſore, nihilominus condemnabitur. Præterea fructuum medii temporis, id eſt, ejus, quod poſt acceptum ad exhibendum judicium, ante rem judicatam, interceſſerit, rationem habere debet judex. Quod ſi negat reus cum quo ad exhibendum actum eſt, in præſenti ſe exhibere poſſe, & tempus exhibendi cauſa petat, idque ſine fruſtratione poſtulare videatur, dari ei debet, ut tamen caveat, ſe reſtituturum. Quod ſi neque ſtatim juſſu judicis rem exhibeat, neque poſtea ſe exhibiturum caveat, condemnandus ſit in id, quod actoris intererat, ſi ab initio res exhibita eſſet.

NOTÆ.

3. *Ut etiam rei cauſam*] Id eſt, commoda rei externa, puta, fœtus animalium, partus ancillarum, utilitates amiſſæ, &c. *l.* 9. §. *pen. & ult. ad exhib.*

Uſucapta ſit] *d. l.* 9. §. 6. Uſucapio ex ratione juris veteris non interrumpitur 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, juſta ex cauſa, *l.* 5. §. *ult.* ubi & juſtæ cauſæ hujus generis indicantur, *l.* 12. §. 3. *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 præcurſio 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. tit.* Eſt autem exhibere, rei in publico poteſtatem facere tum videndæ tum contrectandæ, ut experiundi ſit copia, *l.* 2. *eod.* 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. Cæterum 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.* 5. *l.* 10. *& ſeq. eod.* Per cauſam rei ſignificantur commoda rei externa, puta fœtus 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 judicii res uſucapta] *L.* 9. §. *proinde.* 6. *ad exhib.* Nam ex ratione juris veteris per litis conteſtationem uſucapio naturaliter non interrumpitur, 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.* 12.

Fructuum medii temporis] Commoda quoque rei externa, ut fructus, puta fœtus animalium, item partus ancillarum, una cum exhibitione in hoc judicio veniunt, *d. l.* 9. §. *pen* Quod tamen haud dubie ſic accipiendum ſi poſſeſſor hac actione victus de re ipſa, porro contendere judicio 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. Poſſe autem hanc actionem una cum principali eodem libello proponi, quia id ad compendium litis tendit; ita tamen ut judex non una cognitione utramque expediat, ſed prius cognoſcat & pronuntiet de præparatoria, docent Oldend. *Claſſ.* 3. *act.* 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 judice 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. *& ſeq. ad exhib.* Harum autem rerum duplex officio judicis 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.

TEX-

TEXTUS.

Familiæ erciſcundæ.

4. *Si familiæ erciſcundæ judicio actum ſit, ſingulas res ſingulis hæredibus adjudicare debet: & ſi in alterius perſona prægravare videatur adjudicatio, debet hunc invicem cohæredi certa pecunia (ſicuti jam dictum eſt) condemnare. Eo quoque nomine cohæredi quiſque ſuo condemnandus eſt, quod ſolus fructus hæreditarii fundi perceperit, aut rem hæreditariam corruperit, aut conſumpſerit. Quæ quidem ſimiliter inter plures quoque quam duos cohæredes ſubſequuntur.*

NOTÆ.

4. *Aut rem hæreditariam corruperit*] Vel quod cohæres in rem communem neceſſarias impenſas fecerit: quæ ſunt hujus judicii præſtationes perſonales, de quibus dictum *ſup. §. 3. de obl. quaſ. ex contr.*

COMMENTARIUS.

TRitum 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 quæ 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, quæ in his judiciis permiſſæ.

Singulas res ſingulis hæredibus] Judicium familiæ erciſcundæ duo continet, rerum hæreditariarum diviſionem, & quaſdam præſtationes perſonales, quibus ſcilicet hæres hæredi propter communionem rerum obnoxius eſt. In rerum diviſione hæc obſervare judex familiæ erciſcundæ debet, ut res ſingulas ſingulis hæredibus adjudicet, ut hic ait Juſtinianus. Quod tamen non ita accipiendum eſt, quaſi ſemper & neceſſario hæc ratio diviſionis ineatur: nam ſi fundi hæreditarii commode per regiones dividi poſſunt, nihil impedit, quo minus ita dividantur; ſed quoniam in pleriſque rebus hæc diviſio commodiſſima eſt.

Debet hunc invicem] Cum impar adjudicatio eſt, is cujus pars præponderat, viciſſim in certam pecuniam conſorti damnandus eſt, ut æqualitas per omnia conſervetur, *l. Mævius 52. §. 2. l. ſi familiæ. 55. fam. erciſc.*

Eo quoque nomine] Hæres cohæredi eo quoque nomine judicio familiæ erciſcundæ condemnandus eſt, quod ſolus fructus fundi hæreditarii perceperit, vel rem hæreditariam corruperit, conſumpſeritve, vel quod cohæres in rem communem impenſas fecerit, quas propter partem ſuam neceſſe habuit facere, *l. & puto. 16. §. pen l. his conſequenter 18. § 3 l. hæredes. 25. §. ſi unus. 15. §. item culpa. 18. l. inter coheredes. 44. §. quod ex facto. 5. fam. erc.* Atque hæ ſunt hujus judicii præſtationes perſonales, de quibus fuſius alibi explicatum eſt, *ſup. de obl. quæ quaſ. ex contr. §. 3. & ſup. de act. §. quædam. 20.*

TEXTUS.

Communi dividundo.

5. *Eadem interveniunt, etſi communi dividundo 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 prægravare 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.*

NOTÆ.

5. *Partes ejus ſingulis*] Diviſio prædii 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 ſenſus, ſi res aut non commode, aut non omnino partes pro diviſo recipiat, veluti ſi agatur de ſervo, aut jumento, totam uni adjudicandam, eumque alteri certa pecunia condemnandum, *l. 3. C. eod.*

COMMENTARIUS.

JUdicium communi dividundo, ut ſine eodem, ita iiſdem rebus conſtat, quibus judicium familiæ erciſcundæ, rerum ſcilicet communium diviſione & iiſdem præſtationibus perſonalibus, *l. 3. comm. div.* Atque hinc & in diviſione rerum, in earum adjudicatione & condemnatione mutua, & in præſtationibus perſonalibus, idem in hoc quoque judicio obſervatur, *d. l. 3. l. 6. §. 1. & ſeqq. eod.*

Quod de una re] Cum de re una dividenda agitur, ſiquidem ea commode dividi poteſt, veluti fundus per regiones, ſingulæ ſingulis portiones adjudicandæ & 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 ſervo 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: quæ ſane uno caſu neceſſaria eſt, ſi evi-*

dentioribus finibus distingui agros commodius 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. Contumaciæ quoque nomine quisque eo judicio condemnatur; veluti si quis jubente judice metiri agros passus non fuerit.

NOTÆ.

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.*

Contumaciæ quoque nomine] *d. l.* 4. §. 3. Condemnabitur autem contumax in id, quod adversarii interest. Nam multam irrogare magistratus est, non pedanei judicis.

COMMENTARIUS.

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 restituatur, *l.* 4. *pr. l.* 8. *pr.* & §. 1. *fin. reg.* quo intuitu actio finium regundorum dicitur pro vindicatione esse, *l.* 1. *eod.* & causæ proprietatis cohærere, *l.* 3. *C. eod.*

Uno casu necessaria est] Si de finibus constet 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 literis.* 3. *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.* Mynsi. 6 *obs.* 27. Uno autem casu permittitur adjucatio, 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 adjici, res tranfigenda adjudicatione & condemnatione, *d. l.* 2. §. 1. *l.* 3. *l.* 4. *eod.* De probatione finium adeundi Hieronym. de Monte *tract. fin. reg. cap.* 50. & *seqq.* Mynsi. 6 *obs.* 25. Wesemb. *par. hoc tit. n.* 7. Christin. *vol.* 2. *decis.* 183. *n.* 5. & *seqq.*

Evidentioribus finibus] Quippe publice interest, evidenter distinctos esse agrorum terminos. Ovidius 2. *Fastor. v.* 660. de Deo Termino:

Omnis erit fine te litigiosus ager.

Circa fines 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 patiatur. 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. & *seq.* Mynsi. 6. *obs* 27. Christin. *vol.* 2. *decis.* 184. & *seq.* 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 pœna esse solet contumaciæ, non pedanei juris, sed magistratus est. De delictis admissis 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 coërcere. Juxta *l.* 5. & *l.* 3. *de term. mot.* Neque ea mens Justiniani est; sed hæc, delinquentem etiam hujus admissi 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. & *seq.* D. Tulden. *comment. hic. cap.* 6.

Lapides finales] Sive terminales, qui & grumi: οἱ τῶν ὅρων λίθοι, οἱ διορίζοντες τὰς ὅρους λίθοι, qui fines & terminos distinguunt.

TEXTUS.

De adjudicatione.

7. Quod autem istis judiciis alicui adjudicatum fuerit, id statim ejus fit, cui adjudicatum est.

NOTÆ.

7. *Ejus fit, 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.*

COMMENTARIUS.

QUod in tribus istis judiciis, familiæ erciscundæ, communi dividundo, finium regundorum, uni ex cohæredibus, 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 ad judicatum 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 haberent 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. *& ſeq.* VINN. Qui vulgaris error etiam eo argumento profligatur, quod, ſi dominium ex ſententia judicis transferretur ſemper, neceſſario actionem judicati oporteret eſſe realem, quia rem ſuam extra condictionem furtivam nemo condicit. §. 14 *Inſt. de action. l. ult. ff. uſufr. quemadm. cav.* Atqui perſonalem eam actionem eſſe inter omnes conſtat. HEIN.

TITULUS DECIMUSOCTAVUS.

DE PUBLICIS JUDICIIS.

Dig. Lib. 48. *Tit.* 1.

Ratio hujus tractationis.

ABſoluta pro modo inſtituti operis ea parte juris, cujus ſolius tractatio ſuſcepta eſt, ſcilicet tractatione juris privati, attexit 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.

TEXTUS.

De differentia à privatis.

Publica judicia neque per actiones ordinantur, neque omnino quicquam ſimile habent cum cæteris judiciis, de quibus locuti ſumus: magnaque diverſitas eorum eſt & in inſtituendo & in exercendo.

NOTÆ.

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. c.* 2. Briſſon. 2. *ſelect. Ant. c.* 1. Poſtea extra ordinem exerceri cœperunt, durante tamen legum pœna, *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.

COMMENTARIUS.

JUdicia privata quomodo conſtituantur & exerceantur, 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 mediæ 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 deſiit, & de criminibus publicis, extra ordinem, præfecti vel præſides cognoſcere cœperunt, durante tamen pœna legum. *l.* 8. *de publ. judic. l. in Senatuſconſultum.* 15. §. 1. *ad Senatuſc. Turpill. l.* 1. §. *ult. l. hodie.* 13. *de pœn.* Illud etiam manſit, ut is, qui accuſare paratus eſt, ad eum, cui judicii publici exercitio obtigit, rei nomen deferat, idque recipi poſtulet, & qua 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 calumn.*

TEXTUS.

Etymologia.

1. *Publica autem dicta ſunt, quod cuivis ex populo executio eorum plerumque datur.*

NOTÆ.

1. *Quod cuivis 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 cuivis è populo patet: privata tamen eſt reſpectu cauſæ, *l.* 30. §. 3. *de jurejur.* junct. *titul. de pop. action.*

COMMENTARIUS.

1. *Libertatem accuſandi hodie ſublatam.*
2. *Criminalia judicia nunc omnia publica facta.*

Cuivis ex populo] D. Hotomannus contra ideo hæc judicia publica dici exiſtimat, quia cauſæ publicæ ſunt, quæ æquè & univerſè ad omnes pertineant. Sanè ſi ratio quæritur, cur hæc potiſſimum judicia publica facta ſint, eorumque perſecutio cuivis è 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 Chryſoſt. *Homil. ad Antioch.* Κοινόν ἐστι τὸ ἔγκλημα, δημόσιον τὸ ἀδίκημα, ἔξεστιν ἑκάστῳ τῶν βουλομένων κατηγορεῖν.

Plerumque] Pro *fere* dixit, illud ſignificans, quod Ulpianus *l. palam.* 42. §. *ſenatus.* 10. *de rit. nupt.* ſcribit, publico judicio cuivis ex populo experiri licere, niſi ſi cui lege aliqua accuſandi publico judicio non eſt poteſtas. Intelligit autem eos, qui enumerantur *l.* 8. 1 *l.* 9. *& ſeq. de accuſ.* Hodie hæc libertas accuſandi ſublata eſt, neque amplius quilibet è populo ad accuſationem admittitur, ſed ſoli advocati procuratoresve fiſci aut Balivi jus accuſandi & crimina perſequendi habent, ubi vindicta publica agitur. Quod politici judicant 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 2 munere demandato publicæ alicui perſonæ. Sed & hodie omnia judicia criminalia publica videntur: nam videmus, in omnibus fere criminibus nunc per inquiſitionem procedi, quæ nota videtur publicorum judiciorum; & accuſantibus procuratoribus fiſci 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. *quæſt.* 1.

TEXTUS.

Diviſio.

2. *Publicorum judiciorum quædam capitalia ſunt, quædam non capitalia. Capitalia dicimus, quæ ultimo ſupplicio afficiunt homines, vel etiam aquæ & 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*] Ultimum ſupplicium mortem ſolam interpretamur, *l.* 21. *de pœn.*

Cum damno pecuniario] Aut in corpus aliqua coërcitione, *d. l.* 2. *hoc tit.* Exempla ſunt in §. 4. *&* §. 8. *inf. eod.*

COMMENTARIUS.

Capitalia 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.* Ultimum autem ſupplicium eſſe mortem ſolam interpretamur, *l. ultimum.* 21. *de pœn.* Sane interdum etiam noſtri id ſolum capitale vocant, cujus non alia pœna, quam mors eſt; ſed καθ' ἐξοχήν. *l.* 4. *de pœn. l. tranſigere.* 18. *C. de tranſact.* Qui gradus ſint capitalium criminum, docet *l. capitalium.* 28. *de pœn.*

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 coërcitio poena eſt, *d. l.* 2. *hoc tit. 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, quæ in eos, qui contra Imperatorem vel rempublicam aliquid moliti ſunt, ſuum vigorem extendit. Cujus pœna animæ amiſſionem ſuſtinet, & memoria rei etiam poſt mortem damnatur.*

NOTÆ.

3. *Animæ amiſſionem*] ψυχῆς ἀπώλειαν. *Anima* pro *vita* Salluſt. *Catil. c.* 20. *Libertas & anima noſtra 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 pœn.*

COMMENTARIUS.

1. *Quadruplex differentia inter crimen perduellionis & majeſtatis in ſpecie?*
2. *Specialia circa pœnam hujus criminis.*

DE ſolo crimine perduellionis videtur hic agere Tribonianus. Etenim duo ſunt genera criminis

nis 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. *ll. 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 læſa 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 prætorem 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. Comitiis 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 pœn.* 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 ſtricte obſervatur; ſed omnes, qui adverſus principem aut ſtatum reipublicæ quibuſcumque modis aliquid moliuntur, promiſcue rei majeſtatis dicuntur, & omnium eadem eſt pœna, nimirum capitis. Mynſ *hic. num.* 5. & 6.

1

2 *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 extinguatur. Eadem quoque ſeveritate voluntas ſeu conatus hujus ſceleris, qua effectus punitur, *l.* 5. *C. eod.* & conſcii, 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.* Sane legi divinæ & vere 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.* ff. *ad leg. Jul. majeſt.* exiſtimat, auctores *d. l.* 5. Arcadium & Honorium pœnitentia poſtea ductos promulgaſſe ſanctiſſimam illam conſtitutionem, quæ extat in *l. ſancimus.* 22. *C. de pœn.* add. Pet. Fab. 3. *ſemeſtr.* 8 Covar. 2. *reſolut.* 8. & Nαὶ νεὶ D. Anton. Matth. *de crimin. ad tit. D. ad leg. Jul. majeſt. cap.* 3. *n.* 10. VINN. Immo ad d. legem intelligendam præ ceteris facit ſingularis Jac. Gothofredi commentatio, cui jungendus luculentus, collegæ olim conjunctiſſimi, Nic. Hieronymi Gundlingii Commentarius *de Crimine majeſtatis*, ubi & de uſu diriſſimæ legis multa haut proletaria occurrunt. HEIN.

TEXTUS.

De adulteriis.

4. *Item lex Julia de adulteriis coërcendis, 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 dimidiæ bonorum: ſi humiles, corporis coërcitionem cum relegatione.*

COMMENTARIUS.

1. *Inter ſtuprum & adulterium quid interſit?*

ADulterium eſt alieni thori violatio, ſive coïtus 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. inter ſtuprum.* 101. *de verb. ſign.* & hoc textu adulteri ἀδελφοκτόνοι dicuntur alienarum nuptiarum temeratores: nec hoc à ſacra ſcriptura veteris teſtamenti abhorrere 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. *quæſt.* 4. *can. non mœchaberis.* 15. *can præcepit.* 19. *cum ſequentibus quæſt.* 5. & hanc ſententiam omnes ferè Theologi amplectuntur, per text. *Matth.* 19. *verſ.* 9. *Marc.* 10. *Luc.* 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 Juliæ relegatio fuit, ut conſtat ex Tacito *lib.* 1. 2. & 3. *annal.* & non obſcurè probat *l.* 5. *de quæſt.* Certè capitalem non fuiſſe, arguunt *l.* 6. *de divort. l.* 11. *hoc tit. l.* 14. *de teſtib. l.* 13. *de his quæ 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 adſcribitur legi Juliæ etiam ea pœna, quæ poſtea ſancita 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, diſces ex *Ordinat. Polit. art.* 15. & *ſeqq.* add. Groenew. *de ll. abrog. hic.*

Cum

Cum masculis nefandam libidinem] *L. cum vir.* 31. *C. hoc tit.* quæ est Constantii & Constantis. Præposteræ Veneris seu παιδερασίας, & Sodomiticæ turpitudinis pœna nunc ferè crematio est. Damhoud. *prax. crim. c.* 96. Clar. §. *fodomia. n.* 4. Gudelin. *de jur. nov. lib.* 5. *c.* 18.

1 *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 φθοράν appellant: & ita quoque ferè Modestinus in *l. inter stuprum.* 101. *de verb. sign.* Idem Modestinus in *l. stuprum.* 34. §. 1. *hoc tit.* adulterium in nupta admitti ait, stuprum in vidua, vel virgine, vel puero. Quod autem Papinianus *d. l.* 6. §. 1. & Modestinus, *d. l. inter stuprum.* 101. 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 proprie dictum est.

Honestè viventem] σεμνὴν. 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 quoque 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 Mosaica, ut & duceret & dotaret. *Deut.* 22, 29.

TEXTUS.

De Sicariis.

5. Item lex Cornelia de sicariis, quæ homicidas ultore 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 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 τηλὲ *figuratum. Et hanc significationem invenire possumus & in Græco nomine: nam quod nos telum appellamus, illi* βέλος *appellant,* ἀπὸ τοῦ βάλλειν. *Admonet nos Xenophon. nam ita scribit;* καὶ τὰ βελη ἐμοὶ ἐφέρετο, λόγχαι, τοξεύματα, σφενδόναι, ὡλεισι ὴ καὶ 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.*

NOTÆ.

5. *Ultore ferro*] Scriptum hoc à Triboniano accommodatè ad sui temporis rationem: & exigit hoc lex Divina. *Exod.* 21, 12. *Lev.* 24, 17. Pœna autem legis Corneliæ deportatio fuit: & bonorum omnium ademptio, quamquam 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. Theoph. τάτε ὴ μάρτυς Ξενοφῶν ὅτω γράφων Denique subjecta verba Xenophontis esse agnoscuntur ex *lib.* 5. ἀναβάς. Haloander *in Xerolopho.* Ξηρόλοφος locus erat celeberrimus urbis Constantinopol. de quo digna quædam notatu Petr. Gyll. *lib.* 4. *de topograph. Constaninop. c.* 1.

A sica] Romani, teste Suida, τὰ ἐπικαμπῆ ξίφη, *incurvos gladios*, sicas appellant. Per abusionem tamen sicarios omnes vocamus, qui cædem telo quocumque commiserunt. Quint. *lib.* 10 *cap.* 1.

Susurris magicis] Incantationibus, γοητείαις. *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 sicariis; ut superiore §. legi Juliæ de adulteriis. Pœna enim legis Corneliæ 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 subjciebantur. *l.* 3. §. *pen. in fin. l. pen. hoc tit. ad leg. Corn. de sicar.* Paul. 5. *sent.* 23.

Ultore 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 exigat lex divina. *Exod.* 21, 12. *Levit.* 24, 17.

Qui hominis occidendi causa] Lege Cornelia de sicariis non tantum homicidæ, sed etiam qui hominis occidendi causa cum telo fuerint, tenentur, *l.* 1. *pr. eod.* Existimare licet, Cornelium Syllam hanc legem

te-

tuliſſe poſt ſæviſſimam civium proſcriptionem, atque ut tandem finem imponeret cædibus, quæ tum paſſim impunitæ, gravitate pœnæ etiam à conatu homines deterrere 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. Matth. *de crim. c.* 3. *n.* 10. *& ſeq. D. hoc tit.* Sand. *lib.* 5. *tit.* 9. *defin.* 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 ἐπικαμπῆ ξίφη, incurvos gladios, ſicas vocant. Erat autem ſica genus gladii brevioris, Perſici ferè acinacis magnitudine, ut commodè ſub veſtibus occultari potuerit: quod ex Joſepho *lib.* 1. *Antiq.* diſcimus. Per abuſionem autem omnes ſicarios vocaverunt, qui cædem telo quocumque commiſiſſent, auctore Fab. *l.* 10. *c.* 1.

Venefici] Venefici dicuntur, & qui veneno homines occidunt, quod plus eſt, quam occidere gladio, *l.* 1. *C. de maleſic.* & qui artibus, ſive, ut hic ait Juſtinianus, ſuſurris magicis: ad cujuſmodi ſuſurros referenda illa legis duodecim tabularum; *Qui malum carmen incantaſſit. Qui fruges excantaſſit. Neve alienam ſegetem pellexeris.* item illud Virgilii, *Ecl.* 8. *v.* 99.

Atque ſatas alio vidi traducere meſſes.

& id genus alia, quæ ſuperſtitio mortalium vi magici carminis effici poſſe credidit, vid. *l.* 4. *& l.* 6. *C. de maleſic.* Plin. *lib.* 28. *c.* 2. Auguſt. *lib.* 8. *de civ. Dei. c.* 19. Sed veriſſimè Seneca *lib.* 4. *nat. quæſt.* 7. *Rudis*, inquit, *adhuc antiquitas credebat, & attrahi imbres cantibus & 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 tradi; quo ſupplicii genere pridem ſagæ 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 ſycophantias. VINN. Egregium Vinnii teſtimonium, quod illos merito dare deberet in ruborem, qui etiamnum hujusmodi anilibus fabellis oblectantur. Errorem hunc vulgarem maſcule in Germania oppugnavit Vir celeberrimus Chriſt. Thomaſius in variis ſcriptis *de crimine magiæ*, quæ quamvis bilem multis moverint, tamen tantam attulerunt utilitatem, ut iis locis, ubi antea frequenter rogi accendebantur, hodie vix ſagarum nomen in foris audiatur. HEIN.

TEXTUS.

De parricidiis.

6. Alia deinde lex aſperrimum crimen nova pœna perſequitur, quæ Pompeja de parricidiis vocatur: qua cavetur, ut, ſi quis parentis aut filii, aut omnino affectionis ejus, quæ nuncupatione parentum continetur, fata præparaverit, (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 ſolemni pœnæ 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, & ei cœlum ſuperſtiti, & terra mortuo auferatur. Si quis autem alias cognatione vel affinitate perſonas conjunctas necaverit, pœnam legis Corneliæ de ſicariis ſuſtinebit.

NOTÆ.

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 cæſus, *l. pen. eod.* De pœna cullei 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.

HIc 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 Roſc. Amerin.* 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. occid.* 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 coërceret, & quod hæc etiam conſcios ſceleris, quamvis nihil fecerint, puniret, *l.* 6. *eod. & hoc text.*

De parricidiis] Parricida propriè dicitur, teſte Charifio *lib.* 4. qui patrem occidit, quaſi patricida, aut per ſyncopen quaſi parenticida. Sæpè tamen idem verbum pro quavis ἀνδροφονίᾳ Romani uſurpant: quod & Plutarchus *in Romulo* obſervavit. Sic quæſto-

ſtores parricidii; appellati quæſtores rerum capitalium: & clauſula, *Parricida eſto*, in omni re capitali ponebatur. Cicero 2. *de legibus. c.* 9. *Sacrum, ſacrove commendatum qui clepſerit rapſitve, parricida eſto*, id eſt, *capital eſto.* Sed fortaſſis hic conſuetudo ſcribendi R geminavit, cum unico ſcribendum fuerit: de quo ita Feſtus in verb. *Parici quæſtores. Paricida 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, paricida eſto.*

Aut affectionis] Ita omnino legendum, non ut vulgo *affinitatis*, per *l. un. C. hoc tit. & l. un. C. Theod. eod.* Nam qui ſocerum, ſocrum, 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 Sext. Roſc. c.* 11. de culleo ſolo loquitur, ſed Seneca *lib.* 1. *de clem. c.* 15. etiam ſerpentis meminit: Juvenalis ſerpentis item & ſimiæ, *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 deſiit. Ant. Matth. *ad hunc tit. c.* 2. *num. ult.* Groenew. *de ll. abr. hic.* Sande *lib.* 5. *tit.* 9. *defin.* 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 Sext. Roſc.* & Theophilus hic. Leucipp. 3 ἵνα μὴ τλῶ ψυχὴν μόνον ἀπολέσῃ, ἀλλὰ καὶ τλῶ ταφήν. Eodem pertinet illud Quintiliani *declam.* 299. *Cui lex lucem vivo, fluctuanti mare, naufrago portum, morienti terram, defuncto ſepulchrum negat.* & Ovidii *lib.* 8. *Metamorph. v.* 97.

Dii te ſummoveant, ô noſtri infamia ſecli,
Orbe ſuo, tellusque tibi pontuſque 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, recitaverit, ſubjecerit, vel ſignum adulterinum fecerit, ſculpſerit, expreſſerit, ſciens, dolo malo. Ejuſque legis pœna in ſervos ultimum ſupplicium eſt; quod etiam in lege Cornelia de ſicariis & veneficis ſervatur: in liberos vero deportatio.*

NOTÆ.

7. *Ejuſque legis pœna*] Ex Marciano *l.* 1. §. *ult. eod.* adde Paul. *d. loc.*

COMMENTARIUS.

Teſtamentaria vocatur] *L.* 30. *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 commiſſo caveretur. Hæc eadem & nummaria dicta ab ea parte, qua de nummis cavebatur. Cicer. *Verrin.* 3. *Cornelia teſtamentaria, nummaria, cæteræ 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, reſignaverit, deleverit, quive nummos aureos, argenteos adulteraverit, laverit, conflaverit, raſerit, corruperit, vitiaverit, vultuve Principis ſignatam monetam præter adulterinam reprobaverit, l.* 1. *l.* 2. *l.* 8. 9. *& paſſ. hoc tit.*

In ſervos 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.* Noſtris moribus pœna falſi aut exilium eſt, aut fuſtuarium, prout judex decernet. Gudelin. *d. lib.* 5. *cap.* 20. Damhoud. *prax. crim. cap.* 119. *& ſeqq.* Zypæ. *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 ſiquidem 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 viduæ, vel ſanctimonialis, vel alterius fuerit perpetratus, tunc & raptores, & ii, qui opem huic flagitio dederunt, capite puniuntur, ſecundum noſtræ conſtitutionis definitionem, ex qua hoc apertius poſſibile eſt ſcire.*

NOTÆ.

8. *In tertiam partem bonorum*] *l.* 1. *l. ult. ad leg. Jul. de vi priv.*

Sanctimonialis] Aſcetriæ, virginis vel viduæ Deo dicatæ, *l. unic. C. de rapt. 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

bis persuasoriis pellicere mulierem, quam vi uti. Liban. *decl.* 2. Plutarch. *in Solon.*

COMMENTARIUS.

Vim 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. §. *ultim. ad leg. Jul. de vi publ.* ait, aqua & igni his interdici; sed notum est, huic pœnæ deportationem succesisse. 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.* 2. ibi *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 accipienda 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, Zypæ. *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 Frisiæ. Sande *lib.* 5. *tit.* 9. *def.* 11.

TEXTUS.

De peculatu.

9. *Item lex Julia peculatus eos punit, qui publicam pecuniam, vel rem sacram, vel religiosam furati fuerint. Sed siquidem ipsi judices tempore administrationis publicas pecunias subtraxerint, capitali animadversione puniuntur: & non solum hi, sed etiam qui ministerium eis ad hoc exhibuerint, vel qui subtractas ab his susceperint. Alii vero, qui in hanc legem inciderint, pœnæ deportationis subjugentur.*

COMMENTARIUS.

LEge 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 ædituum in his, quæ ei tradita sunt, peculatum non committere.

Siquidem ipsi judices] 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 compilaverunt, capite puniuntur, *l.* 9. *eod.* Clar. §. *sacrilegium.* Ant. Matth. *de crim. cap.* 2. *&* 3. *de leg. Jul. pecul.* Damhoud. *prax. crim. cap.* 111.

TEXTUS.

De plagiariis.

10. *Est & inter publica judicia lex Fabia de plagiariis, quæ interdum capitis pœnam ex sacris constitutionibus irrogat, interdum leviorem.*

NOTÆ.

10. *De plagiariis*] Plagiarius est, qui liberum hominem vel servum alienum dolo malo supprimit, ἀνδραποδιστής. Lys. *orat.* 9. supprimendo enim plerumque plagium committitur, *l.* 3. 5. 6. *hoc tit. l.* 2. 5. 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. 16. *Deut.* 24. 7.

COMMENTARIUS.

PLagium nihil aliud est, quam liberi hominis, vel servi alieni suppressio dolo malo facta. Nam plerumque supprimendo plagium 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 etiam 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 præterea publica judicia, lex Ju-*

lia de ambitu, lex Julia repetundarum, & lex Julia de annona, & lex Julia de reſiduis: quæ de certis capitulis loquuntur, & animæ 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 attigiſſe: alioqui diligentior eorum ſcientia ex latioribus Digeſtorum ſeu Pandectarum libris, Deo propitio, adventura eſt.*

NOTÆ.

11. *Repetundarum*] Vid. *l.* 3. & 4. *de leg. Jul. rep.* de pœna eſt in *l.* 7. §. 3. *eod. l.* 1. *l. ultim. 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, ſummatim, ὑποτυπωτικῶς, digito ad fontes, unde hauriatur, intenſo. Aſcon. in *Verr.* 3. *Antequam cauſam agerent, quaſi per indicem rem exponebant*, &c.

COMMENTARIUS.

DE *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 hæ leges ceſſaverunt in urbe, ex quo magiſtratuum creatio ad curam Principis pertinere cœpit, ſublato populi ſuffragio: quod nominatim de lege Julia de ambitu memorat Modeſtinus *l. un. pr. de leg. Jul. ambit.* ſicut & apud nos occaſio ejus exercendæ ſublata: de quo Groenew. *de ll. abrog. D. de leg. Jul. de ambit.* 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 aliquid pro ſpiritualibus exigitur vel promittitur, *tot. tit. C. de Simonia.* VINN. Pœna C. aureorum tantum ad municipia, & eos accuſatores & reos, qui domum judicis ingrediuntur. *l. un.* §. 1. §. 4. *ff. de L. Jul. amb.* Alioquin pœna legis Juliæ fuit deportatio. Paull. *Recept. Sent.* v. 30. *l. un. C. h. t.* HEIN.

Repetundarum] Lege Julia repetundarum tenetur, qui cum aliquam poteſtatem haberet, pecuniam ob judicandum, 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 etiam 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 & ſeplaſiarii vocantur: in quos etiam extra ordinem vindicari placuit, *l. in Dardanarios.* 37 *de pœn. l.* 6. *de extraord. crim.*

De reſiduis] Crimen reſiduorum eſt pecuniæ publicæ alicui ad uſum publicum datæ & attributæ retentio, vel ad ſuos uſus converſio, ſive in ſolidum ſive ex parte. Et quod in rationibus pecuniiſve 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 παρέργως & tralatitie, ut in appendice.

FINIS LIBRI QUARTI.

IN-

INDEX RERUM ET VERBORUM

IN ARNOLDI VINNII COMMENTARIUM:

Ubi numerus paginam, litera vero *a* priorem consignat & *b* posteriorem columnam.

A.

Acceptilationis definitio à Modestino tradita. 726. *b.* alia plenior & planior. 727. *a.* Acceptilatio an species sit stipulationis. *ibid. a.* Acceptilationis & solutionis communia, & propria. *ibid. a.* In forma acceptilationis quæ consideranda. *ibid. b.* Materia seu objectum. 728. *a.*

Accessionum genera. 158. *b.* & 167. *b.* Accessionis vice quid, cui, & quando, cedat. *ibid. b.* Accessionis & specificationis differentia. 168. *a.* Domino partis, quæ cessit, quomodo consulatur. *ibid. a.*

Accrescendi jus quid sit. 438. *b.* In hereditatibus id jus valere ex necessitate. 439. *a.* Deficientium heredum portiones quibus accrescant pro qua parte. *ibid. b.* Valere idem jus & in legatis, sed ex sola voluntate testatoris. *ibid. a.* Vetus circa jus accrescendi differentia inter genera legatorum. 439. *b.*

Accrescendi jus non esse inter legatarios diversarum rerum. 440. *a. b.* Quibus, pro qua parte, defecta pars collegatarii accrescat. *ibid. a.* An conjuncti post obitum testatoris mortui pars conjuncto accrescat. 442. *a.*

Accrescendi jus an locum habeat inter conjunctos verbis. 442. *b.* an in contractibus. 640. *b.*

Actio quomodo consideranda, quatenus tertium juris objectum constituit. 774. *a.* Ex quo jure actiones proficiscantur. *ibid. a.* Actionis nomen quam late pateat. 775. *a.* Quot modis usurpetur à nostris. *ibid. a.*

Actio in rem cum domino ambulat, eaque tenetur novissime possidens. 783. *a.*

Actiones in personam nec ex contractu, nec ex maleficio. *ibid. a. b.*

Actio rescissoria quibus ex causis à prætore detur; ejusque introducendæ occasio. 795. *a.*

Actio ex stipulatu de dote cur plenior, quam rei uxoriæ. 827. *a.* Singularia circa illam ex stipulatu à Justiniano constituta. *ibid. a.*

Actio in rem quid sit, unde nascatur, & cui competat. 784. *a.* Quæ petitori in hac actione probanda ad fundandam intentionem. *ibid. a.* Petitio hujus actionis propria. 786. *a.* An possessor contra vindicare teneatur. 785. *b.*

Actio pœnalis nulla in heredem datur, licet ex contractu. 863. *b.*

Actio de peculio & actio de in rem verso an duæ diversæ actiones. 846. *a. b.*

Actio in personam quid; cui, adversus quem, detur. 782. *a.* quid petat: ubi & de formularum diversitate. 783. *b.*

Actio præscriptis verbis unde dicta. 685. *b.*

Actio ex jurejurando qualis. 806. *a.* In personam esse, quacunque ex causa juratum sit. *ibid. b.* Quod genus jurisjurandi eo pertineat. *ibid. b.* Quam ob causam actio ex jurejurando à prætore introducta. cui, adversus quem, quo effectu, detur. *ibid. b.*

Actio de partu agnoscendo, cui, adversus quem, quo effectu, detur. 811. *a.*

Actio de jure familiæ inter patrem & filium. & quid hæc ab illa de partu agnoscendo differat. *ibid. a.*

Actio Pauliana in personam est. 797. *a.* Cui, quando, detur. 798. *a* Quæ concurrere debeant, ut huic actioni sit locus. *ibid. b.* Intentio creditorum in actione Pauliana. 799. *b.* quandiu, ex quo tempore competat. *ibid. b.*

Actio directa quot modis dicatur. 760. *a.*

Actio utilis quid; & qua ratione, quando, à quibus, introducatur. *ibid. a.* Directa actio tam ex sententia legis, quam quæ ex verbis: utilis, quæ tanquam ex sententia; in factum, cui nec oratio, nec sententia convenit. *ibid. a.* Appellatione actionis in factum interdum & utilem significari. 760. *b.*

Actio de tigno juncto in duplum datur etiam adversus eum, qui junxit bona fide. 173. *a.* An exemptione tigni possit evitari dupli præstatio. *ibid. a. b.* Apud nos huic actioni non est locus. *ibid. b.*

Actio in rem etiam in loco domicilii possessoris moveri potest. 777. *b.* non potest institui, nisi certus sit possessor. 794. *b.* 795. *a.*

Actiones rei persecutoriæ quæ, & quæ pœnales. 815. *a. b.* Rei persecutoriæ omnes, quæ in rem. 815. *b.* 816. *a.* Ex contractu una mixta. 816. *a.* Pro pœnalibus quæ habeantur, cum à parte actoris pœnales non sint. 817. *b.* & 864. *a.* An ulla actio plus quam quadruplum persequatur. 819. *a.* Hodie actiones omnes esse rei persecutorias. 822. *a.*

Actiones rei persecutoriæ omnes & heredibus & in heredes dantur. 863. *a.*

Actiones omnes judicio inclusas perpetuari. & quid hic juris hodie. 864. *b.*

Actiones populares. 778. *b.*

Actiones, confessoria & negatoria, non ex figura verborum sed ex sententia & repetita æstimandæ. 787. *b.* An hæ actiones pro alio jure, quam pro servitutibus, etiam dentur. *ibid. b.* Actio negatoria cur de rebus corporalibus non prodita. 789. *b.* Cur prodita in rebus incorporalibus. 790. *a.* Cur in rebus corporalibus actio possessori non detur. 791. *a, b.*

Actiones prætoriæ quæ. 792. *a.* Prudentum non fuit actionem dare. *ibid. b.*

Actiones mixtæ an tertiam speciem constituant. 781. *a. b.* &c. An actiones in rem scriptæ. 782. *b.*

Actiones pœnales, quibus nihil amplius persequimur, quam quod abest 864. *a.* Cur actiones pœnales in heredes non dentur, cum dentur heredibus. *ibid. a.*

Actiones bonæ fidei quæ, & unde sic dictæ. 823. *a. b.* Actiones stricti juris quæ, & unde sic appellatæ. *ibid. b.* Harum actionum insignes differentiæ, & an quæ adhuc maneant. *ibid. b.* 824. *a. b.* Actiones bonæ fidei nullas esse præter eas, quæ à Justiniano recensentur. 825. *a. b.*

Actioni hypothecariæ 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 Batavos. 801. *b.* 802. *a.*

Actionis de peculio introducendæ causa. 804. *b.* esse in personam. *ibid. b.* ex delictis non dari. 805. *b.* Actione de peculio non consumi obligationem cum filio aut servo contractam. *ibid. a.* Causæ ex quibus servus dominum, filius patrem de peculio non obligant. *ibid. b.*

Actionis de pecunia constituta introducendæ causa 803. *b.* Qui quibus ex causis hac actione teneantur. 804. *a.*

Actionis hypothecariæ introducendæ causa. 800. *a.* Qualis sit hæc actio, quibus, adversus quos, quo exitu, detur. *ibid. a.*

Actionis definitio competit etiam actioni in rem, item actionibus popularibus, &c. 778. *a. b.*

Actionum divisio in rem, & in personam, unde sumpta. 779. *a. b.*

Actus quid sit. 209. *a.* Actum qui habet, etiam armenta trajicere potest. 208. *b.* & vehiculum agere. 209. *a.* & ire sine jumento. *ibid. a. b.*

Ademptio legatorum quot modis fiat. 479. *b.* 480. *a.* Quibus ex rebus conjiciatur, res adimendi legati causa alienata sit, nec ne. 448. *a.* Oppignoratione rei legatæ non videri legatum ademptum. *ibid. b.* 449. *a.*

Adeundo, aut pro herede gerendo, ut quis heres fiat, quarum rerum eum gnarum esse oporteat. 424. *a.* Quibus ex rebus in eo, quod geritur, animus pro herede gerendi deprehendatur. 423. *b.*

Aditionem & pro herede geritionem duo esse distincta genera acquirendæ hereditatis, nec esse plura. 422. *b.*

Adolescentes inviti olim curatores non accipiebant. 116. *a.*

Adoptati jus liberorum in familia patris naturalis non habent. 335. *b.* *adde* 337. *b.* emancipati à patre adoptivo jus illud beneficio prætoris recuperant. 335. *b.*

Adoptio quid. apud quos olim ejus usus. 71. *a.* Adoptionis usus hodie sublatus, etiam in Gallia. *ibid. b.*

Adoptio in specie dicta, quid sit, & quorum: apud quos, quomodo, fiat. 73. *a. b.* quid circa eam novi constituerit Justinianus. 74. *a.*

Adoptio, naturæ imago, & quid inde. 76. *a.*

Adoptiva filia nec adoptione dissoluta uxor duci potest. 58. *b.*

Adoptivorum successio exoleta. 528. *b.*

Adrogatio quid sit, & quorum, apud quos, quomodo, fieri soleat. 73. *a.* In adrogatione impuberum quæ exercienda. 74. *b.*

Adrogationis effectus. 77. *b.*

Adrogator quid, cui, caveat. 75. *a.*

Adrogatori non tantum proprietas, sed etiam possessio acquiritur. 580. *a.*

Adscriptitii qua conditione sint. 29. *a.* adscriptitiæ conditionis qui hodie. *ibid. b.*

Adsectari cur injuriosum. 763. *b.*

Adsignare libertum quid sit. 572. *b.*

Ædificia etiam non habitandi causa parata, urbana prædia censeri in materia servitutum. 210. *b.*

Ædiles Curules, nomen, & procuratio. 22. *b.*

Æquitas quid & quotuplex. 25. *b.* 26. *a.*

Ærarium quid, & quid fiscus. 252. *b.*

Æstimationis auctæ commodum, & deminutæ incommodum ad creditorem pertinet. 597. *a.* cujus temporis in æstimatione ineunda hic ratio habeatur. *ibid. a.*

Ætas annorum 25 cur finem afferat curationis. 115. *a.*

Ætas legitima in matrimonio. 54. *b.*

Affines qui, & an etiam gradus affinitatis. 62. *b.* 63. *a.*

Affinitatis genera. *ibid.* Affinitatis transversa linea apud veteres Romanos prohibitionem non habuit. 64. *a.* Affinitas proprie sponsalibus non contrahitur. 65. *b.* Nascitur etiam ex illegitima conjunctione. 66. *a.*

Agnatorum nomen quot modis usurpetur. 533. *a.*

Agnatorum successionem cur latius diffundi placuerit, quam cognatorum. 553. *a.* hoc discrimen sublatum. *ibid. b.* Agnatorum successio, &, novo jure, cognatorum, an certo gradu terminetur. & quid hic usus servet. *ibid. b.*

Agnatos inter & gentiles, item inter gentem & familiam, quid interfit. 94. *a. b.*

Album prætoris, & quale judicium in eum, qui album corrupit. 807. b.

Alienandi verbum quam late pateat ex sententia legis Juliæ. 266. *b.*

Alluvio quid. 159. *a.* quibus in agris locum habet. 158. *b.* quid hic juris apud Batavos. 159. *a.*

Alveus desertus primi occupantis fit, si vicini agri limitati. 163. *b.* Alvei exsiccati pars quando apud nos privatorum fiat. *ibid. b.* Alveus an aliquando priori domino restituatur flumine recedente. *ibid. b.*

Alveus fluminis extra usum publicum existimatur pars vicinorum prædiorum, & quid inde. 163. *a.*

Ancilla cum natis legata si sit, duo intelligi legata separata & æque principalia. 455. *a.* Item si servus cum vicariis suis. *ibid. a.* Secus si servus cum peculio, aut penus cum vasis. *ibid. a.* aut fundus cum instrumento. *ibid. b.*

Apes omnes natura feræ. 154. *a.*

Aqua profluens non idem, quod flumen. 144. *a.*

Aquæductus quid. quomodo aqua ducatur, & unde ducere liceat. 210. *a.*

Aquæ & ignis interdictionis origo & causa. 97. *b.* In locum hujus pœnæ successit deportatio. 98. *a.*

Arbitrariæ actiones an tertiam speciem actionum constituant. 830. *a.* ex quo sit, quod actio de eo, quod certo loco, arbitraria. *ibid. b.* Cæterarum arbitrariarum natura. & ratio nominis. *ibid. b.* In eo quod certo loco, una sententia rem transigi. 831. *b.* in illis duplicem intervenire sententiam. & mores hodierni. 831. *a.* Arbitrariarum & bonæ fidei discrimen. 832. *a. b.*

Arbitratoris manifesta iniquitas corrigi potest officio judicis. 675. *a.*

Arbitratores, quos vocant judices non esse. 780. *b.*

Arbitri & judicis nomina quam diversimode accipiantur. 780. *a. b.*

Arboris transplantatæ proprietas post coalitionem ita immutatur, ut ne eruta quidem ad priorem dominum revertatur. 177. *a.* priori domino quomodo consulatur de pretio plantæ. *ibid. a.*

Areæ legatæ si domus imposita sit, superficiem simul cum solo deberi. 456. *b.* 457. *a.*

Arrha datur vel ut symbolum, vel ut sit pars pretii; & effecta utriusque. 671. *b.* 672. *a.*

Assis ejusque partium usus quam frequens, & quibus in rebus fuerit. 346. *b.*

Asyli jus non esse dandum sicariis, raptoribus, &c. 47. *b.*

Attentatio pudicitiæ cur injuriosa. 763. *b.*

Auctoritatis verbum quam varie usurpetur, & quid eo in Duodecim significetur. 240. *a.*

Auctoritatis prudentum origo. 23. *a.*

B.

Banniti quo numero habendi. 80. *b.*

Batavi quibus in locis quondam jure Scabinico, & in quibus Aedomico circa successionem ab intestato usi. 557. *a. b.*

Beneficium competentiæ quibus, quas ob causas, detur. 839. *b.* Quale sit hoc beneficium, personæ an rei cohærens. 841. *b.*

Beneficium ordinis, *vide verb.* Ordinis.

Beneficium divisionis quale sit, & quibus competat. 659. *a.* Conditiones, sub quibus conceditur. 659. *b.*

Bonorum possessio contra tabulas etiam suis heredibus proposita. 525. *b.* 526. *a.* Ad bonorum possessionem contra tabulas difficilius quem admitti, quam ab intestato. 526. *a.*

Bonorum possessio contra tabulas quo sensu dicatur esse ex testamento. 573. *b.* Cur ea primo loco edicto proposita. 574. *a.*

Bonorum possessio unde liberi quo colore emancipatis deferatur. 523. *b.* Ad bonorum possessionem unde liberi non vocantur, qui à patre emancipati se adrogandos dederunt. 524. *b.* Bonorum possessio edictalis & decretalis. 579. *a.*

Bonorum possessio unde vir & uxor, sola hodie necessaria. 578. *a.* Apud nos locum non habet. uti nec ullæ aliæ. 577. *b.*

Bonorum possessiones quæ juris civilis confirmandi gratia introductæ. 573. *b.*

Bonorum possessores vi ipsa heredes esse, & jure prætorio dominium rerum singularum consequi. 574. *a.*

Bonorum possessores, an heredes efficiantur, qui jure civili succedere possunt, si malint honorario. 574. *a.*

Bonorum possessio quid. 572. *a.*

C.

Canones observandi circa materiam stipulationum. 634. *b.* 635. *a.* Capacitas heredis instituti quibus temporibus inspicienda. 417. *b.* Non satis subtiliter tempus adeundæ hereditatis, in considerandæ capacitate, constitui terminum disjunctum à tempore mortis. *ibid. b. &c.*

Captatoria institutio quæ veteribus dicta. 353. *a. b.*

Casus fortuitus quid. 603. *b.* in nullo contractu præstatur. *ibid. b.* Periculi appellatione non semper casus venit. *ibid. b.* Inter casus fortuitos non numerantur, qui cum culpa conjuncti esse solent. 604. *a.* Regula de casibus fortuitis non præstandis quando cesser. *ibid. a. b.*

Casus fortuiti exclusio non protinus inducit præstationem culpæ levissimæ. 610. *b.* 692. *b.*

Causa legandi, etsi falsa sit, legato non nocet, nisi in futurum collata & quare. 473. *a.* Insigne hujus juris temperamentum. *ibid. b.*

Causarum duarum lucrativarum in eandem rem & personam concursus est species liberationis. & quo ea pertineat. 436. *b.* 437. *a.*

Causæ cognitio quid & quibus in rebus consistat. 894. *b.*

Cautio fructuaria à testatore remitti non potest: ab herede potest. Et quid, si fructuarius propter inopiam fidejussores invenire non possit. 222. *a.*

Cautio quasi fructuaria an sit de substantia ususfructus. 226. *a. b.* partes hujus cautionis. *ibid. b.*

Cautiones & confessiones debiti inutiles. 664. *a.* Quæ cautiones ad probationem tantum valeant. *ibid. a.* Cautionem pecuniæ creditæ post biennium valere ad obligationem, antea ne ad probationem quidem. *ibid. a.* A quo tempore biennium currat. 666. *b.*

Cenotaphium an religiosum. 148. *a.*

Ceram quod pro tabulis veteres dixerint unde sit. 305. *b.* 306. *a.*

Civi-

Civilis disciplina, *vid.* Justitia.
Civium apud nos distinctio. 33. *b.*
Codicilli quid, & unde dicti. 508. *a. b.* Jure codicillorum non valere voluntatem in hoc paratam, ut testamentum sit, nisi adjecta sit clausula codicillaris. 510. *a. b.* Codicilli quicunque & quocunque tempore à testato facti, jus testamenti sequuntur. *ibid. b.* Differentia inter codicillos confirmatos: & non confirmatos: quæ hodie sublata. *ibid. b.* Quatenus ex his quæ testamento cauta codicillis mutare quid liceat. 511. *a.* Codicilli ante testamentum facti non intelliguntur testamento revocati, nisi appareat, testatorem à priore illa voluntate recessisse. 511. *a.* Codicillis hereditas nec dari, nec adimi potest, nec si testamento confirmati. *ibid. b.* Neque conditio heredi instituto adjici, neque detrahi. 512. *a.* Per fideicommissum hereditatem codicillis recte dari & adimi. *ibid. a.*
Codicillos in captivitate factos ab eo, qui in civitate testamentum fecerat, eo reverso convalescere. 325. *b.*
Codicilli unius hominis etiam plures esse possunt. 512. *b.* Codicilli non sunt sine aliqua solennitate ordinationis. *ibid. b.* An mulier in codicillis recte testis adhibeatur. 513. *a.*
Cognatio servitute amissa manumiss. non recipietur. 99. *b.*
Cognationis genera. 57. *a.*
Cognitiones prætoriæ & extraordinariæ. 776. *b.*
Colonus, *vide* Fructuarius.
Comitiorum genera obiter exposita, & ostensum quibus comitiis testamenta fieri solita. 288. *a. b.*
Commixtio quid proprie: ejus effectus. 170. *b.* mixtionis pecorum & frumentorum comparatio. 171. *a.*
Commodare quid sit, & quid commodatum differat à precario. 602. *b.*
Commodatum proprie nullum, nisi gratuitum. 607. *a.*
Commodatum & mutuum in quo differant. 603. *b.*
Communi dividundo inter quos, qua de re, agatur. 818. *b.*
Communio inter aliquos constituta quarum rerum obligationem pariat 716. *b.* In judicio communi dividundo quæ culpa veniat. 717. *a.*
Compensatio quid sit. 828. *b.* Non liquidi ad liquidum cur non admissa compensatio. & quid causa liquida. *ibid. b.* Compensatione ipso jure actiones minui. quid hoc, quæ inde utilitas, &c. *ibid. b.* Rerum tantum consumptibilium esse compensationem. 829. *a.*
Condicere, quid sit veteribus. & cur inde actio in personam dicta condictio. 814. *a. b.* Pro veteri condictione quid postea institutum, & quid hodie. 815. *a.*
Condictio certi unane sit & generalis, an duplex. 600. *b.*
Condictio furtiva non tantum in odium furis, sed etiam in commodum domini introducta. 812 *b.* 813. *a.* difficile expeditu, quomodo furi res condici possit. 812. *b.*
Condictio furtiva & actio rerum amotarum contra heredes etiam in solidum dantur. 863. *a. b.*
Conditio & modus qua in re conveniant & discrepent. 474. *a.*
Conditio impossibilis non vitiat ultimas voluntates. 355. *b.* Conventiones contra. *ibid. b.* Impossibili conditioni similis est turpis. 356. *a.* Circa hæc mores nostri. *ibid. a.*
Conditio hæc, Si heres non erit, continet & casum impotentiæ & noluntatis. 359. *a. b.* diversimodo accipitur pro conditione instituti. *ibid. b.*
Conditio quid sit & quotuplex: tum quæ conditiones inutilem stipulationem ab initio faciant. 618. *b.* 619. *a.* Etiam promissiones, quibus tacite conditio inest, pro conditionalibus esse. 619. *a.*
in Conditionibus arbitrariis quid juris. *ibid. a. b.*
Conditione pendente nihildum deberi, & quid inde. 620. *a.* insigne discrimen circa stipulationes & legata conditionalia. *ibid. a.* An idem & in conditionibus arbitrariis. *ibid. b.*
Conditiones ad præsens vel præteritum tempus relatas vim conditionis non habere, & quare. 621. *b. &c.*
Conductor regulariter levem duntaxat culpam præstat. 691. *b. &c.*
Confusio & commixtio quomodo differant, cum signate loquimur. 169. *a.* Confusionis effectus, & quarum rerum quomodo confusio facta communionem pariat. 169. *a. b.* in confusione fortuita quid juris. 170. *a.* quid si unus è dominis confuderit altero ignorante. *ibid. a.*
Conjuncti & disjuncti, singuli recte & totum habere dicuntur & partem, diversa consideratione. 440. *b.* 441. *a.* Partem ab initio facere quid sit. 441. *a.* An partem faciat, qui testamenti tempore mortuus aut incapax. 442. *a.*
Conjunctorum genera exposita. 439. *b.* disjuncti qui passim dicuntur, eos & ipsos vere conjunctos esse. 440. *a. b.*
Consanguinei qui nostris; & unde sic appellentur. 534. *a.*
Consanguinitas quando ab agnatione distingui & quam ob causam cœpta. 536. *a.*
Consanguinitatis prærogativa sublata. 534. *a.*
Consensus quibus modis declaretur. 668. *a.* Obligatio ex consensu pinguior, quam verborum. *ibid. b.*
Consensus in matrimonio liber esse debet. 55. *a.* Consensus parentum & quorum quibus liberis necessarius. *ibid. a. b.* Præcedere debet, nec ratihabitioni hic locus. 55. *b.* 56. *a.* Eo non interveniente nuptiæ irritæ: & quid jure divino. 55. *a. b.* quid in his regionibus. 56. *b.* 57. *a*
Constituti & fidejussionis convenientia & dissimilitudo. 804. *a.*
Constitutionum genera. 20. *b.* Constitutiones personales quotuplices, & quæ singularum vis. 21. *a. b.*
Consuetudo quanto tempore, quot actibus & qualibus introducatur. 24. *b.* 25. *a.* an heic opus scientia superioris. 24. *b.*
Contractus quid & quotuplex, 593. *b.*
Contractus μονόπλευροι, διπλεύροι, & medii generis. 603. *a.*
Contractus an in testamento aut inter testandum celebrari queant. 293. *b.*
Conventio, pactio sive pactum, in genere quid, & quotuplex. 594. *a.*
Convitium quid. 762. *a.* An veritas convitii excuset. *ibid. b.* An præfatio honoris. *ibid. b.*
Correus, qui totum solvit, an eo nomine adversus alios actionem habeat. 627. *b.* Correi plures debendi aut credendi etiam citra stipulationem constitui possunt. *ibid. b.*
Cretio nihil aliud olim fuit, quam solennis aditio hereditatis. 423. *a.*
Crimen pro criminatione. 134. *a.*
Culpa quid, & quotuplex, plenius quam vulgo. 604. *b.* culpa levissima. 605. *a.* Lata culpa in omnibus contractibus præstatur, & dolo comparatur. 605. *b.* Qui contractus dolum tantum recipiant, qui item culpam & diligentiam. 606. *a.*
Culpæ genera obiter distincta. 137. *a.*
de Curatoribus. 113. *a. b.*

D.

DAmnum injuria datum. 753. *a.* Actione legis Aquiliæ de damno dato qui teneantur aut non teneantur. 754 *a. b.* Caput tertium legis Aquiliæ declaratur variis exemplis. 758. *a.*
Dedititii quo jure fuerint. 38. *b.*
Defensio sui adversus vim illatam à natura est. 12. *b.*
Delegatio quid & quomodo fiat. 730. *a.* ad delegationem non pertinet *l. ult. C. de novat.* 731. *b*
Deliberandi jus quorum causa & cujus rei gratia comparatum. quis ejus effectus, & quid hic de suo contulerit Justinianus. 420. *a.* etiam suos heredes jure prætorio deliberandi facultatem habere. *ibid. b.*
Delictum quid, & quotuplex. 733. *a.* an species συναλλάγματος. 593. *b.*
Demonstratio falsa non vitiat legatum, nisi præterea quid aliud obstet legato. 472 *a. &c.*
Deportationis & relegationis differentia. 80. *b.*
Depositum quid sit, & an etiam constat in re immobili. 607. *b.*
Depositarius ad quid teneatur. 608. *a.*
Dies utiles, & continui. 580. *b.*
Dies incertus quando conditionem facit in contractibus. &, quid hic intersit inter legata & stipulationem. 614. *b.* Quid si dies apponatur finiendæ obligationis causa. 615. *a.* Effectus obligationis in diem. *ibid. b.* Efficientia diei adjecti in modum termini ad quem. 617. *a.* Quibus rebus differat stipulatio in singulos annos à simili legato. 617. *b.* 618. *a.*
Dies certus institutioni oppositus pro supervacuo habetur. 354. *a.* Quid hic nostris & Gallorum moribus. *ibid. b.*
Dies omnis incertus conditionem in testamento facit. *ibid. b.*
Dies cœptus pro completo quando habeatur; & contra. 114. *b.*

Directæ actiones an salvæ maneant adversus adrogatum. 582. *a.*

Dispositioni §. *ult. Inst. de fideic. hered.* quando locus. 503. *a. b.* Glossema in fine text. *d.* §. observatum. 504. *a. b.*

Divisionis beneficium non habere plures unius tutoris fidejussores: at ex persona plurium tutorum actionem dividi. 120. *b.*

Dolus quid. 137. *a.* 603. *b.* præstatur in omnibus contractibus. *ibid. b.*

Dominium, quid; & quam large ea vox sumatur. 150. *b.* Dominii jure gentium acquirendi modi. 151. *a.*

Dominiorum vetus discrimen, ejusque sublatio. 196. *a.*

Donaria. 147. *a.*

Donatio inter vivos absoluta, est juris gentium. 253. *a.* Sitne donatio modus acquirendi, an titulus. *ibid. b.* Donatio propria quid sit, & quid impropria. 254. *a. &c.* Unde æstimandum, an donatio facta sit mortis causa. 255. *b.* Convenientia mortis causa donationis cum legatis. 255. *b.* discrepantia. *ibid. b.* 256. *a.* Donatio inter vivos quomodo perficiatur. 257. *b.* An ex quovis pacto donationis causa interposito actio nascatur. 258. *a.* An simplex pactum donationis pariat actionem in rem. *ibid. a.* Quæ donationes insinuationem non desiderant. 259. *a.* Revocandi donationem qui, quibus ex causis, jus habeant: & an inter causas etiam liberorum supervenientia. *ibid. b.*

Donationes inter sponsum & sponsam quo sensu dicantur veteribus incognitæ. 261. *a.* Quid circa has constitutum. *ibid. a. b.* In Belgio proprie donationum propter nuptias usum non esse. 262. *b.*

Dotalis rei maritus verus justusque dominus est. 265. *a.* potest res mobiles, omnesque res æstimato in dotem datas, alienare. 264. *b.* Cur dotalis prædii oppigneratio arctius, prohibita, quam alienatio. 266. *b.* Quantum hic mores nostri dissideant à jure scripto. *ibid. b.* 267. *a.*

Dotis repetitio olim, & qua ratione, & quid jam. 261. *a. b.* De dotis æqualitate constitutio Justiniani repudiata. 262. *b.*

Dupondio expleto quantum sine parte scriptus habere debeat, ubi Hotomanni error notabilis. 350. *a. b.*

E.

Edictum perpetuum quid, & quid temporale. 808. *a.*

Edictum successorium. 520. *a. &c.*

Emancipandi ratio vetus. 84. *a.*

Emancipare, idem quod mancipare. 290. *a.* Cur in omni mancipatione quinque testes adhibiti. quæstio curiosa. 291. *a. b.*

Emancipati cur capite minui dicantur, & an capite minui desierint. 98. *b.*

Emancipati ab adrogatione vivo patre naturali jus liberorum recuperant; secus si post mortem ejus; & quid hic respectu patris adoptivi. 524. *b.*

Emancipati ab adrogatione post mortem patris naturalis admittuntur ut cognati, non ut liberi. 524. *b.*

Emancipati sub colore quodam fuitatis ad bonorum possessionem à prætore vocantur. 334. *a.* Absurdum non esse, quod filiæ emancipatæ jure prætorio, meliore conditione fuerint, quam filiæ non emancipatæ jure civili. *ibid. a.*

Emendare actionem, quid sit, & quid, mutare. 837. *b.* Quamdiu emendare aut mutare actionem liceat. 838. *a.* Praxis horum temporum. *ibid. a.*

Emphyteuticus contractus. 687. *b.* Jus emphyteuticum non ex tempore æstimari, sed ex eo, quod actum est. 688. *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. *ibid. b.* Qua conditione emphyteuta jus suum vendere, aut aliter alienare possit: & quid hic apud Batavos. 689. *a.* Contractum emphyteuticum esse vetustissimum, & quid à Zenone acceperit. *ibid. a. b.*

Emphyteuticus contractus, & censualis, quomodo differant. 690. *a.* An ad substantiam contractus emphyteutici scriptura necessaria. 689. *b.* An emphyteutæ in casu insolitæ sterilitatis remissio canonis præstanda. 690. *a.*

Emptio. 668. *a.* Quando emptio perfecta intelligatur. 669. *b.*

Emptione perfecta sine communi consensu recedi non posse, licet arrhæ intervenerint. 673. *a.* Quando res in hoc contractu desinat esse integra. 672. *a.* Quando inter contrahentes actum intelligatur, ut contractus in scriptis fiat. *ibid. a. b.* Quando negotium, quod scriptura fieri placuit, pro perfecto habeatur. *ibid. b.*

Emptio & permutatio, ac pretium. 676. *b.* 677. *a. b.*

Emptionis substantia ex pretio consistit; & quid inde. 674. *a.* Quid, si pretium alieno arbitrio permissum. *ibid. b.* 675. *a.* Arbitratoris manifesta iniquitas corrigi potest officio judicis. *ibid. a.*

Error consensui quando obstet, aut non obstet. 654. *a.* Quid, si non in ipso corpore, sed in materia erratum. *ibid. b.*

Error matrimonium vitians, aut non vitians. 44. *b.* 45. *a.*

Exceptio quid; & unde dicta. 865. *a. b.* Exceptio in factum, qualis; & unde. 867 *b.* Exceptiones perpetuæ, & temporales. 870. *a. b.* Exceptio excussionis, an dilatoria. 871. *b.* Exceptio dilatoria propter diem initio obligationi adjectum. *ibid. b.* Exceptio doli cur perpetua cum actio de dolo temporalis. 870. *b.*

Exceptio divisionis. 871. *b.* & ordinis. 659. *b.*

Exceptio non numeratæ pecuniæ frustra post biennium objicitur, etiamsi debitor probare paratus sit, pecuniam sibi numeratam non esse. 665. *b.* Usus circa hanc exceptionem hodiernus. 666. *b. seq.*

Exceptio læsionis ex causa ætatis, qualis. 876. *b.*

Exceptio procuratoria quotuplex. 872. *a. b.* solutionis. 871. *a.*

Exceptiones in strictis judiciis quæ contestandæ. 872. *b.* 873. *a.*

Exceptiones juris etiam non contestatas usque ad sententiam allegari posse. *ib. b.*

Exceptiones, quæ ad alios transeunt, aut non transeunt. 876. *a. b.*

Exceptioni cedendarum actionum quando locus. 66. *a.*

Exceptionis dilatoriæ genera, ratione objecti. 874. *a.*

Exceptionum peremptoriarum usus in bonæ fidei judiciis. *ibid. b.*

Exceptionum dilatoriarum usus. 873. *b.* Quibus exceptionibus uti liceat etiam in exceptione rei judicatæ. *ibid. b.*

circa Exceptionum usum mores hodierni. 874. *a. b.*

Excusatio tutorum intra quod tempus proponenda & contestanda. 132. *a.*

Exercitoria actio & institoria cui, adversus quem, qua de re, detur. 843. *a. b.* Si plures exerceant, singulos in solidum teneri: quod tamen apud nos non receptum. 844. *a.* Cum magistro & institore etiam directo agi posse: at hoc in praxi non obtinere. *ibid. a.* Exercitores non habent actionem adversus contrahentes cum magistro. *ibid. a.* In contractibus cum præpositis ineundis diligenter observanda lex præpositionis. *ibid. a.*

Exheredare proprie quid sit. 326. *a. b.*

Exheredationis forma alia atque apud veteres, ratione sexus & gradus liberorum, prout nati aut adhuc nascituri. 327. *a. b. &c.* novo jure in omnibus forma exheredationis eadem. 336. *a. b. &c.* jura autem suorum & emancipatorum minime confusa. 337. *a. b.*

Exheredatio an extinguat jus suitatis. 377. *a.*

Exheredationem recte fieri etiam ob causas non expressas *Nov.* CXV modo æque graves, aut graviores. 387. *a. b.* An, si exheredatio facta sit sine elogio, testamentum hodie sit ipso jure nullum. 397. *b.* 398. *a.* Exheredationis vim etiam jure novissimo habet præteritio matris. *ibid. a.* ubi contraria repelluntur, addito jure patrio. *ibid. b.*

Expromissor quid à fidejussore differat. 197. *b.* 656. *a.*

Extranei heredes quotuplici sensu dicantur. 415. *b.* 416. *a.*

Extraneus manumissor, quis dicatur. 576. *a.*

F.

Facere posse, quid sit, & quid illud reo tribuat. 841. *a.* Quibus rebus deductis id æstimetur. *ibid. b.*

Faciendi obligatio cur incerta. 622. *b.* Quid quando ex ea peti possit. *ibid. b.* 623. *a.*

Facta nuda & simplicia separanda ab iis, quæ in rei alicujus præstatione consistunt. 623. *a.* 671. *a.*

Factum alienum qui promittit, cur nec se, nec alium obliget. 637. *a. b.*

Falcidiæ legis ferendæ occasio. 482. *a.*

Falcidiæ appellatione veteres & quartam Senatusconsulti intelligunt. 387. *a.*

Falcidiæ legis virtus, ad quæ vel statim, vel sensim producta. 483. *b.* Ratio legis Falcidiæ quando in portionibus defectis habeatur. 485. *a.* Circa deductionem Falcidiæ, in quantitate patrimonii exquirenda, mortis tempus spectari. 486. *a.* Quæ in bonis defuncti numeren-

rentur, cum de Falcidia quæstio est. 487. *a.* An heres, quod sibi à defuncto debetur deducat. *ibid. a. b.* Quibus casibus Falcidia cesset. *ibid. b.*
Familiæ erciscundæ judicium inter quos reddatur, & quid contineat. 818. *a. b.*
Familiæ emptor fiduciarius cur olim à testimonio testamentario remotus, heres admissus. 303. *a.*
Famosa judicia civilia ex delicto aliqua conditione concurrente. 891. *a.* Ex contractu judicia famosa. *ibid. a. b.* Cur non omnia judicia bonæ fid. famosa. *ibid. b.*
Famosam non esse actionem quod metus causa, nec interdicta, neque conditiones. *ibid. a.*
Famosi libelli quam varia pœna. 763. *a.* Si inventor auctorem indicaverit. *ibid. a.* Pœnæ *l. un. C. de fam. libell.* quando locus. *ibid. a.*
Fera, non vulnerantis, sed occupantis, fit. 153. *a.*
Ferum animal sit, an mansuetum, unde æstimandum. 152. *a.* Feras, etiam in alieno fundo captas, fieri capientium. *ibid. a.*
Fidcicommissa quandoque induci sine verbis fideicommissorum propriis. 508. *b.*
Fideicommissa vim obligandi non habuisse ante tempora Augusti. 489. *a. b.* De fideicommissis extra ordinem jus dici solitum; &, quorum ea jurisdictio. 491. *a.*
Fideicommissaria hereditatis petitio an recte numeretur inter actiones prætorias. 862. *a.*
Fideicommissum etiam ex certo die recte dari. 492. *a.* recte relinqui etiam ab heredibus legitimis & honorariis. 502. *a.* An fideicommissum à legitimo herede relictum successione, propter repudiationem primi gradus agnati, ad sequentem devoluta, debeatur. *ibid. b.*
Fideicommissum hereditatis quis, cui, à quo, recte relinquat. 491. *b.*
Fideicommissorum natura laxior, quam legatorum, & quibus in rebus. 430. *b.*
Fidejussor idem, qui & adpromissor. 656. *a.* Fidejussoris obligatio est accessio principalis. 655. *b.* Fidejussor pro omni obligatione recte intervenit. excepta causa dotis. 656. *b.* etiam pro obligatione ex delicto, quando civiliter agitur. 657. *a.* Quatenus in criminalibus recipiatur. *ibid. a.* Pro qua obligatione naturali interveniens obligetur. *ibid. a.* Quid, si obligatio sit mere civilis. *ibid. b.* Circa obligationem plurium fidejussorum nihil mutatum jure *Nov.* XCIX. 658. *a.* Obligatio plurium fidejussorum non dividitur ipso jure, sed ope exceptionis. 659. *b.* Fidejussor intensive obligari potest; extensive non potest. 660. *a.* Acceptus in majorem quantitatem, quam debetur, ne in debitam quidem obligatur. 661. *a.* & quid hodie. 661. *b.* 662. *a.*
Fiducia veteribus pignus, & proprie hypotheca. 802. *a.*
Filiofam. herede instituto repudiante, utrum pater, an substitutus, admittendus. 363. *b.* Pleræque aliæ ejusdem generis quæstiones obiter excussæ. 364. *a. b.*
Filiorum appellatione an contineantur postumi, nepotes, filiæ. 93. *b.*
Filiusfam. quando heredem ab intestato habere cœpit. 541. *a. b.*
Filiusfam. in publicis causis non sequitur jus patris. 90. *a.*
Filiusfam. ne de iis quidem bonis testari potest, quorum fructus patri non quæritur. 321. *a. b.* An de his codicillos facere, aut mortis causa hæc donare sine consensu patris. 322. *a.*
Finium regundorum inter quos, cujus rei gratia, agatur. 818. *b.*
Flumina, portus, piscatio, quo jure hodie censeantur. 144. *a.*
Fœminæ agnatæ, non consanguineæ, quo ordine vocentur à prætore. 536. *a. b.*
Formulæ in actionibus in personam usitatæ: & quali locus, cum agitur ex obligatione faciendi. 783. *b*
Forum commune esse locum domicilii. 777. *a.*
Forum proprium quæ tribuant, & quid mutatum moribus. *ibid. b.*
Fratres germani, & uterini. 538. *a. b.*
Fratrum filii, quando soli existunt, utrum hereditatem in capita, an in stirpes dividant. 555. *b.*
Fructuariâ locatâ, quid juris circa pensiones. 187. *a.*
Fructuarii onera. 189. *a.* 222. *a.*
Fructuario quid tribuat tum jus utendi, tum fruendi. 220. *a.*
Fructuarius an possideat. 234. *b.*
Fructuarius potest jus, quod habet, alteri locare, vendere, &c. 280. *b.*
Fructuarius & colonus in quo discrepent, aut conveniant. 187. *b*
Fructus quid; & quotuplex. 181. *a. b.* Quando fructus percepti intelligantur. *ibid. b.*
Fructus non fiunt fructuarii, nisi ipse eos perceperit. 186. *b.*
Fructus percipiendi jus non transire ad heredem fructuarii, licet majore parte anni usufructus steterit. 186. *b.* 187. *a.*
Frumentum ex spicis alienis excussum, manet ejus, cujus spicæ sunt. 166. *b.* Quid de vino & oleo, &c. expresso. *ibid. b.*
Furem non esse, nisi qui fraudulenter rem alienam contrectet. 734. *b.* Non item, qui non lucrandi animo. *ibid. b.* Quid, si urgente fame esculenta ablata. 735. *a.*
Furiosus à mente capto quid distet. 119. *b.*
Furta quam varie apud varios multata. 738. *a. b.* Non pugnare cum justitia attributrice, quod interdum morte puniantur. 738. *b.* 739. *a.*
Furti actio, quibus competat. 744. *a. b.* civilis, an concurrat cum criminali. 748. *b.* etymon. 735. *b.* inquirendi ratio vetus. 737. *b.*
Furtiva conditione an heres furis teneatur in solidum. 749. *b.*
Furtorum domesticorum coërcitio vetus & hodierna. 744. *a.* genera. 736. *a. b.*
Furtum manifestum. *ibid. b.* nec manifestum. *ibid. b.*
Furtum non fieri sine contrectatione: & quid inde. tum quis contrectare dicatur. 734. *b.* fieri non intelligi, nisi sit, qui possideat. 735. *a.* per se & natura turpe esse, *ibid. a.* aliquo casu facere non videri, qui sciens rem alienam vendit. 244. *b.* 245. *a.*
Furti actio datur ob gallinam surreptam. 156. *a.*

G.

GEnus quid sit prudentibus; quid species. Generis legatum quando valeat. 461. *a.* ubi utile est generis legatum, regulariter electionem esse legatarii. 462. *a.* Vetus inter genera legatorum circa potestatem eligendi differentia. *ibid. a.* An istius differentiæ adhuc ratio habenda. *ibid. a. b.* Quibus casibus electio sit heredis, ubi testator id non expressit. 462. *b* 463. *a.* Electionem non usquequaque esse liberam, & quid hic jure patrio. *ibid. a. b.*
Generationis vis in fœminis citius incipit, quam in maribus. 112. *a.*
Gradus heredum ex serie successionis, à testatore factæ, æstimandos. 359. *a.*
Graduum cognationis distinctionem cur nosse oporteat; & cur seriem cognitionum Jureconsulti gradus vocitent. 560. *a. b.*
Graduum dinumerationis discrimen inter jus civile & canonicum. 61. *b.* Qua serie gradus numerentur. 560. *b.*
Grege legato, etiamsi unica ovis tantum supersit, eam legato cedere, & cur non idem in legato usufructu gregis. 231. *a.* 456. *a. b.*

H.

HAbitatio, quid. 237. *b.* Habitatio tam vendi, quam locari potest 238. *a.*
Heres, unde dictus. 424. *a.*
Heredes omnes apud nos voluntarii. 411. *a.*
Hereditas, proprie quid sit. 205. *b.* 283. *b.* quibus modis deferatur. 283. *b.* 284. *a.*
Hereditas jacens, diversa consideratione recte dicitur repræsentare personam defuncti, & personam heredis. 344. *b.* In quibus hereditas personæ vice fungi non potest. 629. *b.*
Hereditas in tot partes distribui potest, quot testator voluerit. 346. *b.*
Hereditatem olim qui & in quantum capere non potuerint. 341. *a.* Qui & in quantum hodie heredes instituti non possint. *ibid. a. b.*
Hostem occidere an liceat, postquam captus est. 31. *a. &c.*
Hostium res, veteribus eodem loco fuerunt, quo res nullius. 156. *b.* Ager ex hostibus captus, cur publicus fiat. 157. *a.* & quid de mobilibus, tum olim, tum hodie. *ibid. a. b.*
Hypotheca, *vide* Fiducia.
Hypothecaria, nomen commune. *vid.* Pignoratitia.
Hypothecaria legatariis à Justiniano primum data: item qua de re, adversus quos, ea competat. 429. *a.*

I.

IMperativa verba interdum vim habere precariorum. 508. *a. b.*
Impubes pubertati proximus an obligetur naturaliter, sine tutoris auctoritate contrahens. 646. *a. b.* Cur non obligetur auctore patre. 647. *a.*
In jure, & in judicio, fieri, diversa veteribus. 776. *a.*
Incertæ personæ cur olim non recte legaretur. 466. *b.* cur tale legatum solutum per errorem repeti non potuerit. 467. *b.*
Indebiti soluti condictio ut competat, quæ requirantur. 718. *a.* An error juris repetitioni semper obstet. *ibid. b.* 719. *a.*

Obligatio indebiti per errorem soluti, sitne ex vero, an quasi ex contractu. 719. *b.* 720. *a.* Causæ, ex quibus indebitum errore solutum non repetitur; & cur id placeat. 720. *b.* 721. *a. b.*

Individuum, quot modis dicatur. 50. *b.*

Individua vitæ consuetudo. 51. *a.*

Infans quamdiu quis habeatur; & gradus ætatis pupillaris. 645. *a.* Infantiæ proximus. *ibid. b.* Proximi pubertati; &, an hi naturaliter sine tutore obligentur. 646. *a.*

Ingenui, quinam veteribus, & postea, dicti; &, quid proprie vox Ingenuus. 34. *b.*

Ingenuitatis inter quos vertatur quæstio. 810. *b.*

Injuria re, quot modis fiat. 762. *a. b.* Injuriam factam an verbis liceat repellere. *ibid. b.*

Injuria remissa, adhuc peti posse impensas, &c. 769. *b.* Cur non dissimulatione injuria aboleatur. *ibid. b.* An idem obtineat in reali injuria. *ibid. b.* Plures species tacitæ remissionis. *ibid. b.* In actione injuriarum annus utilis, an continuus; &, ex quo tempore currat. *ibid. b.* Actio injuriarum ex lege Cornelia perpetua. 770. *a. b.* levis, & atrox injuria, unde æstimetur. 767. *b.*

Injuriæ quæ pœna ex lege XII tabb. 766. *a.* quæ ex edicto prætoris. *ibid. b.* ex lege Cornelia. 767. *a.* Actionem injuriæ ad palinodiam, civilem esse, non criminalem. 768. *b.* In actione criminali pœnam extra ordinem constitui: civili electa, hanc consumi, & contra. *ibid. b.* Civiliter conventus actione injuriarum, qua ratione infamiam effugiat. *ibid. b.*

Injuriarum actio, cur nec in heredem, nec heredi detur. 863. *a. b.*

In jus vocatio an pars judicii. 892. *b.* Effecta in jus vocationis. *ibid. b.*

In jus vocare, quid sit; & quid, citare. 893. *b.*

Instituti sine partibus ex æquis partibus succedunt, quamvis, testamento non facto, æqualiter successuri fuissent. 349. *b*

Instituti ex imparibus partibus, atque invicem substituti. 361. *a. b.*

Institutio servi alieni sustinetur ex persona domini; proprii, ex consequentia libertatis. 341. *b.* Quid juris in servo communi ab uno è dominis herede instituto. 342. *a.* Quid, si servus heres institutus sit à fructuario. *ibid. b.*

Institutionem heredis multorum moribus ad substantiam testamenti non desiderari. 357. *b.*

Institutus ex certa parte hereditatis, vel ex certa re, quod bonorum omnium heres fiat, id esse ex subtilitate juris. 347. *a.* 348. *b.*

Insula in mari cur raro nascatur. 160. *b.* Cur frequenter in flumine. *ibid. b.* 161. *a.* in flumine nata, est vicinorum possessorum. 161. *a. b.* non proprietate tantum, sed etiam usu. *ibid. b.* pro qua parte cuique vicinorum acquiratur. *ibid. b.* quo jure. 162. *a.* quid hic apud nos. *ibid. b.*

Interdicta cur potissimum de possessione proposita. 877. *b.* Quæ interdicta causam proprietatis, aut quasi, contineant. *ibid. b.*

Interdicta retinendæ & recuperandæ possessionis, etiam fructuario dari. 883. *a.*

Interdicta adipiscendæ possessionis. 879. *b.*

Interdictorum divisio a forma. 878. *a. b.* Uti possidetis, & Utrubi, vetus differentia, ejusque sublatio: tum, quid hic jus Can. & mores hodierni. 882. *a. b.*

Interdictum quid sit juxta veterem formulam, & quid hodie. 877. *b.*

Interdictum Quorum bonorum cui, adversus quem, competat: cui bono comparatum. 879. *b.*

Interdictum Salvianum adversus quos detur. 880. *b.* Affine huic interdicto remedium actio Serviana, & cur interdicto experiri utilius. *ibid. b.*

Interdictum *unde vi* quatenus Canonibus extensum: & de remedio can. Redintegrandæ, tum quomodo hic apud Batavos procedatur. 886. *a.*

Interdictum *unde vi* quibus, quarum rerum nomine, detur. *ibid. a.*

Interesse, qua ratione incertum. 623. *b.*

Interrogationis & responsionis congruentia unde æstimanda. 641. *b.* Quid juris, si diversitas versetur circa rem aut quantitatem. 642. *a. b.* 643. *a.* Quid si circa qualitatem. 642. *a. b.*

Intestabiles qui dicantur; & an aliquam habeant testamenti factionem. 298. *a.*

Intestato filio mortuo, peculium castrense quando, & quo jure, ad patrem pertineat. 320. *a. b.*

Intestatus quis dicatur; & an ea appellatio etiam ad pupillum, furiosum, &c. pertineat. 515. *a.* Successioni ab intestato quando locus, testamento irrito facto. *ibid. b.*

Inventarii beneficium. 421. *a.* ejus neglecti pœna. *ibid. a.* jus hodiernum circa adeundam sub beneficio inventarii hereditatem. *ibid. b.*

Inventario non confecto, an heres amittat quartam Trebelliani; & an testator hujus quartæ deductionem prohibere possit. 498. *a. b.*

Inventio, species occupationis. 157. *b.*

Inundatio, quid, proprie; & quæ ejus vis. 164. *a.* Circa inundationes quid juris apud Hollandos. *ibid. a. b.*

Irrita fieri quando dicantur testamenta. 388. *b.*

Iter quid sit; quid eo contineatur. 208. *a.*

Judex secundum conscientiam, an secundum acta & probata, judicare debeat. 895. *b.* 896. *a.*

Judex, per imperitiam male judicans, cur non æque ex delicto obligetur, ac medicus male curans. & circa hoc mores hodierni. 770. *b.*

Judex per se non competens potest ex accidenti competens fieri; & quibus ex causis. 778. *a.*

Judicis & arbitri nomina, quam varie accipiantur. 780. *a. b.*

Judices omnes secundum leges & mores judicare debere. 896. *a.*

Judicis officium in judicando. 895. *a.* dolus, quomodo puniatur. 771. *a.*

Jura captivitatis inter quos adhuc observentur. & quid circa hæc inter Christianos. 31. *b.*

Jura prædiorum quo adspectu servitutes dicantur. 206. *a. b.*

Jure magistratus quæ competere dicantur; & quæ specialiter tributa. 105. *b.* illa mandata jurisdictione transire, hæc non item. 106. *a.*

Juris variæ significationes. 6. *a. b.* propria, quæ huc quadrat. *ibid. b.* præceptativa. 8. *b.* 9. *a.* divisio. 9. *b.* 11. *a.* publici nomen. 8. *b.* Animalia bruta juris non sunt capacia. 12. *a.* 13. *a.*

Juris accrescendi, inter plures in eundem usumfructum conjunctos, propria. 231. *b.*

Juris Aesdomici ratio; & qualis ex eo jure successio. 557. *b.*

Juris civilis Batavici distinctio. 25. *a. b.*

Jurisconsultorum auctoritas non fuit proprie νομοθετική. 23. *b.*

Jurisdictionis verbum, latius sumptum, etiam ad specialiter concessa referri posse. 106. *a.*

Juris non scripti, quanta, & unde auctoritas. 24. *a. b.* 25. *a.*

Juris Scabinici ratio; & quo fundamento nitatur. 557. *a. b.*

Jurisprudentia media, quæ. 536. *b.*

Jurisprudentiæ subjectum, ejusque considerandi modus. 7. *b.*

Jurisprudentiæ veteris contra accusationem Triboniani defensio. 537. *a. b.*

Jus accrescendi an testator prohibere possit. 348. *a.*

Jus civile, in genere. 14. *a.*

Jus gentium, quid; & unde æstimandum. 14. *a. b.* Ejus distinctio, in primævum, & secundarium. 14. *b.* 15. *b.*

Jus in definitione actionis quid significet. 775. *b.*

Jus naturale, seu gentium, primævum, & immutabile. 27. *a.* eam immutabilitatem præcipue apparere in communibus notionibus. 27. *b.*

Jus personæ, & status, sive conditio, quomodo differant. 28. *b.*

Jus sanguinis, quot modis dicatur. 6. *b.* 99. *b.*

Jus vitæ & necis in servos, non omnes gentes usurparunt. 46. *a.*

Jusjurandum calumniæ, quid sit. 889. *a.*

Jusjurandum advocatorum & procuratorum, in singulis causis. & circa hæc mores hodierni. 889. *b.* 890. *a.*

Justitia, non est potentia naturalis, sed habitus. 7. *a.*

Justitiæ distributio, in universalem, & particularem. 5. *a. b.* an ea necessaria. 5. *b.* 6. *a.* Justitia particularis, ejusque species. 5. *b.* Justitia commutativa non semper respicit proportionem arithmeticam, nec distributiva geometricam. 5. *b.* Disciplina civilis spectat etiam justitiam universalem. *ibid. b.*

L.

LApis pro milliario; &, unde ea appellatio. 132. *b.*

Latini libertiquo jure fuerint. 38. *b.*

Legari à legatario cur olim non potuerit, & an hodie possit. 504. *b.* 505. *a.*

Legari quæ res possint, aut non possint. 432. *a.* Rem alienam legari, nil vetat. *ibid. a.* Quid juris, si res communis legata. 432. *b.* Effectus legati rei alienæ. 433. *a.* Legatum rei, commercio simpliciter exemptæ, inutile; item ejus, quæ ædibus juncta. *ibid. a.* Quid, si res legata exempta commercio certæ personæ? *ibid. a. b.* Quid, si feudum legatum? 434. *a.* Legatum rei alienæ, nisi singulari

lari conjectura adjuvetur, cur demum valeat, si testator sciverit, alienam esse. *ibid. b.*
Legata ante heredis institutionem relicta, cur olim inutilia. 475. *b.* 476. *a.*
Legata & fideicomm. à Justiniano primum exæquata. 430. *a.* eis communia jure veteri. 505. *b.*
Legata relicta civitatibus, collegiis, pauperibus. 466. *b.* 467. *a.*
Legatarii, & fideicommissarii particulares, cur ad testimonia testamentaria admissi. 304. *b.* Divinatio quorundam circa hoc improbata. 304. *a.*
Legatarii & creditores, quatenus cum herede agere possint consumpta portione restituta. 501. *a.*
Legati vindicationis, & damnationis, differentia, & sublatio. 428. *b.*
Legatorum onus ad solum fideicommissarium pertinet. 493. *a.* natura stricta, & cancellis circumscripta. 430. *a. b.* genera. 427. *b.*
Legatum nominis; & quid eo contineatur. 459. *b.* legatum nominis extinguitur, si testatore vivo debitum exactum, aut ultro solutum. 460. *a.* Admitti tamen probationem non mutatæ voluntatis. *ibid. a.*
Legatum omnium bonorum ususfructus, an valeat, alios herede post mortem legatarii instituto. 355. *a.*
Legatum, post mortem heredis aut legatarii relictum, olim non valebat: in tempus mortis relictum contra. & cur tam varie 476. *b.* 477. *a.*
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. 450. *a. b.* 451. *b.*
Legatum rei pignori obligatæ, legato rei alienæ simile. 435. *a.*
Legatum rei, quæ in rerum natura nondum est, an purum sit, an conditionale. 437. *b.*
Legatum rei, quæ legatarii propria sit, inutile: nec convalescere, ea postea alienata. 446. *b.*
Legatum, unde dictum. 426. *a.*
Lege regia jus omne populi privative in Principem translatum. 20. *b.*
Lege Voconia mulieres heredes institui non potuisse. 489. *b* 490. *a.* Accurata in hoc legis caput inquisitio. *ibid. a. b.*
Legem condere non potest populus, alterius imperio subjectus. 13. *b.* 14. *a.*
Leges quibus comitiis à quibus magistratibus latæ. 18. *a. b.*
Leges Furia, Voconia, Falcidia, quo sensu dicantur testatorum gratia latæ. 482. *b.* heredum potissimum causa. *ibid. b.* Quid à quo cautum singulis. 483. *a.*
Leges civiles consuetudine contraria abrogari posse. 28. *a.*
Legis Duodecim verba, *Uti quisque legassit suæ rei*, exposita. 482. *a b.*
Legis varia significatio. 18 *a.*
Legitima portio, quid. 405. *b.* 411. *a.* Actio hujus portionis num ad parentes quoque & fratres pertineat. 405. *b.* An, ut augeri & minui legitima potest, ita & in totum tolli. 406. *a. b.* Si minus legitima relictum, qua actione quod deest, petatur: novique & veteris juris differentia. *ibid. b.* Actio ad supplementum in quibus differat à querela. 407. *a.* Legitima hodie titulo institutionis relinquenda. 410. *a.*
Legitimæ & quartæ Trebellianicæ deductio juxta c. *Rainutius.* 498. *b.*
Legitimati an ad feudum admittantur. 517. *b.*
Legitimatio, & ejus objectum. 69. *b.* Legitimatio per oblationem curiæ, ab usu recessit. 70. *a.* Legitimatio per subsequens matrimonium, sine dotalibus instrumentis non procedit: secus jure canonico, & moribus. *ibid. a. b.* Legitimatio per rescriptum Principis. 71. *a. b.*
Lex Aquilia. 752. *a. b. &c.*
Lex quando obligare incipit. 17. *a. b.*
Lex Voconia. 536. *b.*
Liberationis legatæ quis effectus. 449. *b.*
Liberorum appellatione omnes veniunt, qui ex nobis descendunt. 93. *b.*
Libertatis directæ, & per fideicommissum datæ, differentia an sublata 507. *a. b.*
Libertatis quæstio inter quos versatur. 810. *b.*
Libertini ingenuis exæquati, & à quo. 39. *b.*
Libertinus, & libertus, quid differant. 36. *a. b.*
Libertus centenarius. 567. *b.*
Limitati agri jus alluvionis non habent. 159. *a.*
Literæ olim chartæ, hodie charta literis cedit. 178. *b.*
Literarum obligatio. 663. *b.* an recte sic appelletur. 664. *b.*
Litis contestatio, quid sit. 893. *a. b.* an aliquando à parte rei per affirmationem inducatur. 893. *b.* Ejus effecta. *ibid. b.*
Literas scire, aut nescire, quid. 127 *b.* 128. *a.*
Locatio, & emptio, unde quibusdam in casibus dignoscantur. 690. *b.*
Locatio, quid, & quotuplex. tum, quæ res aut facta locationem recipiant. 683. *a. b.* Locationis & emptionis communia. 684. *a.* in locatione operarum diverso respectu idem & locator & conductor dicitur. *ibid. b.* Singularia quædam circa locationes agrorum apud Batavos. *ibid. b.*

M

Macedonianum Senatusconsultum. 848. *a.*
Mandatum, quid. 702. *a.* Mandati variæ divisiones. *ibid. b.* quid differat à consilio. 705. *a.* Consilium tale instar mandati esse, si quis alicui suaserit, ut pecuniam credat certæ personæ 706. *a.* Mandati rei inhonestæ nullam esse actionem. *ibid. b.* De excedente fines mandati quædam non trita. 707 *b.* 708. *a.* Mandatum cur solvatur revocatione mandatoris. 709. *a.* Cur morte utriusque. *ibid. b.* An morte mandantis finiatur, cum mandavit quid fieri post mortem. *ibid. b.* Casus, quibus mandatario post mortem mandantis implenti mandatum actio datur. 710. *a.* Cur mandatum solvatur renuntiatione mandatarii. *ibid. b.* Quid, si intempestive renuntiet. 711. *a.* Qualis culpa in mandati judicio veniat. *ibid. b.* Mandatum non vitiatur constitutione honorarii: nec datur tamen de ipso honorario mandati actio. 712. *a. b.*
Manumissione servi alieni legati, heres ita liberatur, ut nec æstimationem debeat. & quid, si res legata evicta. 453. *b.* Quid, si heres proprium servum, a se legatum, ignorans manumisit. 454. *a.*
Manumissionis species. 36. *b.* Manumissio vindicta. 37. *a.*
Mariti in bonis uxoris quæ moribus hodiernis potestas. 133. *b.* 134. *a.*
Materiæ dominium non amittit, cujus ex materia in alieno solo ædificatur. 172. *a. b.* Materiæ dominus ædificans in alieno, quando proprietatem materiæ amittat. 174. *b.* Materiæ pretium a possessore qua ratione servari queat. 175. *a.*
Matrimonia parentum cum liberis incestuosa in summo gradu. 58. *a.*
Matrimonium in articulo mortis contractum apud nos non procedit sine dispensatione. 70. *a.* 71. *b.*
Matris & avi materni præteritio vim exheredationis habet. 339. *a. b.* etiam jure novissimo. *ibid. b.*
Merces locationis an consistere possit in alia re, quam pecunia numerata. 686. *a.*
Miles etiam pro parte testatus decedere potest. 348. *b.*
Milites capite damnati an & quatenus jure militari testari possint. 314. *b.*
Militis testamentum an subjaceat querelæ inofficiosi. 338. *b.*
Militibus, testantibus in expeditione, remissa omnia, quæ subtilitatem magis, quam naturalem rationem habent. 310. *a. b.* causa hujus privilegii. *ibid. a.* In hibernis, &c. locatos tale privilegium non habere. *ibid. b.* 311. *a.*
Militum privilegia circa directam substitutionem in casum pupillarem. 382. *b.*
Minor 25. annis procurator idoneus alienæ litis. 43. *a.*
Modi acquirendi jure civili singulares. 239. *a.*
Mores hodierni circa capturam ferarum. 153. *a. b.*
Muciana cautio, & an ea quoque locum habeat in contractibus. 619. *b.*
Mulieres cur arceantur a testimoniis testamentariis. 297. *b.*
Mutui etymon. 600. *b.*
Mutuum an sit species alienationis. 269. *a. b.* Mutuum non confirmari consumptione facta mala fide. 270. *a.* Nummi quando consumpti intelligantur. *ibid. a.* Si mala fide consumpti quæ tunc actio. *ibid. b.*
Mutuum quid. 598. *a.* materia mutui. *ib. a.* Cur mutui datio tantum consistat in rebus fungibilibus. *ibid. a.* Forma mutui propria. *ibid. b.* Singularia in mutuo recepta. *ibid. b.* Debitorem posse eam rem, quam mutuo accepit, in specie reddere. 599. *a.*

N.

Nati ex concubina non magis, quam vulgo quæsiti, jus agnationis habent. 552. *a. b.* Nati ex damnato coitu omnis successionis sunt expertes. *ibid. b.*
Naturales liberi quot modis dicantur. 69. *b.* 72. *b.*
Naturalis omnis obligatio, ipso jure nudo consensu tollitur. 732. *a.* Item, re integra, & civiles nudi consensus, & honorario pignoris. *ibid. b.*
Navis levandæ causa quæ ejiciuntur, pro dere-

derelicto non haberi. 202. *a.* circa res ejectas aut naufragio perditas quid juris tum olim tum hodie. 202. *b.* 203. *a.*

Negotiorum geſtio quale factum. 714. *b.* Actio ex geſto directa cui detur, cui item contraria, quid utraque contineat. *ibid. b.* Cujus culpæ nomine negotiorum geſtor teneatur. 715. *a.*

Nepos ex filio naturali an per ſubſequens matrimonium avi, defuncto patre, fiat legitimus. 70. *a. b.*

Nepos poſt mortem avi conceptus & natus non poteſt avo ſuus heres exiſtere. 522. *b.* nec bonorum poſſeſſionem tanquam cognatus accipere. *ibid. b.*

Nepotes ex diverſis filiis, etiam ubi ſoli ſunt, in ſtirpes familiam erciſcere. 520. *b.*

Nomen quo effectu à creditore alienetur. 782. *b.*

Nominum propriorum differentia ſubtilius, quam vulgo, explicata. 470. *b.* Error in nomine legatarii non vitiat legatum. 471. *a.* Error in nomine proprio rei legatæ non vitiat, in appellativo contra. *ibid. a.* Quid, ſi teſtatorem oculis ſubjectam alieno nomine appellaverit. *ibid. b.*

Notarii publici an ſtipulando alteri acquirant. & quid juris hodie. 639. *a.*

Novatio quid; quæ in ea neceſſaria. 730. *a. b.* novationis effectus. *ibid. a.* Quot modis novatio fiat. *ibid. a.* Novatio, quæ fit per litis conteſtationem, & quid differat à voluntaria. *ibid. b.* Novatio quando fieri intelligatur, ſi ab eodem debitore quis ſtipuletur. 731. *a. b.* Quid circa novationem novo jure inductum: ubi multa notabilia. *ibid. b.*

Noxales actiones an recte inter arbitrarias numerentur. 831. *a.*

Noxa. noxia. noxæ dedere. 850. *a. b.*

Nummi mutuo accepti etiam in alia forma & materia reddi poſſunt. 599. *a.* Aucto aut diminuto nummorum valore eos reddi oportere ea æſtimatione, quæ eſt, cum ſolvuntur. *ibid. b.*

Nummos recte numerari inter res corporales. 204. *a. b.*

Nuptiæ comprivignorum licitæ. 65. *a.*

Nuptiæ fratrum & ſororum interdictæ, etiam jure divino, & moraliter. 59. *a. b.*

Nuptiæ quatenus prohibitæ in linea tranſverſa inæquali: & an huic prohibitioni conſentanea lex divina. 60. *a. b.* Nuptiæ conſobrinorum civili & divino jure licitæ: ſecus jure Can. 61. *a. b.* Nuptiarum prohibitio inter affines lineæ rectæ. 63. *a.* lineæ tranſverſæ. *ibid. a.* inter affines tranſverſæ lineæ interdictæ, *Levit.* 18. an moralia. *ibid. b.* Nuptiæ ſine parentum conſenſu contractæ non confirmantur accedente copula. 67. *b.*

Nuptiarum perfectio nihil præter legitimum conſenſum deſiderat. 70. *a. b.*

O.

Obligatio, quæ nominibus contrahebatur. 665. *a.*

Obligatio naturalis nudo conſenſu tollitur. 732. *a.*

Obligationes, quæ re contrahi dicuntur. 597. *a.*

Obligationum cauſæ ordinariæ, & extraordinariæ. 593. *b.*

Obligationum ſumma diviſio. 590. *a.* Obligatio naturalis, *ibid. a.* Obligationes naturales non omnes eundem effectum jure civili habere, & quæ qualem habeant. *ibid. b.* 591. *a.* Obligatio mere civilis. *ibid. a.* Obligatio mixta. *ibid. b.*

Officium jus dicentis; aliud, quam officium judicis. & in quibus utrumque conſiſtat. 894. *b.*

Oleum, *vide* Frumentum.

Operæ ſervorum vix eſt, ut ſervitutibus perſonalibus annumerentur. 219. *a.*

Optionis & electionis legatum idem eſſe. 464. *a.* differre à legato generis & alternativo. *ibid. a.* Optionis legatum habuiſſe olim conditionem cohærentem perſonæ legatarii. *ibid. b.*

Orcini liberti, & num quid juris in eos familiæ. 507. *a.*

Orficiano Senatuſconſulto filius & filia ad matris ſucceſſionem vocantur, non item nepos & neptis ad ſucceſſionem aviæ. 548. *b.* quod poſtea mutatum. Ex eodem ad matris ſucceſſionem admittuntur & ſpurii. 549. *a.* Quid moribus hic receptum. *ibid. b.*

Ordinis beneficium quale ſit, & quid quibus tribuat. 659. *a.* non pertinet ad fidejuſſores judiciales. *ibid. a.*

P.

Pacta hodie etiam actionem parere juxta ſcita juris Canonici. 596. *b.* Pactum de quota litis jure improbatum. 646. *b.*

Pactum nudum quid, & cur ex eo jure civili non detur actio. 594. *a. b.* Pacta legitima & in continenti adjecta. *ibid. b.* 596. *a.* Ex continenti adjecta an inſint ex parte actoris in contractibus ſtricti juris. 595. *a.*

Parentibus quo jure alimenta debeantur. 12. *b.*

Partum ancillæ cur placeat in fructu non eſſe. 188. *b.*

Pater quo jure olim, ut pater, ſucceſſerit filio. 275. *a. b.*

Patria poteſtas quo ſenſu propria civium Romanorum. 52. *a.* qualis ea olim, poſtea, & hodie. *ibid. b.*

Patricii genere ſemper à plebejis diſtincti, non ordine. 81. *b.*

Patricii qui olim, qui poſtea dicti. 81. *b.* 82. *a.*

Patris jura quibus modis apud nos ſolvantur. 86. *a. b.*

Patroni & parentis manumiſſoris comparatio. 84. *b.*

Patroni, parentes, &c. ſine venia in jus vocari non poſſunt: item hujus juris ratio: & circa hoc mores hodierni. 806. *a. b* 807. *a.*

Patronos lex XII tabb. non alio jure cenſuit, quam agnatorum. 566. *a. b.*

Patronum ab adoptivis excludi cur magis iniquum viſum, quam patrem, fratrem, &c. *ibid. b.*

Pavones, & columbæ, omnes generis feri. 155. *a.*

Peculio legato, quod vivo teſtatore accedit aut decedit, cujus lucro vel damno ſit. 457. *a.* Quid, ſi poſt mortem teſtatoris. 458. *a.*

Peculio pagano adventitio cum caſtrenſi communia. 320. *b.* 321. *a.*

Peculium filiifam. quid ſit: quot ejus ſpecies; & quid ſingulæ, 274. *b.* 275. *a.* Adventitii peculii proprietas primum quibuſdam in bonis: poſtremo generaliter filiofam. conceſſa, uſufructu patri relicto. *ibid. a. b.* Quibus caſibus plena hic proprietas filio acquiritur. & quid circa hæc moribus noſtris & Gallorum. *ibid. b.*

Pecuniæ appellatione res omnes continentur. 205. *b.*

Pecuniæ ſignatæ uſus perantiquus. 677. *a.*

Periculum & commodum rei venditæ ad quem pertineat emptione perfecta. 679. *b.* 680. *a.* Quid juris apud nos ex Conſtitutione Caroli V. *ibid. b.*

Permutationis incommoda. 676. *a.*

Petitoris in actione reſciſſoria intentio. 796. *b.*

Picturæ cur tabulam cedere placeat. 179. *b.* Domino tabulæ adverſus pictorem quomodo ſuccurratur. 180. *a.* In concurſu adverſus tertium poſſeſſorem uter præferendus. *ibid. a.*

Pigneratitia actio quando naſcatur. 609. *a.* quid differat ab hypothecaria. *ibid. a.* ad quid creditor pigneratitius teneatur. *ibid. b.*

Pignora in vicem ſatisdationis quando admittantur. 120. *b.*

Pignoris varia ſignificata. 609. *a.* Pignus contrahi etiam ſola conventione. *ibid. a.*

Pignoris vendendi formam, à Juſtiniano præſcriptam, hodie non obſervari. 268. *b.* Etiam cum convenit, ut pignus diſtrahere liceat, unam ſaltem denuntiationem requiri. 267. *b.* Et quid juris ſi ſolutio ſua die non facta. 268. *a.*

Pignus inter, & hypothecam, nihil intereſſe, quantum ad actionem hypothecariam. 802. *a.* Inter pignus & hypothecam quid proprie interſit ſecundum uſum juris. *ibid. a. b.*

Pignus perſequenti creditori quarum rerum probatio incumbat. 800. *a. b.*

Piſcandi jus in flumine quo ſenſu dicatur commune. 144. *a.*

Piſces in alieno ſtagno capti cujus ſint. 152. *a.*

Pœna conſtituta in eos, qui plus quovis modo petunt. 836. *b.*

Pœnæ nomine legare quid ſit. 478. *a.* Cur tale legatum veteribus improbatum. *ibid. b.* Cur probatum Juſtiniano. *ibid. b.*

Pœnæ ſtipulatione incertitudini obligationis occurri. 623. *b.* 624. *a.* An per ſubjectam pœnalem ſtipulationem præcedens obligatio novetur. 624. *a. b.*

Pœnalem ſtipulationem valere, quamvis inutili ſubjecta ſit. 652. *a.* Pœnam committi etiam ei, cujus nihil intereſt. *ibid. b.* Pœna debetur, quantacunque promiſſa. *ibid. b.* Quoties ſtipulantis intereſt alteri dare, ſtipulatio alteri facta valet. 653. *a.*

Polygamia nunquam in foro conſcientiæ licita fuit. 49. *b.* 50. *a.* 64. *b.*

Portus, *vid.* Flumina.

Poſtumi alieni ſervus cur recte inſtitui heres potuerit, ipſe non potuerit. 344. *b.*

Poſtumi qui proprie dicantur. & qui improprie ſeu quaſi poſtumi. 331. *b.* 332. *a.* Qui ex his agnaſcendo, qui ſuccedendo, teſtamentum rumpant. *ibid. a.* Cur nepti quaſi poſtumæ plus tributum olim, quam filiæ. *ibid. b.* Jus antiquum circa inſtitutionem & exheredationem poſtumorum. 332. *b.* 333. *a.* Quid Gallus circa

ea nepotis poſtumi inſtitutionem introduxerit. *ibid. a.* Quid lex Velleja. *ibid. b.*

Poſtumi ſimiles incertis perſonis. 468. *a.* Poſtumi ſui & alieni. *ibid. a.* Poſtumus alienus quo ſenſu dicatur olim heres inſtitui potuiſſe. 469. *b.*

Poſtumorum appellatione venire omnes liberos naſcituros. 94. *a. b.*

Poſtliminio reverſus quando quis intelligatur. 82. *b.* quæ res poſtliminio recipiantur; & quid juris hodie. *ibid. b.* 83. *a.* origo vocis poſtliminii. *ibid. a.*

Poſſidere quid ſit, in argumento uſucapionis. 249. *a. b.* Poſſeſſionem legitimi temporis, ad uſucapionem definiti, continuam requiri. *ibid. b.* Poſſeſſionis interruptio, ejuſque effectus. *ibid. b.* Etiam alienæ poſſeſſionis acceſſione uti licere ad implendam uſucapionem. 250. *a.* Poſſeſſionem juſtam defuncti prodeſſe heredi etiam ſcienti rem alienam eſſe, injuſtam nocere etiam ignoranti. *ibid. a.*

Poſſeſſionis acceſſione auctoris ſui quando ſucceſſor particularis utatur. 251. *a. b.*

Poſſeſſio cur per extraneam perſonam acquiri poſſit. jus aliquod non poſſit. 281. *b.* Per conſequentiam adeptæ poſſeſſionis etiam dominium nobis acquiri. 282. *a.* vel conditionem uſucapiendi, ſed demum poſtquam ſcientia intervenit. *ibid. a.*

Poſſeſſio rerum hereditariarum nec ſuis heredibus continuatur. 518. *b.*

Poſſidere quid proprie ſit. 883. *b.* Vetus controverſia circa retentionem & amiſſionem poſſeſſionis, quæ a Juſtiniano ſublata. *ibid. b.* Etiam ſolo animo poſſeſſionem retineri. 884. *a.* Ad acquirendam poſſeſſionem, & animo opus eſſe, & ſimul aliquo actu corporali. *ibid. b.* Quibus modis poſſeſſio amittatur. 885. *a.*

Poſſidere pro herede prove poſſeſſore quis dicatur in interdicto Quorum bonorum; & alia nonnulla ſcitu digna. 880. *a.*

Poſſeſſor bon. fid. qui in alieno ædificavit, qua ratione pretium materiæ & impenſas conſequatur. 175. *a.* quid juris in malæ fid. poſſeſſore. 176. *a.*

Poſſeſſor bonæ fidei fructus perceptos ſuos facit. 182. *b. &c.* conſumptos lucratur, extantes omnes reſtituit. 184. *b.* Praxis. 185. *b.* Ratio hujus juris. 182. *a.* 183. *b.*

Poſſeſſor bonæ fidei quis ſit. 182. *b.* quid, ſi poſtea cognoverit rem alienam eſſe. *ibid. b.*

Poſſeſſor bonæ fidei an domino ſervum vindicanti reſtituere debeat, quod ex operis ſervi paratum extat. 280. *b.*

Poſſeſſor malæ fidei nullos fructus percipiendo ſuos facit, aut conſumendo lucratur. 185. *b.*

Poſſeſſores prædiorum provincialium quale jus olim habuerint. 196. *a. b.*

Poteſtatem quam dominus in re ſua habet, lege civili poſſe reſtringi. 48. *b.*

Poteſtatis vocabulum in magiſtratu. 126. *a. b.*

Prædia eorumque jura, cum effectu juris conſiderata, nunquam loco diſtinguuntur. 211. *a. b.*

Præjudicialis actio quid, quotuplex, & unde ſic appellatur. 810. *a. b.* Cur actionibus in rem annumeretur. *ibid. b.*

Prælegatum dotis jure antiquo ſemper plus habuit, quam dotis obligatio. 452. *a.* an idem adhuc jure novo. *ibid. b.*

Præſcriptio non currit adverſus agere non valentem. 796. *a.*

Præſcriptio moratoria, & aliæ dilatoriæ. 871. *a.*

Præſcriptio quadriennii fiſcalis, nec olim cognita, nec canonibus aut moribus recepta. 252. *b.*

Præſumptio duplex pro inſtrumento. 648. *b.* 650. *a.* 662. *b.*

Præterita filia & nepotibus in poteſtate exiſtentibus, quid olim juris. 327. *b.* quid, præteritis poſtumis. 330. *a. b.* quid, præteritis emancipatis. 334. *a.* quid, præteritis adoptatis. 335. *a.* Quid novi circa hæc introduxerit Juſtinianus. 337. *b.* 338. *a.*

Præteritis a patre liberis, an legata beneficio novæ legis conferventur. 399. *b.*

Præterito filio, qui in poteſtate eſt, teſtamentum jure civili nullum eſſe. unde quatuor conſectaria. 327. *b.* An tale teſtamentum prorſus inutile etiam jure prætorio. 328. *b.*

Prætextatus ſermo. 763. *b.*

Prætor circa ſucceſſiones ab inteſtato quomodo jus vetus emendarit. 573. *a. b.*

Prætor hæredem facere cur non poſſit. 574. *a.*

Prætori unde, & qualis, condendi juris poteſtas. 22. *a. b.*

Proceſſus judiciarii partes. 892. *b.*

Princeps quatenus de bonis ſubditorum diſponere poteſt. 48. *b.*

Principes an & quatenus legibus ſoluti. 394 *a.* 395. *a. b.*

Privilegiorum uſus rarus in ſtatu democratico. 21. *a. b.*

Probatio negativæ, arctatæ loco & tempore. 648. *b.*

Procuratoris officium ac poteſtas, maxime hodie. 855. *b.* Procuratorem, de cujus mandato conſtat, non cavere de rato. 857. *a. b.*

Procuratorum diſtinctio vulgata, in ſimplices, & cum libera, late improbatur. 198. *a. b.*

Prodigus, qui facto ipſo talis, an is demum, cui ſimul interdicta rerum adminiſtratio. 118. *a.* non poteſt teſtamentum facere. 324. *a.*

Profanum, quid, & unde dictum. 147. *b.*

Provincialium qui vectigales, qui ſtipendiarii. 197. *a.*

Pubertas in maſculis ex annis etiam olim æſtimata. 111. *a. b.*

Puberum minorum 25. annis obligatio. 646. *b.*

Publicianæ actionis introducendæ cauſa. 793. *b.* Cur, ut competat Publiciana, neceſſe ſit rem traditam eſſe. & an aliquando competat re nondum tradita. *ibid. b.* An & de rebus incorporalibus. ubi & de bona fide, *&c. ibid. a.* An etiam vero domino detur, &, an cum rei vindicatione cumulari queat. *ibid. b.* 794. a. Cur requiratur, ut poſſeſſio amiſſa ſit, & amiſſa caſu. *ibid. a.* Quæ ſit & qualis in hac actione petitoris intentio. *ibid. b.* Adverſus quem detur: quid ei obſtet: tum quis ejus exitus. *ibid. b.* 795. *a.*

Pupillariter ſubſtituere pater non poteſt, multo minus mater, liberis emancipatis. 367. *a.* nec nepoti in poteſtate conſtituto, quem pater antecedit. *ibid. a.* An, ut valeat ſubſtitutio pupillaris, ſufficiat liberos in poteſtate eſſe tempore mortis. *ibid. a. b.* Vulgari caſu expreſſo etiam pupillarem contineri. 368. *a.* An & ex converſo. *ibid. a. b.*

Pupillo, in quem ſolutio collata, recte ſolvi. 271. *b.* Debitorem, pupillo ſine tutoris auctoritate ſolventem, non liberari, licet dominium transferat. *ibid. b.*

Pupillus, aut minor, non reſtituitur beneficio ætatis adverſus ſolutionem factam ſecundum Conſtit. Juſtin. 272. *a.* Quid, ſi nummos ita ſolutos ſalvos habeat. *ibid. b.* Si pecunia, quam pupillus ſine tutoris auctoritate credidit, perierit, utrius futura ſit jactura. 273. *b.*

Q.

Quarta D. Pii, totorum bonorum, an portionis ab inteſtato debitæ, quarta pars ſit: & num etiam hæc aucta. 75. *b.*

Quaſi contractus quid ſit. 713. *a.* Obligationem ex quaſi contractu non eſſe ex tacita conventione. *ibid. a. b.* Tacitum cum ficto, expreſſum cum vero perperam confundi. *ibid. b.*

Quaſi ex contractu heres legatariis proprie obligatur, non creditoribus hereditariis. 717. *a. b.*

Quaſi maleficium quid 770. *a.*

Querela cur etiam parentibus detur, & quibus, quando. 401. *b.* Quod ſtatim poſt liberos ad querelam admittantur parentes, contra rationem juris videri. *ibid. b.* An jure noviſſimo fratres cum parentibus ad querelam admittendi. 402. *a.* An fratres uterini cum conſanguineis debeant concurrere. *ibid. a.*

Querela inofficioſi teſtamenti quando liberis exheredatis aut præteritis neceſſaria. 396. *a.* 341. *b.* quando poſtumis. 404. *a.*

Querela inofficioſi, utrum ſit actio, ſive petitio, an remedium aliquod ab actione ſeparatum. 399. *a.*

Querela non datur iis, qui alio jure venire poſſunt. 403. *b.* Parenti manumiſſori cur detur, cum contra tabulas petere poſſit. *ibid. b.*

Querelæ inofficioſi cur colorem dementiæ veteres prætexuerint: & num idem adhuc hodie. 400. *a. b.*

Querelæ inofficioſi renuntiare videri, qui judicium defuncti agnoſcit. & in univerſum de effectis agnitionis & oppugnationis judicii defuncti, cum collatione juris veteris & novi. 407. *b.* 408. *a. b.*

R.

Rapinæ pœna. 751. *a. b.* Pœna rapinæ, quæ privatis applicatur, &c. exolevit. 751. *b.* 752. *a.*

Recipere, quid. 803. *a.* Actionis receptitiæ & conſtitutoriæ diſcrimen. *ibid. a. b.*

Regula; *Quod ſemel utiliter conſtitutum eſt, durat, licet ille caſus extiterit, unde incipere non potuit*; quando locum habet, & quando contraria. 362. *b.*

Regulæ; *Neminem poſſe rogari, ut plus reſtituat, quam ipſe cepit*; declaratio. 506. *a.*

Reipubl. cauſa qui abeſſe dicantur; & quæ horum peculiaria. 126. *a.*

Religioſus locus ut fiat, quæ neceſſaria. 148. *b.*

Remedium *l. ult. C. de edict. D. Hadriani tollendo.* 880. *b.*

Rerum communium usus omnibus competit. 142. *a. b.* quatenus harum rerum quid occupari, quo effectu, possit. *ibid. b.* 143. *a.* quatenus differant ab his, quæ nullius sunt, communi usui non attributa. 142. *b.*

Rerum immobilium translatio quid jure Batavorum desideret. 198. *a.*

Res omnes aut in bonis nostris sunt; aut extra bona: tertium genus non datur. 140. *a. b.*

Res sacræ, & persona consecrantis. 146. *b.*

Rescindentis & rescissorii judicii commentum. 796. *a. b.*

Rescripta contra jus elicita; & preces subdolo obreptitiæ. 21. *b.*

Restitutio adversus eum, qui absens usucepit rem in civitate manentis. ubi & alia. 795. *b.* adversus eum, qui præsens rem absentis usucepit. 797. *a.* Restitutio adversus usucapionem an detur ex sola causa ignorantiæ. *ibid. a.* Restitutio & rescissio ex edicto, Quæ in fraud. cred. 798. *a.*

Retentio rei dotalis quibus ex causis marito olim concessa. & quid postea hic novi. 839. *b.* Retentio extra causam dotis. *ibid. b.*

Reus quid & unde dictus. 624. *a.* Duo rei stipulandi qui. 625 *a.* Duo rei promittendi. *ibid. b.* Duo rei debendi non aliter nunc fiunt, quam si id specialiter actum. *ibid. b.* jure novissimo iis competere beneficium divisionis, non tamen in foro mercatorum. 626. *a.* Solutione, aliove modo, qui vice solutionis sit, promissore ab uno è reis credendi liberato, totam tolli obligationem. *ibid. b.* Uno è duobus reis promittendi solvente, &c. omnes liberari. *ibid. b.*

Ripa quid sit. 144. *b.* Ripæ non sequuntur conditionem fluminis, ut litora maris, 145. *a.*

Roma olim commune forum. 777. *a.*

S.

SAbiniano Senatusconsulto quid cautum. 528 *b.*
Sacra privata. 147. *a.*

Sancti appellatio quam late pateat. 149. *a. b.* inter sancta an recte portæ numerentur. *ibid. b.*

Satisdatio tutorum apud nos qualis, & nonnulla alia 121. *a.*

Satisdationum modus & usus hodiernus. 860. *b.*

Satisfacere & solvere, item fidejubere & expromittere, quomodo differant. 197. *b.*

Scriptura non pertinet ad essentiam legis. 17. *a.*

Senatusconsulti Macedoniani scopus. 848. *a. b.*

Senatusconsulto Trebelliano quæ incommoda causam dederint. 493 *a.* Quæ Senatusconsulto Pegasiano. 494. *a.* Hoc Senatusconsulto vim legis Falcidiæ productam ad fideicommissa herediratis. *ibid. a.* Discrimen legis & Senatusconsulti circa res, quæ imputantur. *ibid. a. b.* Heres qui ultro totum, quod rogatus est, restituit, an solus onera subeat ex Pegasiano. 496. *a.* Caput Senatusconsulti de cogendo nolentem adire. *ibid. b.*

Senatus juris condendi potestatem quando & unde acceperit. 19. *a. b.*

Senatusconsulto Tertulliano matri, ter aut quater enixæ, liberorum delata legitima hereditas. 544. *a.* Qui matri prælati ex eo Senatusconsulto. *ibid. b.* Jus novum circa matris legitimam successionem liberorum vulgo quæsitorum. 545. *b.*

Sententia sine certa quantitate prolata cur non valeat. 832. *b.* Sententiæ certitudo unde metienda. *ibid. b.* etiam in petitione incerta certam debere ferri sententiam. 833. *a. b.* Quibus casibus certa sententia ferri nequeat. *ibid. a.*

Sententiæ nullius momenti: quæ, licet injustæ, valeant. & quid circa hæc in Belgio. 895. *a. b.*

Sepulcra privata antiquorum, & hodierna. 148. *a.*

Servi quomodo a dominis tractandi. 47. *a.*

Servi pœnæ qui. 80. *b.* 81. *a.* Servitus pœnæ sublata. *ibid. a.*

Servi in his regionibus nulli. 32. *a.*

Servi cur nobis etiam ignorantibus & invitis acquirant. 277. *a.* Cur hinc excipiatur hereditas *ibid. b.* An possessio per servum domino ignoranti acquiratur ex quacunque causa. 278. *a.*

Servitus quo sensu dicatur contra naturam esse. 30. *b.* Voluntaria in servitutem datio. 33. *a.*

Servitus prædii quid sit, quid ea requirat. 207. *a.* Servitutes prædiorum omnes perpetuam causam habere debent, *ibid. a.*

Servitutes altius non tollendi, luminum, & ne luminibus officiatur, an differant. 214. *a.* Aquæ haustus, pecoris ad aquam appulsus, an inter servitutes praediorum recte numerentur. 215. *a. b.* Servitus communi prædio ab uno neque constitui neque acquiri potest. 216. *b.* Ad constituendam servitutem non sufficit sola pactio. *ibid. b.* Ultima voluntate constituitur ipso jure *ibid. b.* 217. *a.* Per usum ac possessionem nostram quomodo capiatur. *ibid. a.* quibus modis amittatur. 218. *a. b.*

Servitutes stillicidiorum & fluminum. 212 *a.* Jus altius tollendi sine servitus. *ibid. b.* 213. *a.*

Servitutes tigni immittendi & oneris ferendi sunt distinctæ, item projiciundi & protegendi. 211. *b.*

Servitutum personalium species. 219. *a.*

Servo proprio herede instituto, quis circa acquirendam hereditatem effectus. 343. *b.* quid circa idem instituto servo alieno. *ibid. b.*

Servo heredis cur pure inutiliter legetur. 474. *a.* cur domino heredis, utiliter. 474. *a.*

Servo alieno, qui paterfam. credebatur, instituto, hereditas ex æquo dividitur inter substitutum servi & dominum. 365. *a. b.*

Servus fructuarius cui acquirat, si dicat se domino proprietatis accipere ex re fructuarii. 279. *a.* Servus fructuarius contemplatione fructuarii heres institutus, jussu fructuarii hereditatem adire debet. *ibid. b.*

Servus proprius, simpliciter tutor datus, directo liber fit. 91. *a.*

Sestertius, & sestertium, an idem valeant. 567. *b.*

Societas quid, quarum rerum, quando, & quomodo. 693. *a. b.* Species societatis subjectis distinctæ. 694. *a.* Universorum bonorum societas, & ejus effecta. *ibid. a.* Inter conjuges moribus Belgii. *ibid. b.* Quæ bona communicentur, si societas simpliciter coita sit. *ibid. b.* Si de partibus societatis nihil convenerit, partes in lucro & damno æquales esse. 695. *a. b.* Si partes expressæ, hæ servandæ, qualiscunque collatio sit. *ibid. b.* Notabilia quædam circa casum, quo ab uno pecunia, ab altero opera confertur. 697. *a.* Quid, si convenerit, ut unus lucri sit particeps, damni immunis. *ibid. a.* Si in una tantum causa, puta in lucro, pars expressa, in altera eadem servari debet. *ibid. b.* Societas, unius e sociis renuntiatione solvitur. 698. *a.* Quibus ex factis renuntiatio tacite arguitur. *ibid. b.* Malitiosa renuntiatio quatenus cui noceat. *ibid. b.* Solvi societatem etiam morte unius e pluribus. & quo id pertineat. 699. *a.* Ad quem gradum diligentiæ culpa in judicio societatis exigatur. 701. *a. b.*

Solennitates quatenus quibus in testamentis paganorum, remissæ. 295. *a.* quatenus jure Canonum & multorum moribus. *ibid. a. b.*

Solutio quid proprie 723. *b.* Aliud pro alio invito creditori solvi non posse. 724. *a.* exceptiones hujus regulæ. *ibid. a.* Ad justam solutionem requiri, ut solvatur simul & semel totum, quod debetur. *ibid. a. b.* Licere unicuique pro debitore solvere etiam ignorante & invito. 725. *a.* Quid, si creditor solutionem ab alio oblatam recuset accipere? & quid, si alius pro emphyteuta canonis solutionem offerat. *ibid. b.* Fidejussore pro reo simpliciter solvente, utrum ipso jure reus liberetur, an per exceptionem. 726. *a.*

Sortis judicium apud veteres frequens. 465. *b.*

Species, *vid.* Genus.

Species nova non acquiritur facienti, nisi eam fecerit suo nomine & bona fide. 165. *b.*

Specificatio pertinet ad modos acquirendi per occupationem. 165. *a.* circa specificationem, Proculi & Sabini dissensus. 165. *b.* 166. *a.* media sententia qua ratione nitatur. 166. *a.*

Sponsalia, eorum genera & effectus. 511. *a. b.*

Sponsores, vades, prædes. 656. *a.*

Spurii an pro turpibus personis habendi. 402. *b.*

Status controversiam quis pati dicatur. 129. *a.*

Statuta qui, qua conditione, condere possunt. 13. *b.* 14. *a.*

Stipendium & tributum an differant. 196. *b.*

Stipulatio quid sit. 611. *a.* Stipulationum usus quam varius. *ibid. a.* Stipulatio non habet certam & determinatam naturam. *ibid. b.* Stipulationis vera originatio. 612. *b.* Ad substantiam stipulationis quæ adhuc requirantur. 613. *a.* Moribus hodiernis stipulationum & pactorum jura fere confundi. 614. *a.* Ex pura stipulatione statim agi potest. *ibid. b.*

Stipulatio non valet, in quam res deducta est, quæ non est, nec unquam fuit. ubi de hippocentauris. 634. *a.* Quid, si deducta

ducta res, quæ esse desiit. *ibid. a.* Quid, si quæ non sit in commercio. 635. *a.* Quid, si stipulator sciat non esse in commercio. *ibid. b.* Quid si ille ignoret, promissor sciat. *ibid. b.* Quando stipulatio utilis earum rerum, quæ secundum quid extra commercium. *ibid. b.* De stipulatione reisuæ. 636. *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 stipulatum recte deducitur. *ibid. b.*

Stipulatio in alium collata quid tribuat stipulatori. 639. *b.* Quid, adjecto solutionis causa. *ibid. b.* quid permittat promissori. *ibid. b.* quid, si adjectus statum mutaverit. 640. *a.* Quid juris si quis conjunctim sibi & alteri stipuletur. *ibid. a. b.*

Stipulatio, post mortem stipulatoris aut promissoris, aut in ante diem mortis, concepta, cur olim inutilis. 649. *a. &c.* Qua ratione jus vetus mutatum. 649. *b.*

Stipulatio præpostera. *ibid. b.* post mortem alterius concepta, aut in tempus mortis reorum. 650. *a. b.* Quid interfit, utrum plures res conjunctim an disjunctim in stipulationem deductæ. 651. *b.*

Stipulationes & obligationes ad hoc comparatæ, ut unusquisque acquirat sibi: qui alii stipulatur, nihil agit. 638. *a.* 652. *a.* Quæ hic cautiones adhibendæ. 638. *b.* Quibus in casis admissum, ut alteri ex conventione alterius utilis actio detur. 639. *a.*

Stipulationes emptæ & venditæ hereditatis. 496. *b.* partis & pro parte. 495. *a.* Cur hæ stipulationes captiosæ. 497. *b.* 498. *a.*

Stipulationes rem pupilli salvam fore, rem ratam haberi, & duplæ, an recte dicantur communes. 632. *a. b.*

Stipulationum judicialium usus. 630. *b.* exempla harum stipulationum. *ibid. b.* Stipulationes prætoriæ unde cognoscantur earum usus & exempla. 631. *a.* Quibus in casis locus ædilitiis. *ibid. a.* Distinctio stipulationum judicialium & prætoriarum ad usum fori accommodata. *ib. b.*

Subsidiaria actio quando pupillis detur adversus magistratus. 122. *b.* qui magistratus ea actione teneantur: & an hodie adhuc in usu. 123. *b.*

Substitutio vulgaris in suo herede non operatur in casum impotentiæ sed nolumtatis. 360. *a.*

Substitutio pupillaris unde dicta, & quo aspectu substitutio. 365. *a. b.* 366. *a.*

Substitutio pupillaris extinguitur anno quartodecimo aut duodecimo completo. 381. *b.* Si longius tempus comprehensum, an substitutio valeat jure fideicommissi. *ibid. b.* An ad causam fideicommissi trahatur substitutio à pubertate incipiens. *ibid. b.* 382. *a.* Apud Batavos substitutioni pupillari non est locus. & quid de exemplari. 383. *a. b.*

Substitutio exemplaris quo consilio introducta. 372. *a. b.* Quid juris, si uterque parens exemplariter substituat. *ibid. b.* Substitutio exemplaris an ad mutos quoque & surdos porrigenda. 373. *a.* Etiam impuberibus mente captis, in potestate sunt, recte exemplariter substitui. *ibid. a. b.* Si plures sint mente capto liberi vel fratres, posse vel unum ex his substitui, *ibid. b.* An & exheredatis exemplariter recte substituatur. *ibid. b.* An substitutio exemplaris per resipiscentiam infirmata vires recipiat redeunte morbo. 374. *a.*

Substitutionis verbum, quam varie usurpetur. 357. *a.* Substitutionis divisio in directam & fideicommissariam. 357. *b.* Substitutionis nomine simpliciter posito intelligi directam: & perfecta hujus definitio. *ibid. b.* 358. *a.* Substitutionem in codicillis factam sustineri in vim fideicommissi. 359. *a.*

Substitutionis pupillaris exheredato factæ formula. 376. *a.* à substituto filii exheredati patrem legare non posse, sicut nec ab ipso exheredato. 376. *b.* 377. *a.*

Substitutionis pupillaris formula generali soli vocati intelliguntur, qui heredes nominatim scripti. 380. *b.* ex eadem formula soli veniunt, qui patri heredes extiterunt. *ibid. b.* Aliusejusdem formulæ effectus. *ibid. b.*

Substitutus substituto intelligitur etiam substitutus instituto. 362. *b. &c.*

Substitutus pupillo quando vi formulæ vulgaris admittatur. 369. *a. b.* Quando vi formulæ pupillaris. *ibid. b.*

Substitutus pupillaris excludit heredes omnes legitimos, etiam matrem. 370. *a.* etiam quoad legitimam. *ibid. b.* Idem in pupillari tacita. *ibid. b.*

Succedere in capita quid sit, quid in stirpes. 520. *a.*

Succedendi ab intestato ratio ex jure novissimo. Successio liberorum. 554. *a. b.* Successio parentum. 555. *a.* Successio collateralium. 555. *a. b.*

Succedendi ab intestato ratio apud Batavos. 557. *a. b.*

Successioni in legitimis hereditatibus cur olim non esset locus. 540. *a. &c.* Cur Justinianus admiserit. 540. *b.* Quid sit, quod dicitur, successionem non esse in suis heredibus: & num id mutatum. *ib. b.*

Successionis in stirpes usus initio tantum inter suos heredes fuit: tum hujus successionis ratio. 520. *a.* Quatenus procedente tempore extensa. *ibid. b.* Cur in ea proximior ulteriorem non excludat. *ibid. b.* Ad successionem intestati qui descendentium, lege 12. tabb. & à prætore vocentur. 529. *b.* Juris veteris derogatio qua ratione, & an sufficienti nitatur. 530. *a.* Quatenus primum *leg. C. Theod.* dein *l. ult. C. de suis & leg. liber.* juri veteri derogatum: & alia non trita. 530. *b.* 531. *a. b.*

Sui heredes qui dicantur. 413. *a.* ratio hujus nominis, & quædam alia non passim obvia. 413. *b.* Altera horum heredum qualitas, sc. necessitas. & quid ea operetur. 414. *b.* Prætor jus suitatis non sustulit dato beneficio abstinendi, sed necessitatem. *ibid. b.*

Surdi & muti pro herede gerere possunt. 424. *b.* Quid, si hereditas delata infanti aut furioso. *ibid. b.*

Surdos & mutos natura in militiam legi non posse. 313. *a*

Suspectum recte postulari etiam apud eum, cui mandata jurisdictio. 135. *a.*

Suos heredes sub alia conditione instituì non posse, quam quæ sit in eorum potestate. 353. *b.*

Suus heres an quis existere possit, quo tempore inspiciendum. 521. *a. b.*

Suus heres accepto vulgari substituto, ex necessario fit voluntarius, salva qualitate sui heredis. 359. *b.*

T.

Testamentum annuso duntaxat signare licuerit an & alio instrumento. 296. *a. b.*

Testamenti factio quotuplex. 297. *a.*

Testamenta non notis, sed literis scribenda. 306. *a.*

Testamenti scripti. 293. *a.* mixti ex prætorio & civili forma. *ibid. a. b.* In testamento scripto non exigi, ut testis intelligat sermonem testatoris. *ibid. b.* Singularia in testamento cæci. 324. *b.* 325. *a.*

Testamenti factionem cur filiifam. non habuerint. 319. *a.* Cur ne patre quidem consentiente potuerint testari. & quid hic de codicillis & mortis causa donatione. *ibid. a. b.* Circa hæc mores nostri. 322. *a.*

Testamento patris non subsistente, & filii nullum esse. 378. *b.* ideo patrem prius sibi debere testamentum facere. *ibid. a.* Testamento patris per querelam rescisso pupillarem substitutionem concidere, & cur non item bonorum possessione contab. *ibid. b.* quid juris hic jure novissimo. 379. *a.*

Testamento scripto cum nuncupativo communia. 307. *b.* discrepantia. *ibid. b.*

Testamentum factum juxta statutum aut consuetudinem alicujus loci an etiam vim habeat extra illum locum. 308. *b.*

Testamentum unius in plures codices referri potest. An & testamenta plurium in codicem unum. 306. *b.*

Testamentum à pagano non rite factum, si is postea militare cœpit, an id jure militiæ valeat sine nova voluntate in castris declarata. 315. *b.*

Testamentum in procinctu. 289. *a.* Calatis comitiis. 288. *a.* per æs & libram. 289. *b.* quando hæc in usu esse desierint. 290. *b.* testamenti prætorii forma. 291. *a. b.*

Testamentum antea factum cur furor postea incidens &c. non vitiet: capitis deminutio vitiet. 323. *a. b.*

Testamentum ut confiatur, quænam in persona testantis requirantur. 318. *a.*

Testamentum apud hostes factum jure postliminii non convalescere. 325. *a.* quid hic juris hodie. 326. *a. b.*

Testamentum in genere quid sit. 284. *a. b.* aliæ testamenti descriptiones examinatæ. 285. *b.* allusiva & vera testamenti notatio. 285. *a.* Genera testamentorum. 284. *a. b.*

Testamenti factio sitne juris gentium, an juris civilis. 286. *a.* liberam testandi potestatem apud multos non esse, nec apud nos de feudis. 287. *a.*

Testamentum ruptum nativitate postumi præteriti, eo ante patrem mortuo, vires recipere. 390. *a.* testamenti posterioris cancellatione restitui prius, cujus tabulæ integræ. 390. *b.* differentiæ circa restitutionem testamenti irriti facti maxima aut media capitis deminutione, & arrogatione. 391. *a.* Testamentum rite factum nuda contraria voluntate non infirmari, quamvis coram testibus declarata. *ibid. b.* Quid juris si cau[illegible]

adjecta, *Quia volo decedere inteſtatus.* 392. *a.* Cur ne novi quidem teſtamenti inceptio vim Corrumpendi prioris habeat. *ibid. b.* temperamenta hujus doctrinæ. 393. *a.*
Teſtamentum quot modis rumpatur. 384. *a.* 385. *a.* Teſtamento deleto, inciſo, &c. utrum fiſco deferatur hereditas, an venientibus ab inteſtato. *ibid. a.* An jura de inciſione, inductione, &c. agentia pertineant etiam ad teſtamenta nuncupativa, de quibus inſtrumentum conficitur, ut nunc moris eſt. *ibid. b.* Cur prius teſtamentum rumpatur per poſterius, etiam tabulis integris manentibus. *ibid. b.* etiamſi non revocetur. 386. *a.* Quid juris ſi prius teſtamentum contineat clauſulam derogantem. 386. *b.* Quid, ſi ex poſteriore nemo heres exſtiterit. *ibid. b.*
Teſtamentum deſtitutum. 386. *a.* 515. *b.*
Teſtandi facultatem naturam non habere, quem natura voce & auditu privavit. 313. *a. b.* Quid de his, qui caſu muti aut ſurdi facti. notata ſimul oſcitantia Compilatorum. *ibid. b.* & quid hic jure communi. 322. *a.*
Teſtandi forma in his regionibus. 308. *a.*
Teſtandi facultatem capite damnati olim amittebant. an poſtea abeo jure receſſum. 318. *a.*
Teſtandi jure militari privilegium etiam noſtri temporis militibus competere. 317. *b.*
Teſtato pro parte & inteſtato nemo decedere poteſt: & quam rationem id habeat. 347. *b.* circa idem mores hodierni. 348. *b.*
Teſtatoris voluntas declarata teſtamento minus ſolenni an obliget in foro conſcientiæ. 294. *a.*
Teſtes ad teſtamentum adhiberi non poſſunt, muti, ſurdi, cæci. 298. *a.*
Teſtis in teſtamento eſſe non poteſt qui eſt in poteſtate teſtatoris. & quid de filio emancipato. 301. *a.* An pater in teſtamento filii poſt miſſionem teſtantis de caſtrenſi peculio recte teſtis adhibeatur. 301. *a. b. &c.* teſtes domeſtici cur reprobentur, & quid hic teſtimonium domeſticum. 302. *a.*
Teſtis an recte adhibeatur heredis pater, in cujus poteſtate non eſt, aut filius heredis emancipatus. 303. *b.*
Teſtibus in teſtamento militis ſcripto opus non eſſe. 312. *a.* quot teſtes à milite per nuncupationem teſtante adhibendi. *ibid. b.* An rogatio teſtium militi neceſſaria. *ibid. b.*
Teſtium conditio tempore teſtamenti ſpectanda. 298. *b.* idem juris & in habilitate putativa. 299. *a.* quid, ſi quis è teſtibus ante apertas tabulas moriatur. *ibid. a. b.*
Theſauri varia ſignificata. 190. *a.* inventus in loco proprio, acquiritur inventori. *ibid. b.* etiam in loco ſacro aut religioſo. 191. *a.* in alieno inventus pro dimidio inventoris fit, pro altero dimidio conceditur domino. *ibid. b.* ratio hujus juris. 192. *a.* quid juris hodie. *ibid. b.*
Tigni appellatio quam late pateat. 172. *b. &c.*
Traditio vera & ficta. 193. *b.* Citra traditionem dominia jure gentium non transferri. *ibid. b.* An ad transferendum dominium requiratur vacuæ poſſeſſionis traditio. 193. *b.* 194. *a.* Traditione non transferri dominium niſi juſta cauſa præceſſerit, ſaltem opinione tradentis. 195. *a.* Diſſenſio in cauſis tradendi an & quando impediat dominii tranſlationem. *ibid. a. b.*
Triboniani collectiones minime neceſſariæ. 528. *a.*
Triboniani duplex error animadverſus. 129. *b.*
Triboniani teſtimonium de nudorum corporum inſpectione ſuſpectum. 111. *b.*
Tutela, in abſtracto conſiderata, eſt juris gentium; in concreto, juris civilis. 107. *a.*
Tutelæ affectatæ. 127. *a.*
Tutela legitima, minima capitis deminutione non amplius tollitur. 95. *b.* ejus vix apud nos uſus: & quid moris ceſſante teſtamentaria. 96. *a. b.*
Tutelæ legitimæ ſpecies. 94. *a.* Agnatorum. 94. *b.* 95. *a.* patronorum. 100. *a.* parentum. 101. *a.* fiduciaria. 102. *a. b.*
Tutelæ definitio explicata. 87. *a. b.* ſpecies tutelæ. 88. *b.* tutela an munus publicum. 125. *a.*
Tutelam moribus hodiernis pubertate non finiri. 112. *a.* 114. *a.*
Tutor an jure datus ſit, quibus ex rebus æſtimandum. 89. *b.* qui quibus teſtamento tutores dare poſſunt. 88. *b.* Tutoris a patre dati confirmatio quid differat a dato a matre vel extraneo. 89. *b.* Tutores confirmati pro teſtamentariis habendi. 90. *a.* Tutorum genera apud nos. *ibid. b.*
Tutor a magiſtratu dari non poteſt minor 25 annis. 92. *a.* Non poteſt dari ad certam rem. ſecus apud nos. 92. *b.* 93. *a.*
Tutor, præter dolum, & culpam præſtat, ſed levem duntaxat. 716. *a.*
Tutor ob culpam latam remotus an fiat infamis. & quid moribus noſtris. 137. *b.*
Tutor interdum à magiſtratu datur impuberi ad adeundam hereditatem. 104. *a.* ratio cogendi tutores ad tutelam ſuſcipiendam. 105. *a.* Tutores dati, qui excuſari volunt, non debent appellare. 131. *b.*
Tutores quando & quoties apud nos rationem reddant. 107. *b.*
Tutoris gubernatio quibus in rebus conſiſtat. 108. *b.* quibus in rebus neceſſaria aut ſupervacua tutoris auctoritas. *ibid. b.* auctoritatis interponendæ modus. 109. *b.*
Tutoris unius, ex pluribus ſatisdationi non obnoxii, provocatione cæteros ſatisdationi ſubjici: & quis ordo in turelæ adminiſtratione uni committenda. 121. *b.* 122. *a.*

V.

VEctigal navigantibus qui jure imponant. 143. *a.*
Venditor an præciſe teneatur rem tradere. 670. *a.*
Venditor levem duntaxat, non etiam leviſſimam culpam præſtat, niſi cuſtodiam in ſe ſuſceperit. 681. *a.* Quarum rerum venditio recte fiat. 682. *b.* Quid juris ſi uterque aut alteruter qualitatem rei neſciverit. *ibid. b.*
Venia ætatis quando, qua conditione, & à quo concedatur; & cur citius foeminis, quam maſculis: ubi & mox de moribus patriæ. 114. *a.*
Veritas plus valet, quam opinio interdum contra, & quando. 447. *b.*
de Verborum obligationibus. 610. *a. b.*
Victus victori in expenſas, &c. damnandus. 889. *b.* 890. *a.*
Via quid ſit, quid contineat, & quibus rebus differat ab actu. 209. *b.*
Vindicare qui rem inſtituit, eum adhuc interdicto agere poſſe; & de judicii petitorii cum poſſeſſorio cumulatione. 882. *a.*
Vindicare quid? lis vindiciarum. vindiciæ, & alia. 813. *b.*
Vinum. *vide*, Frumentum.
Violentiæ varia genera. 749. *a. b.*
Vitium auctoris ſucceſſori neque prodeſt, neque nocet. 251. *b.*
Vitium poſſeſſionis quomodo purgetur. 247. *a.*
Unio prolium in Germania. 71. *b.* 72. *a.*
Univerſitas non titulum acquirendi, ſed rem, quæ acquiritur, ſignificat. 283. *a.* modi acquirendi per univerſitatem. *ibid. a. b.* Species acquiſitionis per univerſitatem apud nos receptæ. 284. *a. b.*
Univerſitatis res quæ, & quantum in his juris ſingulis. 145. *b.* 146. *a.*
Uſuarius etiam ex fructibus induſtrialibus ſumere poteſt: & qua conditione. 233. *b.* Modus utendi, & quam large aliquando cum uſuario agatur. 234. *a.* quarum partium fundi poſſeſſio quodammodo penes uſuarium. *ib. b.* Non poteſt utendam aliis locare aut vendere. *ibid. b.*
Uſuarius non prohibetur, dum ipſe inhabitet partem ædium, quam non occupat, alteri locare. 235. *b.* 236. *a.*
Uſucapionis & præſcriptionis vetus differentia. 239. *a.* In perſona uſucapientis quæ neceſſaria. & de bona fide. 240. *b.* de juſto titulo. 241. *a.* Cur prædia provincialia uſucapi non potuerint. *ibid. b.* Quæ res uſucapionem non recipiunt. 243. *a.* Error falſæ cauſæ obſtat uſucapioni. 248. *b.*
Uſucapionis tempora an apud nos obſerventur. 242. *a. b.* Juris de uſucapione conſtituti ratio. 241. *b.*
Uſus quid ſit, quid uti, quæ onera uſuarii. 231. *b.* 232. *a.* quid inter uſum & uſumfructum interſit, tum in conſtituendo, tum in amittendo. 232. *b.*
Uſus ſervorum. 236. *b.* jumentorum. *ibid. b.* pecorum. 237. *a.*
Uſusfructus in rebus fungibilibus conſtitui non poteſt. 224. *b.* In hoc rerum numero non ſunt veſtimenta. *ibid. b.* 225. *a.*
Uſusfructus amittitur non utendo per modum conſtitutum. 228. *b.* quanto tempore non utendo amittatur. 229. *a.* An olim ſicut adrogatione, ita & adoptione & emancipatione, perierit. 228. *a.* Extraneo ceſſus ad proprietatem revertitur. 229. *b.* Cur mutatione rei extinguatur. 230. *b.* Quando res mutata aut non mutata intelligatur. *ibid. b.*
Uſusfructus quibus modis conſtituatur. 222. *b.* teſtamento conſtitui ipſo jure, inter vivos pactionibus ſed ſi ſequatur traditio. 223. *a.* quid in definitione uſusfructus verbo *juris* ſignificetur. 219. *b.* quid ſibi velint verba, *ſublato corpore.* 222. *b.* uſumfructum formalem ſemper eſſe in re aliena: & quo ſenſu dicatur pars dominii. 220. *b.* 221. *a.*
Uſusfructus definitione non contineri colorem, creditorem ἀντιχρησθεὶς. 220. *b.* neque maritum, heredem fiduciarium, emphyteutam. 221. *a.* Quid in definitione ſibi velit, *ſalva rerum ſubſtantia.* *ibid. b.*

FINIS.

INDEX II.
RERUM ET VERBORUM
IN TEXTUM INSTITUTIONUM.

A.

Absolutoria ut judicia, *lib.* 4. *tit.* 12. *in fin.*
de Accrescendi jure inter legitimos heredes, *lib.* 3. *tit.* 4. §. *ult.*
Actionis definitio *lib.* 4. *t.* 6. *in princ.*
¶ Divisio Prima in Actiones Reales & personales, §. 1. de Actione Confessoria & Negatoria, 2. Actionibus Prætoriis realibus, 3. Actione Publiciana, 4. Rescissoria, 5. Pauliana, 6. Serviana & Quasi Serviana seu Hypothecaria, 7. Actionibus Prætoriis personalibus, 8. Constitutæ pecuniæ, 9. Peculii, 10, & 36. In factum ex jurejurando, 11. Pœnalibus, 12. Præjudiciorum, 13. Condictione suæ rei, 14. de Actionum nominibus, 15. ¶¶ Actionum Divisio secunda, §. 16. ac de Actionibus Persecutoriis rei, 17. Persecutoriis pœnæ, 18. Mixtis, id est, tam in Rem, quam in Personam, 20. ¶¶ Divisio Tertia, §. 21. ac quidem de Actionibus in Simplum, 22. Duplum, 23. Triplum, 24. Quadruplum, 25. ¶ Subdivisio Actionum in Duplum, §. 26. in Quadruplum, 27. ¶¶ Divisio Quarta, ac quidem de Actionibus, Bonæ fidei, §. 28. Uxoriæ rei actione, in actionem ex Stipulatu transfusa, 29. Compensationum & Potestatis judicis, in judicio bonæ fidei, 30, & 39. ¶ de Actionib. Arbitrariis, §. 31. ¶¶ Quinta Divisio, ac de Actionib. ratione Petitionis incertæ quantitatis, §. 32. Pluris Petitionis, 33. Petitionis minoris summæ, 34. Si aliud pro alio petatur, 35. ¶¶ Divisio Sexta, ac quidem de Actione Peculii, §. 36, & seq. Item de Dote, §. 37. Item & adversus Parentem, Patronum, Socium, Donatorem, §. 38. de Actione Compensationum, §. 39. & Cessionis bonorum, §. 40.
de Actione Ædilitia concurrente cum actione pauperiei, *lib.* 4. *tit.* 9. §. 1.
ad Exhibendum, *lib.* 4. *tit.* 17. §. 3.
Communi dividundo, §. 5.
Actionis directæ, utilis & in factum jus ex lege Aquilia. *lib.* 4. *tit.* 3. §. *ult.*
de Actione Exercitoria & Institutoria, *lib.* 4. *tit.* 7. §. 2. Tributoria, §. 3. & directa in patrem & dominum, §. 7. itemque de Prædictarum actionum concursu, §. *eod.*
Familiæ erciscundæ, *lib.* 4. *tit.* 17. §. 4.
Finium regundorum, §. 6.
Actio *Quod jussu* ut adversus dominum detur ob servi negotium, *lib.* 4. *tit.* 7. §. 1.
de Actionibus ad heredes vel in heredes transeuntibus, *lib.* 4. *tit.* 12. §. 1.
Noxalibus, *lib.* 1. *tit.* 8. *pass.*
Perpetuis & Temporalibus, *lib.* 4 *tit.* 12. *pass.*
Realibus, *lib.* 4. *tit.* 17. §. 2.
de Adjudicationis jure & Actione, *lib.* 4. *tit.* 17. §. *ult.*
Adoptionis divisio, *lib.* 1. *tit.* 11. §. 1.
Adoptare qui possint filiumfam. vel non, 2. de Adoptantis & Adoptati ætate, 4. de Adoptione in locum nepotis, neptis, vel deinceps, 5. Adoptione filii alieni in locum nepotis: vel nepotis in locum filii, 6. Adoptione in locum nepotis, & de nepote in adoptionem dando, 7. in Adoptionem qui dari possint, 8. Adoptare ut spadones possint, castrati non possint, 9. Item nec Fœminæ, 10. de Adoptivo servo, vel filio nominato à domino, 12. Adoptatus ut & liberi ejus una adoptentur, *lib.* 1. *tit.* 11. §. 11.
Adoptionis ratio in patria potestate, *lib.* 1. *tit.* 12. §. 8.
in Adoptione si se dederit emancipatus quid juris successionis ratione, *lib.* 3. *tit.* 1. §. 10.
Adoptivorum agnatorum in succedendo juris ratio, *lib.* 3. *tit.* 2. §. 2.
Adoptivorum filiorum & Naturalium collatio, *lib.* 3. *tit.* 1. §. 11.
Adoptivorum instituendorum vel exhæredandorum juris ratio, *lib.* 2. *tit.* 13. §. 4.
Adquirere quibus personis, vel per quas personas liceat. *lib.* 2. *tit.* 9.
Adquirendi modi per Donationem, *lib.* 2. *tit.* 7.
ut Adquisitio fiat per universitatem, *lib.* 2. *tit.* 9. §. 6.
de Adquisitione per adrogationem, *lib.* 3. *tit.* 11.
de Adrogati liberis, *lib.* 1. *t.* 11. §. 11.
Adrogatione ut adquiratur. *lib.* 3. *tit.* 11.
de Adulteriis & eorum judicio, *lib.* 4. *tit.* 18. §. 4.
Ædificium ut solo cedat, *lib.* 2. *tit.* 1. §. 29. & *seq.*
de Ædilitia actione, vid. in voce *Actione.*
Æliæ Sentiæ legis capita, *lib.* 1. *tit.* 6. *in princ.* §. 1.
de Affinibus ratione nuptiarum, *lib.* 1. *tit.* 10. §. 6.
Agere per quos liceat, *lib.* 4. *tit.* 10. *in princ.*
Adgnati naturales qui, & eorum jus successionis, *lib.* 3. *tit.* 2. §. 1.
Adgnati qui, & quibus modis adgnatio vel cognatio finitur, *lib.* 1. *tit.* 15. §. 1. & 3.
de Adgnationis gradibus, *lib.* 3. *tit.* 6. §. 8.
Ut non solum proximi, sed etiam remoti succedant. *lib.* 3. *t.* 2. §. 5.
de Adgnationis jure ut hereditates seu successiones deferantur tam per masculos, quam per fœminas, *lib.* 3. *tit.* 2. §. 3.
de Adgnatorum capite minutorum successione, *lib.* 3. *t.* 5. §. 1. aliorumque agnatorum & cognatorum, *ejusd. t.* §. 5.
de Adgnatorum tutela ab intestato, *lib.* 1. *tit.* 15. §. 2. & *tit.* 16. §. 6.
ad quos Adgnatos tutela pertineat, *lib.* 1. *tit.* 16. §. 7.
Alienare quibus liceat vel non, *lib.* 2. *tit.* 8.
Alluvio fluminum vel maris, cujus juris, *lib.* 2. *tit.* 1. §. 20.
Alvei jus quale, *lib.* 2. *t.* 1. §. 23.
de Ambitu, & de ejus judicio, *lib.* 4. *t.* 18. §. 11.
Animalium fœtus cujus juris, *lib.* 2. *t.* 1. §. 19.
Animalium mansuefactorum domini jus quale, *lib.* 2. *t.* 1. §. 15, & 16.
de Annona & de ejus judicio, *lib.* 4. *t.* 18. §. 11.
Anulorum usus in testamentis signandis, *lib.* 2. *t.* 10. §. 5.
Apum domini jus quale, *lib.* 2. *t.* 1. §. 14.

de Aquilia lege, *lib.* 4. *tit.* 3. vide & inf. in voce *Legis Aquiliæ.*
Aquiliæ legis & Capitalis actionis concurſus. *lib.* 4. *tit* 3. §. 11.
de Aquiliæ legis actionibus. vide ſup. *Actio.*
de Arbitrariis actionibus, *lib.* 4. *tit.* 6. §. 31.
Armorum uſus, *in princ. proœm.*
ab Auguſta domo res vendita, donatione aut alio modo alienata. An uſucapi poſſit, *lib.* 2. *tit.* 6. §. 9.

B.

BElla Imperatoris Juſtiniani, *in proœm.* §. 1.
Bona fide perſonis poſſeſſis ut obligatio adquiratur, *lib.* 3. *tit.* 24. §. 1.
de Bonæ fidei Actionibus, *lib.* 4. *tit.* 6. §. 28.
de Bonorum ceſſione, *lib.* 4. *tit.* 6. §. *ult.*
Bona vacantia, An uſucapi poſſint; *lib.* 2. *tit.* 6. §. 4.
de Bonorum poſſeſſione contra tabulas & unde cognati, *lib.* 3. *tit.* 1. §. 12. *&* 13.
de Bonorum poſſeſſionibus in genere, *lib.* 3. *tit.* 10. Harum ratio & effectus, *in pr. ejuſd. tit.* Species ordinariæ & Jus vetus. §. 1. Jus Novum, 2. Species extraordinariæ, 3. Petitio & Tempus, 4. Jus adcreſcendi & ſucceſſorium edictum, 5. Explicatio temporis, 6. & Quomodo peti debeant, *ejuſd. tit.* §. *ult.*

C.

CAdentia in mare vel flumine rheda currente cujus juris, *lib.* 2. *tit.* 1. §. 48.
Capitis diminutionis definitio & diviſio, & de ejuſdem ſpeciebus, *in princ. & lib.* 1. *tit.* 16. §. 1. 2. *&* 3.
Capitalis actionis & Aquiliæ legis concurſus, *lib.* 4. *tit.* 3. §. 11.
Captivitatis & poſtliminii ratio in patria poteſtate, *lib.* 1. *tit.* 12. §. 5.
Captorum ab hoſtibus dominii jus quale, *lib.* 2. *tit.* 1. §. 17.
Caſus ut & quatenus puniatur aut excuſetur lege Aquilia, *lib.* 4. *tit.* 3. §. 3.
Cauſæ falſæ error, An uſucapionem pariat, *lib.* 2. *tit.* 6. §. 6.
de Ceſſionis bonorum actione, *lib.* 4. *tit.* 6. §. *ult.*
Clavium traditio cujus juris in dominio adquirendo, *lib.* 2. *tit.* 1. §. 45.
Codicillorum origo, *lib.* 2. *tit.* 25. *in princ.* Cauſa efficiens, §. 1. Materia, §. 2. de Numero teſtium & ſolennitate codicillorum, *eod.* §. 3.
Codicis compoſitio, *in proœm.* §. 2.
Cœcus An teſtari poſſit, *lib.* 2. *tit.* 12. §. 4.
Cognationis ordinum & graduum collatio, *lib.* 3. *tit.* 7. §. 1.
Cognationis diviſio & gradus, *lib.* 3. *tit.* 6. *à princ. ad* §. 8.
de Cognatione ſervili, *lib.* 3. *tit.* 7. *in princ.*
de Cognatione ſervili in nuptiis, *lib.* 1. *tit.* 10. §. 10.
de Cognatorum ſucceſſione, *lib.* 3. *tit.* 3. §. 5.
extra commercium quæ eſſe dicantur, *lib.* 3. *tit.* 6. §. 1.
Commodata res ſi ſubripiatur, quid juris. *lib.* 3. *tit.* 1. §. 16.
de Commodati obligatione, *lib.* 3. *t.* 15. §. 2.
Communis rei obligatio qualis, *lib.* 3. *tit.* 28. §. 3.
de Communi dividundo judicio & actione, *lib.* 4. *tit.* 17. §. 5.
de Compenſationum actionibus, *lib.* 4. *tit.* 6. §. 30. & 39.
de Conditione impoſſibili adjecta inſtitutioni, *lib.* 2. *t.* 14. §. 10. Item de Conditionibus pluribus adjectis, *eod.* §. 11.
Conditiones ut infirment obligationes, *lib.* 3. *tit.* 16. §. 6.
de Conductoris morte, *lib.* 3. *tit.* 25. §. *ult.*
Conductor quid præſtare debeat, *lib.* 3. *tit.* 25. §. 5.
de Conductione & Locatione, *lib.* 3. *tit.* 25. *paſſ.*
ex Conſenſu obligationes quæ, & quale earum jus, *lib.* 3. *tit.* 12.
de Conſobrinis & Comprivignis in nuptiis, *lib.* 1. *tit.* 10. §. 4. & 8.
de Conſtitutione, *lib.* 1. *tit.* 12. §. 6.
de Contrahentium morte, *lib.* 3. *tit.* 20. §. 24.
de Conventione mercedis. *lib.* 3. *tit.* 25. *in princip.*
Creditori ſi pignus ſubripiatur quid juris, *lib.* 3. *tit.* 1. §. 14.
Creditor debitoris bona ut alienare poſſit, *lib.* 2. *tit.* 8. §. 1.
Culpa ut & quatenus puniatur aut excuſetur lege Aquilia, *lib.* 4. *tit.* 3. §. 3. & 14.
Curator, cavere nolens; quid juris, *lib.* 1. *tit.* 24. §. 1. An uxori ſuæ datus maritus ſe excuſare poſſit, *lib.* 1. *tit.* 25. §. 19.
Curatores Qui eſſe poſſint, item Qui & è quibus dentur, *lib.* 1. *tit.* 23. *paſſ.* Qui ſatiſdare non coguntur, & quatenus in iis qui ſatiſdare non coguntur, ſatiſdatio locum habeat; itemque qui ex curationis adminiſtratione teneantur vel non, *lib.* 1. *tit.* 24. *paſſ.*
Curatores quibus modis conſtituantur, *lib.* 4. *tit.* 10. §. 2.
de Curatorum propriis excuſationibus, *lib.* 1. *tit.* 25. §. 18. De Curatore & Cura plura in vocib. *Tutor & Tutela.*
Curationem imperfectam relinquens medicus vel chirurgus, ut ob damnum teneatur, *lib.* 4. *tit.* 3. §. 5.

D.

DAmnum occiſionis qua actione perſequi liceat, *lib.* 4. *tit.* 3. §. 11. Vindicari, §. 13. *eod.*
Damni actio ut etiam in heredes tranſeat, *lib.* 4. *tit.* 3. §. 9. Æſtimatio qualis, *lib.* 4. *tit.* 3. §. 9, 10. *& ſeq. ac* §. 15. Injuriæ actio ut conſtituatur per legem Aquiliam, *lib.* 4. *tit.* 3. *in princ.* de Damno quadrupedis. quæ pecudum numero eſt, §. 1. *eod.*
de Damno Filiifamil. ſeorſum à patre habitantis, *lib.* 4. *t.* 5. §. 2.
de Damno aut Furto in navi, caupona aut ſtabulo commiſſo, *lib.* 4. *t.* 5. §. *ult.*
de Damno dejectorum ſeu effuſorum, *lib.* 4. *t.* 5. §. 1.
in Dejectis ſeu Effuſis quid juris obſervandum, *lib.* 4. *tit.* 3. §. 1.
de Deliberandi jure, *l.* 2. *t.* 19. §. 5.
Deportationis ratio in patria poteſtate, *lib.* 1. *t.* 12. §. 1.
Depoſitum ſi ſubripiatur quid juris; *lib.* 4. *tit.* 1. §. 17.
de Depoſiti obligatione, *l.* 3. *t.* 15. §. 3.
pro Derelicto rerum habitarum jus quale in dominio adquirendo, *lib.* 2. *tit.* 1. §. 47.
Dignitatis ratio in patria poteſtate. *lib.* 1. *tit.* 12. §. 4.
de Dignitatis mutatione ratione capitis diminutionis, *lib.* 1. *t.* 16. §. 5.
de Directæ actionis jure, ex lege Aquilia, *lib.* 4. *t.* 3. §. 16. *ſeu ult.*
Dolus & quatenus puniatur lege Aquilia, *lib.* 4. *tit.* 3. §. 3, & 14.
de Doli exceptione, *l.* 4. t. 13. §. 1.
Dominii adquirendi juris ratio, *lib.* 2. *tit.* 1. *tot.*
adverſus Dominum ut actio detur ob ſervi negotium, *lib.* 4. *tit.* 7. §. 1.
Donationis duo genera mortis cauſa, & non mortis cauſa quæ poſterior, aut ſimplex inter vivos vel propter nuptias, *lib.* 2. *tit.* 7. §. 1, 2, *&* 3. *in princ.*
de Dotis actione & ut ob Impenſas in res

res dotales à marito factas uxoris dos minuatur, *lib.* 4. *tit.* 6. §. 37.
de Duplicationis jure, *lib.* 4. *tit.* 14. §. 1.

E.

in Effusis seu dejectis quid juris, *lib.* 4. *tit.* 5. §. 1.
Emancipare filios. An patres cogantur. *lib.* 1. *tit.* 12. §. 10.
Emancipationis ratio in patria potestate, *lib.* 1. *tit.* 12. §. 6.
Emancipatione liberorum ut parentibus adquiratur, *lib.* 2 *tit.* 9. §. 2.
Emancipatus si se dederit in adoptionem quid juris successionis ratione, *lib.* 2. *tit.* 1. §. 10.
post Emancipatum filium vel in Adoptionem datum nepotis nati ratio in patria potestate, *lib.* 1. *tit.* 12. §. 9.
Emancipatorum instituendorum vel exheredandorum juris ratio, *lib.* 2. *tit.* 13. §. 3.
Emancipatorum liberorum juris succedendi ratio, *lib.* 2. *tit.* 1. §. 19.
de Emancipatis ratione tutelæ, *lib.* 1. *tit.* 13. §. 5.
de Emphyteusi, *lib.* 3. *tit.* 25. §. 3.
de Emptione & venditione, *lib.* 3. *t.* 34. ac quidem de Emptione Conditionali, §. 4. Pura, *in princ.* Rei quæ non est in commercio: *ejusd. tit.* §. *ult.* Differentia Emptionis & Permutationis, *ejusd. tit.* §. 2. de Pretii conventione, arris & scriptura, *in princ.* Pretio certo vel incerto, vel in arbitrium alienum collocato. §. 1. & In quibus consistat pretium, *ejusd. tit.* §. 2.
Emptionis & Locationis collatio, *lib.* 3 *tit.* 25. *in princ.*
quæ Exceptiones prosint vel non prosint fidejussoribus, *lib.* 4. *tit.* 14. §. 14.
de Exceptionibus, ac quidem Earum ratio, *lib.* 4. *tit.* 13. *in princ.* Exempla: veluti, Quod metus causa, de Dolo, & in Factum, §. 1. de Pecunia non numerata, 2. de Pacto, 3. de Jurejurando, 4. Re judicata, 5. & Cæteris except. 6. ac quoque earundem Divisiones, 7. & 8. item de Exceptionibus Dilatoriis, 10. Dilatoriis ex persona, 11. *seu ult.* & de Peremptoriis, *eod. tit.* §. 9. Plura de Exceptionibus, vid. & *ejusd. lib.* 4. *tit.* 14. §. 3.
de ad Exhibendum actione seu judicio, *lib.* 14. *tit.* 13. §. 3.

F.

de in Factum actione ex Jurejurando, *lib.* 4. *tit.* 6. §. 11.
in Factum Actionis jus ex lege Aquilia, *lib.* 4. *tit.* 3 §. *ult.*
de in Factum Exceptione, *lib.* 4. *tit.* 13. §. *ult.*
Falcidiæ legis Scopus, nexus & ratio, *lib.* 2. *tit.* 20. *in princ.* de Heredibus pluribus institutis, §. 1. Quo tempore spectetur quantitas patrimonii, ad quam ratio hujus legis redigitur. 2. & Quæ ante Falcidiam detrahantur, §. 3. *seu ult.*
Falsæ causæ error, an usucapionem pariat. Vide *Causa.*
de Falsis & de eorum judicio, *lib.* 4. *tit.* 18. §. 7.
Ferarum jus quale dominii captandi ratione, *lib.* 2. *t.* 1. §. 12. & 13.
Fide bona possessis personis, ut obligatio nobis adquiratur, *lib.* 3. *tit.* 29. §. 1.
de Fideicommissariis hereditatibus, *lib.* 2. *tit.* 23.
de Fideicommissi probatione, *lib.* 2. *t.* 23. §. 12.
de Fideicommisso heredis scripti, *lib.* 2. *t.* 23. §. 2. Heredis ab intestato, §. 10. relicto à fideicommissario, §. 11. *eod.*
Fideicommissorum & Legatorum collatio, *lib.* 2. *t.* 20. §. 3.
de Fideicommissorum verbis, *lib.* 2. *t.* 24. §. 3.
per Fideicommissum quæ relinqui possint, *l.* 2. *t.* 24. *in princ.* §. 1. & 2.
Fidejussores cur accipiantur, *lib.* 3. *t.* 21. *in princ.* in quibus obligationibus, §. 1. ut heredes relinquant obligatos, 2. Si Fidejussor præcedat vel sequatur obligationem, quid juris, 3. de pluribus fidejussoribus, 4. In quam summam obligatus sit fidejussor, 5. de Fidejussoris actione adversus reum, 6. si Fidejussor Græcè accipiatur, quid juris, 7. Quid item si scriptum sit aliquem fidejussisse, §. *ult. eod.*
de Fidejussorum exceptionibus, *lib.* 4. *tit.* 14. §. 4.
Filiusfam. an testari possit, *lib.* 2. *tit.* 12. *in princ.*
ob Filiifamil. dominium ut non teneatur pater, *lib.* 4. *tit.* 5. §. 2.
ob Filiifamil. negotium gestum ut teneatur pater, *lib.* 4. *tit.* 7. §. 6.
Filii ab hostibus reversi post mortem patris succedendi ratio, *l.* 3. *t.* 1. §. 4.
Filii fororum ut agnationis jure succedant, *lib.* 3. *tit.* 2. §. 4.
Filiorum naturalium & adoptivorum collatio successionis ratione, *lib.* 3. *tit.* 1. §. 11.
de Finium regundorum actione seu judicio, *lib.* 4. *tit.* 17. §. 6.
Fiscalis res an usucapi possit, *l.* 2. *t.* 6. §. 4.
à Fisco res aliena empta, donata, aliove modo tradita, ut usucapiatur, *l.* 2. *t.* 6. §. 9.
ad Flumen pertinentia cujus juris, *l.* 2. *t.* 1. §. 10.
Fluminis vis, cujus juris, *l.* 2. *t.* 1. §. 21.
Flumina juris publici, *l.* 2. *t.* 1. §. 2.
Fœminæ ut adoptare nequeant, *l.* 1. *t.* 11. §. 19.
si Forma alicui detur facienda, An dicatur Emptio seu Conductio contracta, *l.* 3. *t.* 25. § 4.
Fructuum perceptio cujus juris, *l.* 2. *t.* 1. §. 38.
Furiosus an testari possit, *l.* 2. *t.* 1. §. 1.
Furti definitio, *l.* 4. *t.* 1. §. 1. Etymologia, §. 2. Divisio seu Genera: ut puta Furtum Manifestum, nec Manifestum, Conceptum, Oblatum, Prohibitum, & non exhibitum: de quibus, §. 3. & 4. Furti pœna, 5. ejus Forma, seu ut ipsum fiat, 6. & 8. de Furandi affectu, 7. Quarum rerum furtum fiat, 9. An de liberis hominibus, *ibid.* De Re propria, 10. Furti qui teneantur, 11. de Furantis ope & consilio, *ibid.* Furtum an committant in potestate existentes, vel ope & consilio alterius utentes, §. 12. Furti actio quibus detur, 13. de Furto commisso in pignore penes creditorem, 14. penes fullonem, sarcinatorem vel bonæ fidei emptorem seu possessorem, 15. Commisso in Commodato, 16. in Depósito, 17. Furti an impubes teneatur, 18. in Furti actionem quid veniat, §. 19. de ejusdem actionibus affinibus, §. *ult.*
Furtivæ res aut vi possessæ, an usucapi possint, *l.* 2. *t.* 6. §. 2. & 3.
de Furto in caupona, navi aut stabulo facto, *l.* 4. *t.* 1. §. *ult.*

G.

Gallinarum dominii jus quale, *l.* 2. *t.* 1. §. 16.
Gradus institutionis & substitutionis ut plures, *lib.* 2. *tit.* 15. §. 1. *in princ.*

H.

Habitationis jus quale, *l.* 2. *t.* 5. §. 5.
si Hæres servus institutus in eadem causa manserit vel non, quid juris, *l.* 2. *t.* 14. §. 1.
Heredis instituendi modi, *l.* 2. *t.* 14. §. 9.

Herede inſtituto ſervo plurium quid juris, *l.* 2. *t.* 14. §. 3.
Heredes inſtitui qui poſſint, *lib.* 2. *t.* 14. *in princ.* de Heredum numero, §. 4. de ſingularum portionibus, §. 6. *eod.*
An inſtitui poſſint quos nunquam teſtator vidit, *l.* 1. *t.* 14. §. *ult.*
in Heredes vel ad Heredes ut transeant actiones, *l.* 4. *t.* 12. §. 1.
Heredum legitimorum Primus ordo, *l.* 3. *t.* 1. §. 1. Secundus, *l.* 2. *in princ.* Tertius, *l.* 3. *t.* 5. *ejuſd.*
Heredum gradus ut plures conſtitui poſſint tam in inſtitutione quam ſubſtitutione: & de numero Heredum in ſingulis gradibus, *l.* 2. *t.* 15. *in princ.* §. 1.
de Heredum qualitate & differentia, *l.* 2. *t.* 19. ac quidem Heredum diviſio quæ, *in princ. d. t.*
de Heredibus extraneis, & qui, *l.* 2. *t.* 19. §. 3. Heredibus neceſſariis, §. 1. & de Suis, §. 2. *eod.*
Hereditarii ſervi jus, *l.* 2. *t.* 14. §. 2.
Hereditatis aditionis obligatio qualis, *l.* 3. *t.* 28. §. 5.
Hereditatis aſſem ſi non diviſerit teſtator, aut partes in quorundam perſona non ultra aſſem expreſſerit quid juris, *l.* 2. *t.* 13. §. 6. Quid item ſi pars vacet aut deſit, §. 7. Si plures unciæ quam duodecim diſtributæ ſint, *eod.* §. 8.
de Hereditatis diviſione, *lib.* 2. *t.* 14. §. 1.
Hereditatis communis obligatio qualis, *l.* 3. *t.* 28. §. 4.
de Hereditatis reſtitutionis effectu, *l.* 2. *t.* 23. §. 3.
de Hereditate adquirenda vel amittenda, *l.* 2. *t.* 19. §. 6.
de Hereditatibus ab inteſtato, *lib.* 3. *t.* 1.
Heredes Sui, qui, *l.* 3. *t.* 1. §. 2.
de Hereditatibus Fideicommiſſariis, *l.* 2. *t* 23.
Homicidii quæ vindicatio ſeu perſequutio ex lege Aquilia, *lib.* 4. *t.* 3. *paſſ.*
de Homicidiis ac quidem de eorum judicio, *l.* 4. *t.* 18. §. 5.
apud Hoſtes teſtamentum an facere liceat, *l.* 2. *t.* 12. §. 5.
de Hypothecaria actione, *lib.* 4. *t.* 6. §. 7.

I.

JActa in mare ſeu flumine navis levandæ cauſa cujus juris, *l.* 2. *t.* 1. §. 48.
Jaculis lædens, vulnerans, vel occidens ut teneatur vel non teneatur, *l.* 4. *t.* 3. §. 4.
Ignominioſi ut fiant litigantes ex judiciis quibuſdam, *l.* 4. *t.* 16. §. 2.
Imperitia ut culpæ annumeretur damni ratione, *l.* 4. *t.* 3. §. 7.
Impubes an teſtari poſſit, *l.* 2. *t.* 12. §. 1.
de Indebito ſoluto, *l.* 3. *t.* 15. §. 1. & *l.* 3. *t.* 28. §. 6.
Infamia ut temere litigantibus irrogetur, *l.* 4. *t.* 16. §. 2.
Infirmitas ut culpæ annumeretur damni contingentis ratione, *lib.* 4. *t.* 3. §. 8.
Ingenui definitio, *l.* 1. *t.* 4. *in princ.*
Injuria occidere ut quis dicatur, & ut occidens teneatur, *l.* 4. *t.* 3. §. 2.
de Injuriis, ac quidem quot modis accipiatur Injuria, *l.* 3. *t.* 4. *in princ.* Quibus modis fiat, §. 1. Quis & Per quos patiatur, 2. de Injuria parentum & liberorum, Viri & Uxoris, Soceri & Nurus, §. 2. Servi, 3. Servi communis, 4. Servi fructuarii, 5. Servientis bona fide, 6. de Injuriarum pœna ex lege XII. tabul. & jure Prætorio, 7. ex lege Cornelia, 8. de Injuriæ atrocis æſtimatione, 9. de ejus judicio atroci & criminali, 10. Injuriarum qui teneantur, 11. Harum actio ut tollatur, §. *ult. eod.*
Inſularum dominii jus quale, *l.* 2. *t.* 1. §. 22.
Inſtitutionum compoſitionis tempus, Auctores, finis, & utilitas, §. 3. *in procem.* Earum diviſio, §. 4. Quid in iis contineatur, 5. Ex quibus libris compoſitæ, earumque recognitio & confirmatio, 6. *eod.*
de Interdictorum jure, ac quidem eorum Definitio, *l.* 4. *t.* 15. *in princ.* Diviſiones, §. 1, 2, & 7. de Interdictis adipiſcendæ & retinendæ poſſeſſionis, 3, 4, 5, & 6. item De eorundem ordine, ac vetere exitu ſeu ritu, §. *ult. eod.*
Inteſtari definitio, *l.* 3. *t.* 1. *in princ.* & de Hereditatibus ab inteſtato delatis, vid. *paſſ. tot. d. t.*
de Inventarii jure ſeu beneficio, *l.* 2. *t.* 19. §. 5.
Inundatio cujus juris, *l.* 2. *t.* 1. §. 24.
de in Jus vocando, *l.* 4. *t.* 16. §. 3. *ſeu ult.*
de In rem verſo, *l.* 4. *t.* 7. §. 4.
ſi Judex litem ſuam fecerit, quid juris, *l.* 4. *t.* 5. *in princ.*
de Judicis Officio, *l.* 4. *t.* 17. *paſſ.* ac quidem in genere, *in princ.* De ejus Poteſtate in judicio bonæ fidei, *l.* 4. *t.* 6. §. 30.
Judicia ut abſolutoria, *l.* 4. *t.* 12. *in fin.* de Judiciis publicis: ac quidem eorum Differentiæ à privatis, *l.* 4. *t.* 18. *in princ.* Etymologia, §. 1. Diviſio, 2. Exempla: veluti, de Majeſtate læſa, 3. Adulteriis, 4. Sicariis ſeu Homicidis, 5. Parricidiis, 6. Falſis, 7. de Vi, 8. Peculatu, 9. Plagiariis, 10. Ambitu, Repetundis, Annona, & Reſiduis, §. 11.
de Judicio noxali, *l.* 4. *t.* 17. §. 1.
de Judicatæ rei exceptione, *l.* 4. *t.* 13. §. 5.
Juris adcreſcendi ratio, *l.* 2. *t.* 7. §. 4.
Juris Diviſio in Mutabile & Immutabile, *l.* 1. *t.* 2. §. 11. in Scriptum & Non ſcriptum, & Juris ſcripti ſubdiviſio, *l.* 1. *t.* 2. §. 3, & 10.
Juris methodus & præcepta, *l.* 1. *t.* 1. §. 2, & 3.
ad Juris ſtudium adhortatio, §. 7. *in procem.*
de Juris objectis, *l.* 1. *t.* 2. §. 12.
Juris Gentium, & Civilis diſtinctio a Definitione & Etymologia, *l.* 1. *t.* 2. §. 1. ab appellatione, & effectibus, §. 2. *eod. t.*
de Jure Civium Romanorum in ſervos, *l.* 1. *t.* 8. §. 2.
de Jure Gentium in ſervos: & ut eo jure ſervitutes introductæ, *l.* 1. *t.* 8. §. 1.
de Jure Honorario, *l.* 2. *t.* 2. §. 7. Naturali, *l.* 1. *t.* 2. *in princ.* Non ſcripto, *d. l.* 1. *t.* 2. §. 9. Publico & privato, *l.* 1. *t.* 1. §. 4.
de Jurisjurandi exceptione, *l.* 4. *t.* 11. §. 4.
Jurisjurandi uſus penes litigantes, *l.* 4. *t.* 16. §. 1.
Juriſprudentiæ definitio, *l.* 1. *t.* 1. §. 1.
Juſtitiæ definitio, *l.* 1. *t.* 1. *in princ.*
Juſtiniani addita conſtitutio, qua ſupplentur caſus reſcripto Divi Marci de ſucceſſione libertatis cauſa, *l.* 3. *t.* 12. §. 1.
Juſtiniani leges & Bella, §. 1. *in procem.*

L.

LEgandi modus & ratio, *l.* 2. *t.* 20. §. 34.
Legatarius ſi proprietatem fundi alieni ſibi legati emerit: & uſusfructus ad eum pervenerit quid juris, *l.* 2. *t.* 20. §. 9.
de Legatarii re, *l.* 2. *t.* 20. §. 10.
Legatum factum ſervo heredis an utile, *l.* 2. *t.* 20. §. 32. item & heredis domino, §. 33. *eod.*
Legatum ſi pœnæ nomine relinquatur, adimatur vel transferatur quid juris, *l.* 2. *t.* 20. §. *ult.* & *paſſ. t.* 21.
Legatorum & Fideicommiſſorum collatio, *l.* 2. *t.* 20. §. 3.

de

de Legatis, *l.* 2. *t.* 20. ac quidem Legati definitio, §. 1. de Legatorum antiquis generibus ſublatis, 2. Legata re. ut puta Teſtatoris, Heredis, Aliena & cujus non eſt commercium, 4. item de Legata re pignerata, 5. de Aliena re poſt teſtamentum a Legatario adquiſita, 6. Eadem re duobus Legata, 8. Re Legatarii, 10. Alienatione vel oppigneratione rei legatæ, 12. Liberatione legata, 13. Debito legato creditori, 14. Dote uxori legata, 15. Interitu & mutatione rei legatæ, 16. Interitu quarundam ex pluribus rebus legatis, 17. Grege legato, 18. Ædibus legatis, 19. Peculio legato, 20. Rebus corporalibus & incorporalibus legatis, 21. Legato generali, 22. Optione legata, 23. Legato relicto incertis perſonis tam ex jure veteri, quam novo: & quid juris in relicto poſthumo alieno. 25, 26, 27, & 28. Errore in nomine legatarii, 29. Falſa demonſtratione legatæ rei, 30. Falſa cauſa adjecta legato, 31. Ordine ſcripturæ in legato, 34. Legato poſt mortem heredis vel legatarii, §. 35. *eod. tit. de legat.*

de Legatis rebus, quæ non ſunt in rerum natura, *l.* 2. *t.* 20. §. 7.

Legari quibus poſſit, *lib.* 2. *tit.* 20. §. 24.

ſi Legaverit quis rem ſuam quaſi non ſuam, quid Juris, *l.* 2. *t.* 20. §. 11.

ex Lege Cornelia, quæ Injuriarum pœna, *l.* 4. *t.* 4. §. 8.

de Lege duodecim Tabul. & jure Prætorio ratione ſucceſſionum, *in princ. l.* 3. *t.* 3. & *in princ. lib. ejuſd. tit.* 8.

ex Lege duodecim Tabul. & jure Prætorio, quæ Injuriarum pœna, *l.* 4. *t.* 4. §. 7. Quæ actio detur ſi quadrupes pauperiem feciſſe dicatur, *in princ. l.* 4. *t.* 9.

Ex Lege Papia quale jus ſucceſſionis, *l.* 3. *t.* 8. §. 2.

de Lege & Plebiſcito, *l.* 1. *t.* 2. §. 4.

Legis Aquiliæ ſumma, *in princ. l.* 4. *t.* 3. Primum caput cavens. De Homicidio & occiſione, *ibid.* Secundum ut in deſuetudinem obierit, §. 12. verum Cujac. exiſtimat fuiſſe cavens. De quavis alia ratione damni dati, quam aliis capitibus traditur: etiam ſi non fuerit læſa res noſtra, ſed intercepta nobis forte utilitas quædam, ut exemplo eſſe poterit. Actio illa adverſus piſcatorem ſocium agitata: cujus meminit Plin. *lib.* 9. *cap.* 59. Tertium vero caput, adhuc in uſu, cæterarum rerum eſt præter hominis & pecudis occiſionem cavens De vulneratione aut occiſione aliorum animalium, quomodo ſcil. id genus damna vindicentur, §. 13. *eod.*

Legis Juliæ & Titiæ ratio Tutelæ, *l.* 1. *t.* 20. §. 3.

de Lege Fuſia Caninia, *l.* 1. *t.* 7.

Legum uſus, *In princ. proœm.*

Leges Juſtiniani, §. 1. *ibid.*

de Legitimatione liberorum, *lib.* 1. *t.* 10. §. 13.

Liberi ut in poteſtate parentum, *in princ. l.* 1. *t.* 9.

Liberorum appellatione qui contineantur, ac quidem Tutelæ ratione, *l.* 1. *t.* 14. §. 5.

Liberorum inſtituendorum vel exheredandorum juris ratio, *paſſ. l.* 2. *t.* 13.

per Liberos homines ut adquiratur, *l.* 2. *t.* 9. §. 5.

de Liberis & parentibus in nuptiis, *l.* 1. *t.* 10. §. 1.

de Liberis in poteſtate ratione tutelæ, *l.* 1. *t.* 13. §. 3. Liberis in poteſtate ut adquiratur, *l.* 2. *t.* 9. §. 1.

Libertas ut fideicommiſſo relinqui poſſit, *l.* 2. *t.* 23. §. 2.

Libertatis definitio, *l.* 1. *t.* 3. §. 1. Libertatis cauſa ut bona addicantur, *l.* 3. *t.* 12.

de Libertate in Teſtamento vel codicillis relicta, *l.* 3. *t.* 12. §. 3.

Libertates ſi datæ non ſint, quid juris: & de Divi Marci reſcripto de ſucceſſione, *l.* 3. *t.* 12. §. 6.

Libertinorum definitio, origo, & de differentia eorum, *in princ.* & *l.* 1. *t.* 5. §. 3.

de Libertorum ſucceſſione, *l.* 3. *t.* 8. *paſſ.* & Adſignatione, *l.* 3. *t.* 9.

de Litterarum obligationibus, *lib.* 3. *t.* 22. de Literarum imperitia, *l.* 1. *t.* 25. §. 8.

de Litigantium temere pœnis, *lib.* 4. *t.* 16. *paſſ.*

Littoris definitio, *l.* 2. *t.* 1. §. 3.

in Littore res inventæ cujus juris, *l.* 2. *t.* 1. §. 18.

Littora ut juris communis, *lib.* 2. *tit.* 1. §. 2.

de Locatione & Conductione, *lib.* 3. *tit.* 25.

Locationis & Emptionis collatio, *in princ. l.* 3. *t.* 25.

M.

de Macedoniano Senatusconſulto, *l.* 4. *t.* 7. §. 7.

de læſæ Majeſtatis judicio, *l.* 4. *t.* 18. §. 3.

Mancipii definitio, *l.* 1. *t.* 3. §. 3.

Mandati diviſio a fine, *in princ. l.* 3. *t.* 17. ſi Mandantis gratia mandetur, quid juris, §. 1. ſi Mandantis & mandatarii, 2. Si aliena, 3. ſi Mandantis & aliena, 4. Si Mandatarii & aliena, 5. ſi Mandatarii, 6. De Mandato contra bonos mores, 7. de Mandati executione, 8. Quibus modis mandatum ſolvatur, 9. de Mandati revocatione, *d.* §. 9. ſi Mandato integro mors alterutrius interveniat, quid juris, 10. de Mandati renuntiatione, 11. Mandati & Locationis collatio: & ut in diem differri, & ſub conditione fieri poſſit mandatum, 12. & 13.

Manumiſſionis definitio & origo, *in princ. l.* 1. *t.* 5.

de Manumiſſione facti, *l.* 1. *t.* 4. §. 1. de Manumiſſione, ratione capitis diminutionis, *l.* 1. *t.* 16. §. 4.

Manumittere in fraudem creditorum quid, *l.* 1. *t.* 6. §. 3.

Manumittendi quæ juſtæ cauſæ, & de Veteris modi abrogatione, *l.* 1. *t.* 6. §. 5. & 7. Manumittendi ſervi teſtamento ratio ex lege Fuſia Caninia, *l.* 1. *t.* 7.

de Manumittente in fraudem creditorum regula, *in princ. l.* 1. *t.* 6.

Manumitti quibus modis, Ubi & Quando poſſit, *lib.* 1. *tit.* 3. §. 1, & 2.

Divi Marci reſcriptum. De addictione bonorum libertatis cauſa, ejuſdem utilitas, & in quibus caſibus locum habeat, *à princ. l.* 3. *t.* 12. *ad* §. 4. item Juſtiniani additio ad ipſum reſcriptum, §. *ult. eod. t.*

in Mare jacta navis levandæ cauſa, cujus juris, *l.* 2. *t.* 1. §. 48. ad Mare pertinentia cujus juris, *l.* 2. *t.* 1. §. 20.

Maritus an uxori ſuæ curator datus, ſe excuſare poſſit, *l.* 1. *t.* 25. §. 19. Maritus uxoris bona an alienare poſſit, *in princ. l.* 2. *t.* 8.

de Mariti & uxoris injuria, *lib.* 4. *t.* 4. §. 2.

Mater ut ad bona vulgo quæſitorum ſuccedat, *l.* 3. *t.* 3. §. *ult.*

Materia ut ſolo cedat, *lib.* 2. *tit.* 1. §. 29, & 30.

Materiarum confuſarum ſeu immixtarum dominii jus quale, *lib.* 2. *tit* 1. §. 27, & 28.

de Memoria patris damnata ob crimen perduellionis *l.* 3. *t.* 1 §. 5.

de Mercedis conventione in locatione:

ac de Mercede collata in arbitrium alienum, *in princ. & l.* 3. *t.* 25. §. 1.
de Quod metus causa exceptione, *l.* 4. *t.* 13. §. 1.
Missilium jus quale in dominio adquirendo, *l.* 2. *t.* 1. §. 46.
Mortis seu morientium ratio in patria potestate, *l.* 1. *t.* 12. *in princ.*
Morte conductoris interveniente, quid juris, *l.* 3. *t.* 25. §. *ult.* Morte contrahentium interveniente, quid juris, *l.* 3. *t.* 20. §. 24.
de Mutui obligatione, *lib.* 3. *t.* 15. *in princ.*
Mutus an testari possit, *l.* 2. *t.* 12. §. 3.

N.

ob Negotium gestum cum eo qui in alterius est potestate, quæ detur actio, *l.* 4. *t.* 7. *pass.*
Negotiorum gestionis obligatio qualis, *l.* 3. *t.* 28. §. 1.
Nepotis nati post mortem avi, succedendi ratio, *l.* 3. *t.* 1. §. 8.
Noxa & Noxia quid, & quæ, qualesve noxales actiones, *in princ. & l.* 4. *t.* 8. §. 11. Harum item actionum ratio, §. 2. Origo, §. 4. Qui noxali actione conveniantur, 5. Noxæ deditionis effectus, 3. Noxiam si commiserit servus domino: vel è contra, 6. & An filius vel filiafamil. noxæ dedantur, §. *ult.* ubi ostenditur Noxales hujusmodi actiones in servos tantummodo proponendas.
de Noxali judicio, *l.* 4. *t.* 17. §. 1.
Nuptiarum definitio, *l.* 1. *t.* 9. §. 1. Nuptiarum injustarum pœnæ, *l.* 1. *t.* 10 §. 12. Nuptias qui contrahere possint, *l.* 1. *d. t.* 10. *in princ.* Inter quas personas prohibitæ vel permissæ, *eod. t.* §. 1. 2, 3, 4. *& seq.*

O.

Obligatio per quas personas nobis adquiratur, *l.* 3. *t.* 29. Ut in potestate existentibus, *in princ.* Bona fide possessis, §. 1. Servo fructuario, vel usuario, §. 3. & Servo communi, §. 3.
Obligatio quibus modis re contrahitur, *l.* 3. *t.* 15. Ut tollatur Acceptilatione, *l.* 1. *t.* 30. §. 1. Aquiliana stipulatione, & acceptilatione, §. 2. Contrario consensu, §. 4. Novatione, §. 3. & solutione, *d. t. in princ.*
Obligationes ut infirment conditiones adjectæ, *l.* 3. *t.* 16. §. 6.
de Obligationum effectu, quibus duo rei constituuntur. *l.* 3. *t.* 17. §. 1.
de Obligationibus ex consensu, *l.* 3. *t.* 23. ex Delicto nascentibus, *l.* 4. *t.* 1. *pass.* Earum divisio, *in princ. eod.* ex Quasi contractu nascentibus, *l.* 3. *t.* 28. vi Negotiorum gestorum, §. 1. Tutelæ, 2. Communionis rei, 3. Communionis hereditatis, 4. Additionis hereditatis, 5. & Solutionis, indebiti, 6. itemque Ex Quasi delicto nascentibus, *l.* 4. *t.* 5. *pass.*
de Obligationibus in genere, *lib.* 3. *t.* 14.
de Obligationibus Literarum, *l.* 3. *t.* 22. Verborum, *l.* 3. *t.* 16.
Occidens seu Vulnerans ut quis teneatur, vel non teneatur, *l.* 4. *t.* 3. §. 3. *& pass.*
Occisionis damnum ut persequi liceat, & qua actione, *l.* 4. *t.* 3. §. 11. Occisionis injuriosæ actione ut agatur: seu occidens injuria, ut quis teneatur. *l.* 4. *t.* 3. §. 2.

P.

de Pacti exceptione, *lib.* 4. *tit.* 13. §. 3.
Pandectarum compositio, §. 2. *in proœm.*
adversus Parentem qua actione uti liceat, *l.* 4. *t.* 6. §. 38.
Parentes an cogantur filios suos de potestate dimittere seu emancipare, *l.* 1. *t.* 12. §. 10.
de Parentum & liberorum injuria, *l.* 4. *t.* 4. §. 2.
de Parentibus & liberis ratione nuptiarum, *l.* 1. *t.* 10. §. 1.
de Parricidiis, & eorum judicio, *l.* 4. *t.* 18. §. 6.
de Patre ratione tutelæ, *lib.* 1. *t.* 14. *in princ.*
Patriæ potestatis diversa ratio & jus, *l.* 1. *tot. t.* 12.
de Patris memoria damnata ob crimen perduellionis, *l.* 3. *t.* 1. §. 3.
adversus Patronum ut agere liceat, *l.* 4. *t.* 6. §. 38.
de Pauliana actione, *l.* 4. *t.* 6. §. 6.
de Pauperiei actione, *l.* 4. *t.* 9. §. 1.
de Peculatu, & ejus judicio, *l.* 4. *t.* 18. §. 9.
de Peculii actione, *l.* 4. *t.* 6. §. 10, & 36. de Peculio & In rem verso, *l.* 4. *t.* 7 §. 4.
de Pecunia constituta, *l.* 4. *t.* 6. §. 9. de Pecuniæ non numeratæ exceptione, *l.* 4. *t.* 3. §. 2.
Pecuniaria pœna ut litigantibus temerè imponatur, *l.* 4. *t.* 16. §. 1.
Permutationis & Emptionis differentia, *l.* 3. *t.* 24. §. 2.
Personarum Divisio, *l.* 1. *t.* 3. *in princ.* Subdivisio, *eod. t* §. 5. Item Divisio alia, *l.* 1. *t.* 8. *in princ.*
Personis bona fide possessis ut obligatio nobis adquiratur, *l.* 3. *t.* 29 §. 1. de Personis sui juris ratione tutelæ, *l.* 1. *t.* 13. *in princ.*
de Petitione incertæ quantitatis, Pluris petitione, & de Minoris summæ petitione, *l.* 4. *t.* 6. §. 32, 33, & 34.
si Petatur aliud pro alio quid juris, *l.* 4. §. 35, 36.
Picturæ dominii jus quale, *l.* 2. *t.* 1. §. 34.
Pignus si subripiatur creditori quid juris, *l.* 3. *t.* 1. §. 14.
de Pignoris obligatione, *l.* 3. *t.* 13. §. 4.
de Plagiariis, & eorum judicio, *l.* 4. *t.* 18. §. 20.
Plantationis dominii jus quale, *l.* 2. *t.* 3. §. 31.
de Plebiscito, vide *Lege.*
de Pœna adjecta stipulationi Alii dari, *lib.* 3. *tit.* 20. §. 18. & de Adjecta promissioni facti alieni, *eod. t.* §. 20.
de Pœnæ & rei persecutoriis actionibus: item & de mixtis, *l.* 4. *t.* 6. §. 17, 18, 19, & 20.
de Pœnis temerè litigantium, *l.* 4. *t.* 16. *pass.*
de Pœnalibus actionibus, *lib.* 4. *t.* 6. §. 12.
Portus juris publici, *l.* 2. *t.* 1. §. 2.
in Positis damnosis quid juris, *l.* 4. *t.* 5. §. 1.
Possessionis accessio, an usucapionem pariat, *l.* 2. *t.* 6. §. 7. de Possessionis adipiscendæ & retinendæ interdictis, eorumque adfinibus remediis, *l.* 4. *t.* 15. §. 3, 4, 5, & 6.
de Possessionibus bonorum, *lib.* 3. *t.* 10.
Posthumorum vel quasi posthumorum instituendorum vel exhæredandorum juris ratio, *l.* 2. *t.* 13. §. 1.
de Posthumis ratione tutelæ, *l.* 2. *t.* 13. §. 4.
Postliminii & captivitatis ratio in patria potestate, *l.* 1. *t.* 12. §. 5.
in Potestate existentibus ut obligatio adquiratur, *lib.* 3. *tit.* 29. *in princ.*
in Potestate qui habeant, & qui sint, *l.* 1. *t.* 9 §. 2, & 3.
de Præjudiciorum actionibus, *l.* 4. *t.* 6. §. 13.
Pretium Venditionis in quibus consistat. *l.* 3. *t.* 24. §. 2. de Pretii conventione, arris, & scriptura, *d. t. in princ.* & de Pretio certo vel incerto, vel in arbitrium alienum collato, §. 1. *eod.*

Procurator qulbus modis conſtituatur, *l.* 4. *t.* 10. §. 1. Ut & quando pro partibus actore ſcil. ſive reo ſatiſdare compellatur, *l.* 4. *t.* 11. §. 3. *& ſeqq.*
Prodigo an teſtari liceat, *l.* 2. *t.* 12. §. 2.
de Promiſſione in Inſtrumento ſcripta, *l.* 3. *t.* 20. §. 16.
Proximitas in ſuccedendo quo tempore ſpectetur, *l.* 3. *t.* 2. §. 6.
de Prudentum reſponſis, *l.* 1. *t.* 2. §. 8.
de Publiciana actione, *l.* 4. *t.* 6. §. 4.
Pupillus ut bona ſua alienare non poſſit ſine tutoris authoritate, *l.* 2. *t.* 8. §. 2.
Pupillaris ſubſtitutionis juris ratio, *l.* 2. *t.* 10. *paſſ.*

Q.

Quadrupedis occiſio vel damnum ut vindicetur, *l.* 4. *t.* 3. §. 1. *& ſeq.*
de Quadrupedis pauperiei actione, *l.* 4. *t.* 9. §. 1.
de Quarta relinquenda heredibus, *l.* 2. *t.* 18. §. *ult.*

R.

de Raptorum vi bonorum, *l.* 4. *t.* 2. de Realibus actionibus, vid. *Actionibus.*
Relegationis ratio in patria poteſtate, *l.* 1. *t.* 12. §. 2.
de Repetundis, & eorum judicio, *l.* 4. *t.* 18. §. 11.
de Replicationis jure, *l.* 4. *t.* 14. *in princ.*
Res Corporales & Incorporales quae, *l.* 2. *t.* 2.
Res fiſcales an uſucapi poſſint, vid. ſup. *Fiſcales.*
Res furtivæ aut vi poſſeſſæ an uſucapi poſſint, *lib.* 2. *tit.* 6. §. 2.
Res naturali jure communes hæ: Aër, aqua profluens, mare, littora, & ædificia in littore poſita, *l.* 2. *t.* 1. §. 1.
Res publicæ hæ: flumina & portus, *l.* 2. *t.* 1. §. 2.
Res ſua an condici poſſit, *l.* 4. *t.* 6. §. 14.
Res univerſitatis, nullius, ſacræ, ſanctæ, religioſæ, & Singulorum quae, *l.* 2. *t.* 1. §. 6, 7, 8, 9, 10. *& 11.*
de Rei & pœnæ, item & de mixtis perſecutoriis actionibus, *l.* 4. *t.* 6. §. 17, 18, 19, *& 20.*
de Rei uxoriæ actione in ex ſtipulatu actionem transfuſa, *lib.* 4. *t.* 6. §. 29.
Rei duo ſtipulandi & promittendi, quibus modis fieri poſſint, *l.* 3. *t.* 17. *in princ.* & Ut alius pure, alius in diem vel ſub conditione obligetur, §. *ult. eod.*
de Rei judicatæ exceptione, *l.* 4. *t.* 13. §. 5.
Rerum diviſio duplex, *lib.* 2. *t.* 1. *in princ.*
de Reſciſſoria actione, *l.* 4. *t.* 6. §. 5.
Reſcriptum divi Marci de ſucceſſione libertatis cauſſa, vide ſup. in voce *Marci.*
Riparum uſus & proprietas ut juris publici, *l.* 2. *t.* 1. §. 4.
Ruptum quid, & de ejus actione, *l.* 4. *t.* 3. §. 13.
de Reſtitutione in integrum, penes conſtitutionem Divi Marci de ſucceſſione bonorum libertatis cauſſa, *l.* 3. *t.* 12. §. 3.

S.

Sationis dominii jus quale, *l.* 2. *t.* 1. §. 32.
de Satisdatione Tutorum vel Curatorum, *l.* 1. *t.* 24. *paſſ.*
Satisdationum Jus antiquum, ac quidem de Judicio Reali, & Perſonali, *l.* 4. *t.* 11. §. 1. *in princ.* Earundem Jus Novum, ac quidem de Reo, §. 2. Procuratore actoris, 3. Procuratore rei præſentis, 4. rei abſentis, 5. Unde hæc forma diſcenda, 6. unde petenda, §. *ult. eod.*
ſi Satisfecerit reus actori pendente judicio, quid juris, *l.* 4. *t.* 12. §. *ult.*
Scripturæ dominii jus quale, *l.* 2. *t.* 1. §. 33.
de Scripturæ ordine in legatis, *l.* 2. *t.* 20. §. 34.
de Senatusconſulto, *l.* 1. *t.* 2. §. 5. ac quidem de Claudiano penes ſucceſſiones ſublatas, *l.* 3. *t.* 13. Macedoniano, *l.* 4. *t.* 7. §. 7. Orphitiano, ejus ſcil. origine & ſumma, *l.* 3. *t.* 14 *in princ.* Pegaſiano, *l.* 2. *t.* 23. §. 5. *& ſeq.* Hujus Senatusconſulti transfuſio in Trebell. §. 7. *eod.* de Tertylliano, *l.* 3. *t.* 3. §. 2. Trebelliano, *l.* 2. *t.* 23. §. 4. *& ſeqq.*
de Serviana & quaſi Serviana actione, *l.* 4. *t.* 6. §. 7.
Servus cui ſtipuletur & adquirat, *l.* 3. *t.* 18. §. 1.
Servus fugitivus an uſucapi poſſit, *l.* 2. *t.* 6. §. 1.
de Servi corrupti actione, *l.* 4. *t.* 1. §. 8.
Servi etymologia, *l.* 1. *t.* 3. §. 3. ob Servi negotium geſtum ut adverſus dominum detur actio, *lib.* 4. *tit.* 7. §. 1.
Servi ut conſtituantur, *l.* 1. *t.* 3. §. 4.
Servitutis definitio, *l.* 1. *t.* 3. §. 2. Servitutis pœnæ ratio in patria poteſtate, *l.* 1. *t.* 12. §. 3.
Servitutis prædiorum Ruſticorum & urbanorum quae, *l.* 2. *t.* 2. *in fin.* Servitus ut conſtituatur, *l.* 2. *t.* 3. *in princ.* Servitutum Ruſticarum jura, *d. t.* §. 2. Urbanarum, §. 1. *eod.* & ſervitutem debere vel adquiri poſſint, *t.* 3. §. 3 *eod.*
à Servo communi ut obligatio dominis adquiratur, *l.* 3. *t.* 29. §. 3. Servo fructuario vel uſuario ut obligatio domino adquiratur, *l.* 3. *tit.* 29. §. 2.
de Servo hereditario vel herede inſtituto, *l.* 2. *t.* 14. §. 1. *&* 2. inſtituto cum vel ſine libertate exceptio, *l.* 1. *t.* 9. §. 1.
de Servorum maleficiis ut oriantur actiones, *l.* 4. *t.* 8. *in princ.* Stipulatione, vide *Stipulatione*, per Servos ut adquiratur, *l.* 2. *t.* 9. §. 3.
de Sicariis ſeu Homicidiis, *l.* 4. *t.* 18. §. 5.
de Soceri & nurus injuria, *l.* 4. *t.* 4. §. 2.
adverſus Socium ut ſocio agere liceat, *l.* 4. *t.* 6. §. 38.
Societatis diviſio a materia, *l.* 3. *t.* 26. *in princ.* Partibus lucri & damni, §. 1. Partibus inæqualibus, 2. Partibus expreſſis in una cauſſa, 3. Ejuſdem ſolvendæ varii modi, 4. Renunciatio, *d.* §. 4. Finis negotii, 6. ut Publicatione bonorum diſtrahatur ſocietas, 7. Ceſſione bonorum, 8. de Dolo & Culpa à ſocio præſtandis, *ult.* de Socii morte, *d. t.* §. 5.
Solo quæ cedere dicantur, *l.* 2. *t.* 1. §. 19, 30, *&* 33.
Solutionis indebiti obligatio, *l.* 3. *t.* 28. §. 6. *l.* 2. *t.* 6. §. 2.
de Soluto indebito. *l.* 3. *t.* 15. §. 1.
Specificationis ſeu Specierum variarum immixtarum dominii jus quale, *l.* 2. *t.* 1. §. 25.
Stipulanti alteri ſi ejus interſit, quid juris, *l.* 3. *t.* 20. §. 19.
de Stipulantis re futura, *l.* 3. *t.* 20. §. 21.
de Stipulantium diſſenſu, *l.* 3. *t.* 20. §. 22.
Stipulatio ut pure, in diem, vel ſub conditione fiat, *l.* 3. *t.* 16. §. 2. *& ſeqq.* & ut Stipulationi loca inſeri ſoleant, *t. eod.* §. 5. Stipulationi alteri dari, ſi pœna adjecta ſit, quid juris. *l.* 3. *t.* 20. §. 18. de Stipulationi ſeu promiſſioni facti alieni pœna addicta, *l.* 3. *t.* 20. §. 20.
de Stipulatione Ejus, in quem conferr-

fertur obligatio vel ſolutio, *l.* 3. *t.* 20. §. 4. Eorum qui ſunt vel habent in poteſtate, §. 6. Furioſi, §. 8. Impuberis, §. 9. Inter abſentes, §. 11. Interrogationis & reſponſionis, §. 5. Muti vel Surdi, §. 7. Præpoſtere concepta, *lib.* 3. *t.* 20. §. 13.
de Stipulatione Servorum, *l.* 3. *t.* 18. *paſſ.* veluti, Servus ſtipulari an poſſit, *in princ.* Cui adquirat & de perſona cui ſtipulatur, item de ſtipulatione imperſonali, §. 1. Stipulatione facti, §. 2. & Stipulatio ſervi communis, §. *ult.*
de Stipulatione in tempus mortis collata, *l.* 3. *t.* 20. §. 14. poſt Mortem alterius, §. 15. Quæ in tempore confertur, §. 12. Rerum plurium, §. 17.
de Stipulatione ſeu promiſſione in Inſtrumento ſcripta, *l.* 3. *t.* 20. §. 16.
de Stipulatione ſub conditione, *l.* 3. *t.* 20. §. 10. Turpis cauſſæ, §. 23.
ex Stipulatione quando agi poſſit, *l.* 3. *t.* 20. §. *ult.*
de Stipulationum diviſione, *l.* 3. *t.* 19. *paſſ.* Effectu, quibus duo rei conſtituuntur, *l.* 3. *t.* 17. §. 1. Verbis, *l.* 3. *t.* 16. §. 2.
de Stipulationibus Communibus, *l.* 3. *t.* 19. §. 4. conventionalibus, §. 3. Facti vel dationis alterius, *l.* 3. *t.* 20. §. 3. Inutilibus, *l.* 3. *t.* 20. *paſſ.* Judicialibus, *l.* 3. *t.* 19. §. 1. Prætoriis, *l.* 3. *t.* 19. §. 2. Rerum quæ ſunt vel non ſunt Commercii, *l.* 3. *t.* 20. §. *ſeq. in princ. & duobus.*
in Stipulatum quae deducantur, *l.* 3. *t.* 16. §. *ult.*
ſi Subſtitutus quis fuerit ſervo inſtituto, qui liber exiſtimabatur, quid juris, *l.* 2. *t.* 15. §. 4.
Subſtituti ſinguli vulgariter, quam partem accipiant partibus in inſtitutione non expreſſis, *l.* 2. *t.* 15. §. 2.
Subſtitutionis ut plures gradus eſſe poſſint, *l.* 2. *t.* 15. §. 1.
de Subſtitutionis Pupillaris forma, effectu, origine, & ratione, item & de quaſi pupillari ſubſtitutione conſtitutio Juſtinianea, *l.* 2. *t.* 16. §. 1. & 3. *in princ.* Subſtitutionis pupill. proprium, §. 2. Quomodo finiatur, 8. Quibus ita ſubſtituatur, 4. Qui ſubſtituantur, 5. Quot liberis ſubſtituatur, 6. & Quibus non ſubſtituatur pupillariter, §. 9. *ſeu ult.* item & de Subſtitutione id genus impuberi nominatim aut generaliter facta, §. 7. *eod.*
Subſtitutionis Vulgaris diverſa ratio, *l.* 2. *t.* 15.
ſi Subſtituto coheredi alius ſubſtituatur, quid juris, *l.* 2. *t.* 15. §. 3.
ut Succedant & ex quoto gradu agnati vel cognati, *l.* 3. *t.* 5. §. 5. ut Succedant matribus vulgo quæſiti, *l.* 3. *t.* 4. §. 3.
Succedendi jus nati poſt mortem avi, vel adoptati a filio emancipato, *l.* 3. *t.* 2. §. 8. Succedendi juris ratio filii poſt mortem patris ab hoſtibus reverſi, *l.* 3. *t.* 1. §. 4.
in Succedendo agnationis jure ut proximitas ſpectetur, *l.* 3. *t.* 2. §. 5.
Succedentium ab inteſtato Primus ordo, *l.* 3. *t.* 1. §. 1. Tertius ordo, & qui in eo vocentur, *l.* 3. *t.* 5. §. 1. *in princ.* vide de eodem Primo, *t.* 1. & de Secundo gradu, *ejuſd. lib. t.* 2.
Succeſſionis jus ex lege XII. tabul. & jure Prætorio, *l.* 3. *t.* 3. *in princ.* Ex Conſtitutione Divi Claudii, §. 1. Novus caſus ex conſtitutione Divi Marci, quo libertatis cauſa bona addicuntur, *l.* 3. *t.* 1. Maternæ jus novum, *l.* 3. *t.* 3. §. 1. & *ſeq.*
de Succeſſione Adoptivorum, & deſcendentium ex fœminis, *l.* 3. *t.* 1. §. 14. & *ſeq.* Agnatorum capite minutorum, *l.* 3. *t.* 5. §. 1. item Conjunctorum per fœminas, §. 2. Liberorum datorum in adoptionem, 3. & vulgo quæſitorum, 4. *ejuſd. tit.* Legitima agnatorum, *l.* 3. *t.* 2. Parentum, *l.* 3. *t.* 2. §. 2. Libertorum, qui ſcil. ſuccedant ex lege XII. tab. *l.* 3. *t.* 8. *in princ.* Jure Prætorio, §. 1. ex lege Papia, 2. ex conſtitutione Juſtiniani, 3. & quibus libertinis ſuccedatur, §. 4. *eod.* Matrum in bono liberorum, *l.* 3. *t.* 3. § 2.
in Succeſſione qui liberi matri præferantur, aut cum ea admittantur, *l.* 3. *t.* 3. §. 3. & 5.
de Succeſſione Nepotis & neptis ex Senatusc. Orphitiano, *l.* 3. *t.* 4. §. 1.
de Succeſſionibus ſublatis, quæ fiebant per bonorum venditiones & ex Senatusconſ. Claudiano, *l.* 3. *t.* 13. *paſſ.*
Si certum ſit vel incertum an Succeſſor exiſtet, quid juris, *l.* 3. *t.* 2. §. 4.
de Succeſſorio edicto, *l.* 3. *t.* 2. §. 7.
Sui heredes qui, *l.* 3. *t.* 1. §. 2. Quomodo ſui fiant, §. 3. de Diviſione hereditatis inter Suos, *eod.* §. 6.
Suitas quo tempore ſpectetur, *l.* 3. *t.* 1. §. 7.
Surdo an teſtari liceat, *lib.* 2. *tit.* 12. §. 3.
in Suſpenſis in damno alterius decidentibus quid juris, *l.* 4. *t.* 5. §. 1.

T.

Teſtamenti etymon, *l.* 2. *t.* 10. *in princ.* Ejus factio ut obſervetur in heredum extraneorum inſtitutione, *l.* 2. *t.* 19. §. 4. Inofficioſi juris ratio, *l.* 2. *tot. t.* 18. ac quidem de Querela ejuſd. *in princ. ejuſd. tit.* Qui de eo agant, §. 1. & Quatenus agere liceat, §. 3. & 6.
ut de Teſtamenti inofficioſi querela non agatur, & de quarta heredibus relinquenda, *l.* 2. *t.* 18. §. *ult.*
Teſtamenti matris vel avi materni juris ratio, *l.* 2. *t.* 13. §. 7. Militaris jus & ratio, *l.* 2. *t.* 11. *paſſ.* & *t.* 13. §. 6. *eod.* Nuncupativi jus & ratio, *l.* 2. *t.* 10. §. 14.
Teſtamenti ſolennia a Juſtiniano veteri juri addita, *l.* 2. *t.* 10. §. 4. Teſtes & annuli ſignatorii, §. 5. & 6. Materia in qua id ipſum ſcribebatur, §. 12. Ejuſdem codices plures, §. 13. *eod.*
Teſtamenta quibus modis infirmentur, *l.* 2. *tot. t.* 17. *paſſ.*
Teſtandi jus penes quos non ſit, *l.* 2. *t.* 12. *paſſ.*
Teſtandi, jure civili antiqui modi, *l.* 2. *t.* 10. §. 1. item Jure prætorio, §. 2. horum jurium conjunctio, §. 3. *eod.*
Teſtes teſtamenti, *l.* 2. *t.* 10. §. 6.
Theſaurorum dominii jus quale, *l.* 2. *t.* 1. §. 39.
Traditionis & quaſi Traditionis in dominio adquirendo quale jus, *l.* 2. *t.* 1. §. 40. 41. & *ſeqq.*
de Triplicationis jure, *l.* 4. *t.* 14. §. 2.
de Trebelliano Senatusconſulto, vide *Senatusconſulto.*
à Tutela ſeu Cura an excuſetur qui teſtatorem ſeu defunctum non novit, *l.* 1. *t.* 25. §. 10.
Tutelæ definitio, *l.* 1. *t.* 13. §. 1.
Tutelæ ſeu Curæ excuſationes, ut & quando proponendæ, *lib.* 1. *t.* 25. §. 16.
de Tutelæ geſtione, *l.* 1. *t.* 25. §. 18.
Tutelæ jus antiquum ubi nullus tutor, *l.* 1. *t.* 20. *in princ.* ſi Tutoris teſtamentarii futuri ſpes ſit, §. 1. ſi Tutor ab hoſtibus captus ſit, §. 2. *ibid.*
Jus Novum & Noviſſimum, *l.* 1. *t.* 20. §. 4. & 5.
Tutelæ obligatio qualis, *l.* 3. *t.* 28. §. 2. Ratio. & de ejuſdem ratione reddenda, *l.* 1. *t.* 20. §. 6. & 7.
de Tutela adgnatorum, *l.* 1. *t.* 15. & ad quos adgnatos pertinet, *l.* 1. *t.* 16. §. 7. Fiduciaria, *l.* 1. *t.* 19. Legitima Patronorum, *l.* 1. *t.* 17.

Parentum, *l.* 1. *d. t.* 18.
à Tutela ſeu Cura An liberent falſæ allegationes, *l.* 1. *t.* 25. §. 20. Ut rectè Excuſari liceat polypædia ſeu numero liberorum, *l.* 1. *t.* 25. *in princ.* Fiſcalis rei adminiſtratione, §. 1. Abſentia Reipub. cauſa, 2. Poteſtate, 3. Lite, 4. Tutelæ vel curæ tribus oneribus, 5. Paupertate, 6. Valetudine adverſa, 7. Literarum imperitia, 8. Datione propter inimicitias; & de Tutore qui teſtari conſenſit, 9. Inimicitiis maximis, 11. Paſſione controverſiæ ſtatus, 12. Ætate, 13. Militia, 14. Doctrina Grammatices, Rhetorices, & Medicinæ, 15.
Tutela ut finiatur pubertate, *l.* 1. *t.* 22. *in princ.* Capitis diminutione, §. 1. & 4. Eventæ conditionis, 2. Morte, 3. Tempore, 5. Remotione & Excuſatione, 6.
Tutor An Curator poſtea eſſe cogatur, *l.* 1. *t.* 25. §. 18. Quibus teſtamento datur, *l.* 1. *t.* 13. §. 3.
ſi Tutor pupilli nomine legatum acceperit, aut de inofficioſo teſtam. agens ſuccubuerit, quid juris, *l.* 2. *t.* 18. §. 4. & 5.
Tutoris definitio & etymologia, *l.* 1. *t.* 13. §. 2.
de Tutore Attiliano, *l.* 1. *t.* 20.
de Tutore liberis petendo, *l.* 3. *t.* 3. §. 6.
Tutores qui dari poſſint, *l.* 1. *t.* 14. *in princ.* Quibus modis, & Cui dentur, §. 3. & 4. Dari quando, & Cur deſierint ex legibus Julia & Titia, *l.* 1. *t.* 20. §. 3.
Tutores vel Curatores quibus modis conſtituantur, *l.* 4. *t.* 10. §. 2. Ut ſuſpecti, Quale ſuſpecti crimen, & ut a munere removeantur, ob hoc crimen accuſentur: de effectu remotionis, & accuſationis de Accuſati tutoris morte ſeu contumacia. Alimentorum denegatione, Tutelæ redemptione, Fraudulenta liberti adminiſtratione, & de ſuſpecti ſatis oblatione, *l.* 1. *t.* 26. *paſſ.* & Ut ad univerſum patrimonium dati cenſeantur, *l.* 1. *t.* 25. §. 17.
de Tutorum auctoritate, *lib.* 1. *t.* 21. In quibus cauſis ſit neceſſaria, §. 1. Quomodo interponi debeat, 2. & Quo caſu interponi nequeat, 3. *eod.*
de Tutorum ſatiſdatione, *l.* 1. *t.* 24. *paſſ.*

V.

Vacantia bona an uſucapi poſſunt, *l.* 2. *t.* 6. §. 4.
de Venditione & Emptione, *l.* 3. *t.* 24.
de Venditæ rei commodo & periculo, *l.* 3. *t.* 24. §. 3.
de Verborum Obligationibus, *vide Obligationibus.*
de Verbis ſtipulationum, *l.* 3. *t.* 16. §. 1.
de Vi bonorum raptorum actionis origine, & Quid in eam veniat, *l.* 4. *t.* 22. *in princ.* Adverſus quos competat, §. 1. & Quibus detur, §. *ult.*
de Vi, & ejus judicio, *l.* 4. *t.* 18. §. 8.
Uſucapi quæ poſſint vel non, *l.* 2. *t.* 6. & *ſeq* §. 1.
Uſum habens ædium, fundi jumenti, pecorum vel ſervi, quid juris: & ut uſus ab uſufructu differat, *in princ. l.* 2. *t.* 5. §. 1. 2, 3, & 4
Uſusfructus definitio, *lib.* 4. *t.* 2. *in princ.* Quibus modis, §. 1. & Quibus in rebus conſtituatur, 2. Ut finiatur, 3. Et eo finito quid juris, §. 4 *eod.*
Uſusfructus & uſus communia & differentiæ, *l.* 2. *t.* 5. §. 1. *in princ.*
Utilis actionis jus ex lege Aquilia, *l.* 4. *t.* 3. §. *ult.*
Vulgaris ſubſtitutionis juris ratio, *l.* 2. *t.* 15.
ad Vulgo quæſitorum bona ut vocetur mater, *l.* 3. *t.* 3. §. *ult.* item & ipſi ut vocentur ad acceſſionem matrum, *ejuſd. l. t.* 4. §. 3.
de Uxoris & mariti injuria, *l.* 4. *t.* 4. §. 2.
Uxores quæ duci poſſint, vel non, *l.* 1. *t.* 10. §. 1.

INDEX III. DECISIONUM

Et Conſtitutionum Juſtiniani Imperatoris, quarum fit mentio in IV. Inſtitut. Lib.

DEciſiones ſunt quæ dirimunt controverſias juris veteris quæ & Conſtitutiones dicuntur. Specialiter autem Conſtitutiones ſunt quibus jus vetus vel emendatur, vel confirmatur, vel ampliatur. Et ex Deciſionibus quidem ſunt quæ ſequuntur.

Deciſio, *l. penult. C. de neceſſ. ſerv. her. inſtitut.* quæ & in ea & in *l. ult. eod.* deciſio dicitur, de qua *lib.* 1. *Inſtitut. tit.* 6. §. *idem juris* 2. & *lib.* 2. *tit.* 14. §. 1.
Deciſiones, *de Dedititia & Latina libertate tollenda*, quibus ſingulis datus eſt proprius titulus *lib.* 7. *Cod.* Prior illa fuit, quæ eſt de Dedititia, cui adjungi etiam poſſunt, *l.* 2. *C. comm. de manumiſſ.* & *l. unic. de nudo jure Quiritum toll.* de quibus, *lib.* 1. *Inſtit. t.* 5. §. *ult.* & *t.* 11. §. *ult.* & *l.* 3. *t.* 7. §. *ult.*
Deficio, *l. ſi furioſi* 25 *C. de nupt.* de qua *lib.* 1. *Inſtit. t.* 10. §. 1.
Deciſio, *l. penult. C. de adopt.* de qua *lib.* 1. *Inſtit. t.* 11. §. *Sed hodie* 2. & *tit.* 12. §. 8. & *lib.* 2. *t.* 13. §. 5. *verſ. Circa.* & *tit.* 18. §. 1. §. *tam autem* 2. & *lib.* 3. *tit.* 1. §. *ſed ea omnia* 14. & §. *ſeq.* itemque *tit.* 16. §. 1.
Deciſio, *l.* 13. *C. de uſufr. & habit.* de qua *lib.* 2. *Inſt. tit.* 5. §. *pen.*
Deciſio, *l.* 1. *C. de comm. ſerv. man.* de qua *lib.* 2. *t.* 7. §. *ult.*
Deciſio, *l. ult. C. de contr. empt.* de qua *lib.* 3. *t.* 24. §. *pretium* 1.
Deciſio, *l. ult. C. per quas perſ. nob. adqu. lib.* 3. *t.* 29. §. *ult.*
Deciſio, *l.* 21. *C. de furt. lib* 4. *t.* 1. §. 8. *verſ. Et cum nobis.*
Deciſio, *l. ult. C. eod. t. lib.* 4. *Inſtit. t.* 1. §. 16. *verſ. Sed noſtra.*

INDEX IV. CONSTITUTIONUM

Quarum in libris Institutionum meminit Justinianus, & alias jam ipse fecerat, alias nunc facit, alias postea facturus est. Et ex his quidem quas jam fecerat aliæ sunt Græcæ, aliæ Latinæ.

Græcæ sunt quæ sequuntur.

CONstitutio, *l.* 30. *C. de episc. audient. lib.* 1. *Inst. t.* 20. §. 5.

Constitutio, *l. ult. C. de testam. lib.* 2. *t.* 10. §. *legatariis* 11.

Constitutio, *de incertis person. lib.* 2. *t.* 20. §. *sed nec* 27. *& lib.* 3. *t.* 10. §. 1.

Constitutio, *de Jure patronat. lib.* 3. *t.* 2. §. *pen. & t.* 8. §. *sed nostra* 3. *& §. ult. & t.* 7. *pr. vers. Sed nostra. & t.* 10. §. *cumque antea* 4.

Constitutio, *l.* 45. *de episc. & cler. lib.* 3. *t.* 27. §. *ult. & lib.* 4. *t.* 6. §. 25.

Constitutio, *l.* 5. *de sportulis, lib.* 4. *t.* 6. §. *quadrupli* 25.

Constitutio, *de Plus petitionibus, lib.* 4. *t.* 6. §. *tripli* 24. *& §.* 33.

Latinæ autem quæ sequuntur.

Constitutio, *de lege Fusia Caninia tollenda, lib.* 1. *Instit. t.* 7.

Constitutio, *l cum quis* 10. *C. de nat. lib.* 1, *t.* 10. §. *ult. & lib.* 3. *t.* 1. §. 2.

Constitutio, *l. ult. de Consulibus. lib.* 1. *t.* 12. §. *filiusfam.* 4.

Constitutio, *l. ult. de emancip. lib. d. lib.* 1. *t.* 12. §. *præterea* 6. *& lib.* 3. *t.* 2. §. *ult. & t.* 8. §. 4.

Constitutio, *l. ult. quand. tut. vel curat. desin. lib.* 1. *t.* 22. *princ.*

Constitutio, *l. ult. de leg. tut. lib.* 1. *t.* 19. *in fin. & t.* 25 §. *Item* 13.

Constitutio, *l.* 21. *de sacros. eccl. lib.* 2. *t.* 1. §. *sacra* 8.

Constitutio, *l. pen. de usufr. lib.* 2. *t.* 4. §. *pen. & lib.* 3. *t.* 10 §. 2.

Constitutio, *de usucap. transform. lib.* 2. *t.* 1 §. *per traditionem* 40. *& t.* 6. §. 7.

Constitutio, *l. ult. de quadrienn. præscr. lib.* 2. *t.* 6. § *ult.*

Constitutio, *de donat. cauf. mort. lib.* 2. *t.* 7. §. 2.

Constitutiones 7. *de donat. inter vivos, & de donat. propter nuptias, l.* 34, 35. 36. *C. de donat. l ult. C. de revoc. donat. l. ult. C. de jur. dot. l. ult. C. de don. antenupt.* Quibus aliquid adjungi potest, *l.* 38. *de episc. & cler.* De his vero agitur *lib.* 2. *t.* 7. §. 2.

Constitutio, *de rei uxor. actio. & de fundo dot. lib.* 2. *Inst. t.* 8. §. 1. *& lib.* 4. *t.* 6. §. *fuerat* 29.

Constitutio, *de jure dominii impetrando, lib.* 2. *t.* 8. §. *contra* 1.

Constitutio, *l.* 25. *de administr. tut. d. lib. & t.* §. *pen.*

Constitutiones, *l.* 6. *&* 8. *de bon. quæ lib. adquir. lib.* 2. *t.* 9. §. 1. *& lib.* 3. *t.* 18. §. 1.

Constitutio, *l.* 2. *&* 9. *de testam. lib.* 2. *t.* 10. §. *sed his* 4.

Constitutio, *l. penult. C. de test. mil. lib.* 2. *t.* 11. *in princ.*

Constitutio, *l. ult. qui testam. fac. poss.* conjuncta, *l. ult. de inoff. testam. lib.* 2. *t.* 11. §. *ult.*

Constitutio, *l.* 10. *qui test. fac. poss. lib.* 2. *t.* 12. §. *item surdus* 3.

Constitutio, *l.* 4. *de lib. prater. lib.* 2. *t.* 13. §. *sed hæc* 5.

Constitutio, *l.* 9. *de impub. & aliis subst. lib.* 2. *t.* 16. §. *qua ratione* 1.

Constitutio, *l.* 30. *&* 35. *de inoff. test. lib.* 2. *t.* 18. §. *sed hæc* 3. *& §. ult.*

Constitutio, *l. ult. de jur. delib. lib.* 2. *t.* 19. §. 5.

Constitutiones tres, *tit. Comm. de legat. lib.* 2. *t.* 20. §. 2. *&* 3. *& §. optionis* 23.

Constitutio, *l.* 24. *de testam. d. lib. & t.* §. 34.

Constitutio, *De his quæ pœnæ nomine relinquuntur, d. lib. & t.* §. *ult.*

Constitutio, *l.* 11. *de contrab. stipul. d. lib. & t* §. *post mortem* 35. *& lib.* 3. *t.* 20 §. *post mortem* 12.

Constitutio, *l. ult. de fideicommiss. d. lib.* 2. *t.* 23. §. *ult.*

Constitutio, *l nuper* 11. *de natur. liber. lib.* 3. *t.* 1. §. 2. *in fin.*

Constitutio, *l. ult. de suis & legit. d. lib.* 3. *& t.* 1. §. 15. *in fin.*

Constitutio, *l. pen. de legit. hered. lib.* 3. *t* 2. §. 3. *in fin.*

Constitutio, *l.* 2. *de jur. delib. lib.* 3, *t.* 3. §. *sed nos* 4.

Constitutio, *l. ult. ad SC. Tertyllian. d. lib* 3. *& t* 3. §. *sed cum antea* 5.

Constitutio, *l. ult. Comm. de successionibus, lib.* 3 *t.* 10. *princ.*

Constitutio, *l. ult. de testam. man. lib.* 3. *t.* 11. §. *ult.*

Constitutio, *l.* 14. *de contr. stipul. lib.* 3. *tit.* 20. §. *item verborum* 11.

Constitutio, *l. pen. de non num. pecun. lib.* 3. *t.* 21. *& lib.* 4. *t.* 13. §. *idem juris* 2.

Constitutio, *l.* 17. *de fide instrum. lib.* 3. *t.* 23. §. 1.

Constitutio, *l. ult. de novationib. lib.* 3. *t.* 29. §. *pen.*

Constitutio, *l.* 2. *de constit. pecun. lib.* 4. *t.* 6. §. *in personam* 8.

Constitutio, *l. ult. de petit. hered. lib.* 4. *t.* 6. §. *actionum* 28.

Constitutio, *l. ult. de compensat. lib.* 4. *t.* 6. §. *in bonæ fid.* 30.

Constitutio, *l.* 2. *de jurejur. propt. calum. lib.* 4. *t.* 16. §. 1.

Constitutio, *de raptu virginum, lib.* 4. *t.* 18. §. 8.

Et hæ quidem sunt Constitutiones, quas jam fecerat Justinianus ante horum librorum editionem. Facit autem in his libris *Instit.* sequentes, quæ non extant alibi.

De SCto Pegasiano tollendo, *lib.* 2. *Instit. t.* 23. §. *sed quia* 7.

De minori xx. ann. data potestate servorum manumittendorum, *lib.* 1. *t.* 6. §. *ult.*

De herede vetito in testamento testimonium perhibere, *lib.* 2 *t.* 10. §. *sed neque* 10.

De satisdationibus in judicio præstandis quod in usu receptum erat contra formam juris veteris, ut idem observetur in omnibus provinciis, *lib.* 4. *t.* 11. §. *ult.*

Facturus autem erat Justinianus, nondum fecerat eam Constitutionem, cujus sententiam prævertit exponere in extremo, *t.* 1, 3.

Ex hoc vero tam ingenti numero Constitutionum Justiniani, quæ referuntur in his IV. *Instit. libris* & repetuntur quædam etiam in eis sæpius, satis liquet jure meritoque hos libros Justiniano attribui potius, quam aliis vel Imperatoribus, vel legum aut juris Auctoribus, ex quibus sumpta sunt cetera, quæ in his libris referuntur, quorum etiam omnium simul ac locorum singularium, quibus hi libri sunt insigniti Indices conficere visum est.

INDEX V. CONSTITUTIONUM

Aliorum Imperatorum, quæ in iisdem Institutionum libris referuntur.

D. Augusti auctoritas & jussum, *lib.* 2. *Inst. t.* 12. *in princ. & t.* 23. *in pr. & §.* 12. *t.* 25.
Augusti jussio, *lib.* 2. *t.* 23. §. 1. *& ult.*
Tiberii Cæs. Constitutio, *lib.* 2. *t.* 15. *in fin.*
D. Claudii Indulgentia, *lib.* 3. *t.* 3. §. 1.
Nervæ auctoritas, *lib.* 2. *t.* 12. *in princ.*
Trajani rescriptum, *lib.* 2. *t.* 11. §. 1.
Ejusdem Edictum, *lib.* 3. *t.* 7. §. *ult.*
Ejusdem Optimi Imp. auctoritas, *lib.* 2. *t.* 12. *in princ.*
D. Hadriani subscriptio, *lib.* 2. *t.* 12. *in princ.*
Ejusdem venia & speciale beneficium, *lib.* 2. *t.* 19. §. 5.
Ejusd. Epistola, *lib.* 3. *t.* 21. §. 4.
Ejusdem rescriptum, *lib.* 2. *t.* 1. §. 39. *& t* 10. §. 7. *& t.* 20. §. 25.
D. Pertinacis oratio, *lib.* 2. *t.* 17. §. *penult. & ult.*
D. Pii rescriptum, *lib.* 1. *t.* 25. §. *similiter* 8. *& lib.* 2. *t.* 6. §. *res fisci* 4. *& t.* 15. §. 3. *& t.* 20. §. 4.
D. Marci edictum, *lib.* 2. *t.* 6. §. *ult.*
Ejusdem Constitutio sive rescriptum, *lib.* 3. *t.* 11.
Ejusdem rescriptum aliud, *lib.* 4. *t.* 6. § *in bona fid.* 30.
Ejusdem aliud rescriptum in semestribus & pleraque alia de Excusationibus tutorum, *lib.* 2. *t.* 25.
Divorum fratrum rescripta, *lib.* 1. *t.* 25. §. *sed & propter* 6. *& §. non esse* 10.
Divor. Severi & Antonini rescripta sive epistolæ, *lib.* 1. *t.* 25. §. *qui tutelam* 18. *& t.* 26. *tribus locis. & lib.* 2. *t.* 6. §. *res fisci* 4. *& §. inter* 8. *& t.* 10. §. *sed cum aliquis* 7. *& t.* 15. §. *sed instituto* 3. *& t.* 17. *duobus locis. item t.* 20. §. *sed & si rem* 5. *& §. si rem* 12. §. *sed si uxori* 15. §. *peculium* 20. *& t.* 25. §. 1.
Divorum eorumd. Constitutio, *lib.* 2. *t.* 14. *princ.*
Divi Severi Constitutio, *lib.* 2. *t.* 9. §. *penult.*
D. Gordiani beneficium, *lib.* 2. *t.* 19. §. 5.
Divor. Principum Valentiniani, Theodosii & Arcadii Constitutio, *lib.* 3. *t.* 1. §. *item vetustas* 15. quæ est *l.* 4. *C. Th. de leg. hered. & t.* 4. §. *sed eum* 2. & est *lex Si defunctus* 9. *C. de suis & leg. lib.*
Leonis inclytæ recordationis, *lib.* 3. *t.* 20. §. *item si quis* 13. Leoniana Constitutio, *lib.* 3. *t.* 16. §. 2.
Zenoniana lex vel Constitutio, *lib.* 2. *t.* 6. *in fin. & lib.* 3. *t.* 25. §. *adeo* 3. *& lib.* 4. *t.* 4. §. *in summa* 10. *& t.* 6. §. 33. *itemque t.* 13. §. 10.
Zenonis divæ memoriæ Constitutio, *lib.* 2. *t.* 6. §. *ult. & lib.* 4. *t.* 6. §. *si minus* 34.
Anastasiana lex, *lib.* 3. *t.* 5. §. 1.
D. Justini patris Justiniani Constitutio, *lib.* 2. *t.* 7. §. 3. *& t.* 12. §. *penult.*
Sæpissime etiam retro principum Constitutiones Constantini, Theodosii, Valentiniani & aliorum nomine non expresso in his libris adducuntur, & quæ usu fori solo increbuerant, irroboraverantque.

INDEX VI. LEGUM ET SENATUSCONSULTORUM

Veterum, quorum fit mentio in iisdem IV. libris Institutionum.

Leges XII. tab. *lib.* 1. *Inslit. t.* 15. *& 17. & 26. lib.* 2. *t.* 1. §. *cum in suo* 29. *& §. vendita* 41. *t.* 6. §. *furtivæ* 2. *t.* 13. §. *sed hæc* 5. *t.* 22. *in princ. lib.* 3. *t.* 1. §. 1. §. 9. *& §. ult. t.* 2. *tribus locis. t.* 3. *t.* 4. §. 2. *tit.* 5. §. 1. *t.* 8. *pr.* §. 3. *t.* 10. *in princ. & lib.* 4. *t.* 4. §. *pœna* 7. *t.* 8. §. 4. *& t.* 9. *in pr.*
Lex Ælia Sentia, *lib.* 1. *t.* 5. §. 3. *& t.* 6.
Attilia, *lib.* 2. *t.* 20. *in princ.*
Atinia, *lib.* 2. *t.* 6. §. *furtivæ* 2.
Aquilia, *lib.* 4. *t.* 3. *& 6.* §. 19. §. *in duplum* 23. *& t.* 8. §. *funt autem* 4.
Cornelia de Injuriis, *lib.* 4. *t.* 4. §. *sed & lex* 8.
de Falsis, *lib.* 4. *t.* 18. §. 7. de Testamentis, *lib.* 2. *t.* 12. *in fin.* de Sicariis, *lib.* 4. *t.* 18. §. 5. 6.
Fabia de Plagiariis, *lib.* 4. *t.* 18. §. 10.
Falcidia, *lib.* 2. *t.* 22.
Furia, *ibid.*
Fusia Caninia, *lib.* 1. *t.* 7.
Hortensia, *lib.* 1. *t.* 2. §. 4.
Hostilia, *lib.* 4. *t.* 10.
Julia & Titia, *lib.* 1. *t.* 20. *in princ.* Julia & Plautia, *lib.* 2. *t.* 6. §. 2.
Julia de fundo dotali, *lib.* 2. *t.* 8.
Julia Vellea, *lib.* 2. *t.* 13. § *posthumorum* 2. Julia de vi, *lib.* 4. *t.* 15. *& t.* 18. §. 6. §. 8. Julia Majestatis, Peculatus, de Pudicitia, de Annona, Repetundarum, de Ambitu, de Residuis, *lib.* 4. *t.* 18.
Junia Norbana, *lib.* 1. *t.* 5. §. 3. *& lib.* 3. *t.* 8. §. *sed hæc* 4.
Papia, *lib.* 3. *t.* 8. §. *postea* 2. *& seq.*
Pompeja de parricidiis, *lib.* 4. *t.* 18. §. 6.
Regia, *lib.* 1. *t.* 2. §. 6.
Voconia, *lib.* 2. *t.* 22.
Senatusconsl. Claudianum, *lib.* 3. *t.* 13.
Largianum, *lib.* 3. *t.* 7. §. *penult.*
Macedonianum, *lib.* 4. *t.* 8. §. *ult.*
Neronis temporibus factum de fideicommissis, *lib.* 2. *t.* 23. §. 4.
Vespasiani Augusti temporibus factum, de fideicommissis, *lib.* 2. *t.* 23. §. *sed quia* 5.
Orphitianum, *lib.* 3. *t.* 4.
Pegasianum, *lib.* 2. *t.* 23.
Sabinianum, *lib.* 1. *t.* 1. §. *sed ea omnia* 14.
Tertyllianum, *lib.* 3. *t.* 3.
Trebellianum, *lib.* 2. *t.* 23. & SC. de Adsignatione libertorum, *lib.* 3. *t.* 9. §. *ult.*

INDEX VII. AUCTORUM JURIS ALIORUMQUE,

Qui testes citantur in his libris.

Ælius Martianus in Institutionibus, *lib.* 4 *t.* 3. §. 1. est is forte ad quem pertinet Antonini rescriptum, de quo *lib.* 1. *t.* 8. Mentionem etiam facit Martiani, *lib.* 1. *t.* 4. *& lib.* 4. *t.* 3.
Atilicinus, *lib.* 2. *t.* 14. *in pr.*
Cassius, *lib.* 3. *t.* 24. §. *item* 2.
Cato, *lib.* 1. *t.* 11. §. *ult.*
Celsus, *lib.* 2. *t.* 20. §. 12.

INDEX VII. AUCTORUM JURIS &c.

Gajus ex libris Inſtitutionum & Rerum cottidianarum, & ad leges XII. tab. in Conſtitutione Juſtiniani his libris præpoſita, *lib.* 4. *t.* 18. §. *item lex Cornelia* 5.

Gallus Aquilius, *lib.* 3. *t.* 30. §. 2.

Homerus, *lib.* 2. *t.* 7. §. 1. & *lib.* 3. *t.* 24. §. 2. & *lib.* 4. *t.* 3. §. 1.

Julianus, *lib.* 1. *t.* 10. §. *ſi uxor* 9. & *t.* 26. §. *ſuſpectus* 5. *lib.* 2. *t.* 1. §. 38. & *t.* 20. *quatuor locis*: itemque, *lib.* 3. *t.* 9. §. 2. & *lib.* 4. *t.* 5. §. *ſi filiusf.* 2.

Labeo, *lib.* 2. *t.* 25.

Marcellus, *lib.* 2. *t.* 5. §. *penult.*

Papinianus, v. Reſp. & alibi. *lib.* 1. *t.* 25. §. 2. *t.* 26. §. *ſi quis autem.* 7. *lib.* 2. *t.* 1. §. 8. & *t.* 6. §. *res fiſci* 4. & *t.* 20. §. *ex contrario* 14. *t.* 23. §. *ſed quia* 7. *t.* 25. §. *non tantum* 1.

Paulus ad Maſſurium Sabinum, *lib.* 2. *t.* 14. *in pr.*

Idem ad Plautium, *ibid.*

Pomponius, *lib.* 2. *t.* 10. §. *poſſunt* 5.

Proculi ſententia, *lib.* 3. *t.* 24. §. 2.

Q. Mutius, *lib.* 3. *t.* 26. §. 2.

Sabinus, *lib.* 2. *t.* 20. §. *ult. lib.* 3. *t.* 27. §. 6. & *lib.* 4. *t.* 3. §. 15.

Sabiniani & Proculejani, *lib.* 2. *t.* 1. §. *cum ex aliena* 25.

Sabinus & Caſſius, *lib.* 3. *t.* 24. §. 2. & *t.* 27. §. *is qui* 8.

Scævola, *lib.* 1. *t.* 25. §. 16.

Servius, *lib.* 1. *t.* 13. §. 1. & *lib.* 3. *t.* 26. §. 2.

Trebatius, *lib.* 2. *t.* 25.

Xenophon, *lib.* 4. *t.* 18. §. *item lex Cornelia* 5.

INDEX VIII. RERUM ET LOCORUM

Singularium fere omnium, quibus ſimiles in jure nulli alii reperiuntur.

DE Inſtitutis Athenienſium & Lacedæmoniorum *lib.* 1. *t.* 2. §. 10.

Ratio cur liberi patroni, ſint legitimi tutores, parentis liberi manumiſſoris fiduciarii, *lib.* 1. *t.* 19.

Pomponii opinio de ſubſignatione teſtium in teſtamento, *lib.* 2. *t.* 10. §. *poſſunt* 5.

Teſtamentorum tria genera, & Teſtamenti veriloquium, *lib.* 2. *t.* 10. §. *ſed ut* 1.

Relatio ex Atilicino de Inſtitutione heredum, *lib.* 2. *t.* 14. *in pr.*

Pertinacis oratio de tabulis teſtamenti, *lib.* 2. *t.* 17. §. 7.

Venia D. Hadriani De abſtinendi ab hereditate poteſtate, *lib.* 2. *t.* 19. §. *Extraneis* 5.

Ejuſdem reſcriptum, Ne miles incertæ perſonæ legare poſſit, *lib.* 2. *t.* 20. §. *incertis* 25.

Sabini opinio, de Herede pœnæ nomine adjiciendo, *d. t.* 20. §. *Pœna* 36.

Papiniani dictum De captioſis ſtipulationibus, *lib.* 2. *t.* 23. §. *ſed quia* 7.

Origo fideicommiſſorum, *d. lib. & t.* §. *Sciendum* 1. *item & t.* 25. *in princ. ubi de Lucio Lentulo per parentheſim agit.*

Origo Codicillorum, *d. t.* 25. *in princ.*

Severi & Antonini reſcriptum de Codicillis factis ante teſtamentum, *d. t.* 25. §. *non* 1. *verſ. Sed D. Severus.*

Claudii indulgentia in favorem matrum ſuccedentium liberis, *lib.* 3. *t.* 3. §. 1. *ibi. Et primus quidem divus Claudius.*

Graduum cognationis diagramma, *lib.* 3. *t.* 6. §. *fin.*

Senatusconſulti Largiani, & edicti Trajani ſententia, *lib.* 3. *t.* 8. §. *ult.*

D. Marci reſcripti verba, De novo caſu ſucceſſionis ex cauſa libertatis, *lib.* 3. *t.* 12. §. 1.

De bonis defuncti filii adrogati a creditoribus poſſidendis, *lib.* 3. *t.* 11. *in fin.*

Obligationis definitio, *lib.* 3. *t.* 14. *in princ.*

Venditionis conditionalis exemplum, *lib.* 3. *t.* 24. §. *penult.*

Caſſii ſententia de Emptione ſeu Venditione materiæ: item Locatione ſeu conductione operarum, *lib.* 3. *t.* 25. §. *item quæritur* 4.

Sabini item de Mandato obligatorio, *lib.* 3. *t.* 27. §. 8.

Furtorum genera, & de Fure hoc ipſo manifeſto, quod viſus a domino fuerit, *lib.* 4. *t.* 1. §. *Furtorum* 3.

Locus §. *ſi communi ſervo* 4. *de injuriis*, adverſus Pædianum, *lib.* 4. *t.* 4.

Bonæ fidei quindecim actiones enumeratæ, *lib.* 4. *t.* 6. §. *actionum* 28.

Locus quo traditur, Servum noxæ deditum ab eo etiam invito cui deditus eſt pecunia data redimi & manumitti poſſe, *lib.* 4. *t.* 8. §. *dominus* 3.

Lex Hoſtilia, quia permiſſum erat Furti agere eorum nomine, qui apud hoſtes eſſent, aut Reipub. cauſa abeſſent, quive in eorum alicujus tutela eſſent, *lib.* 4 *t.* 10. *in princ.*

Ratio cur Furti manifeſti ſit perpetua actio, *lib.* 4. *t.* 12. *in princ.*

Judicia omnia eſſe abſolutoria, *d. t.* 12. §. *fin.*

INDEX IX. HISTORICUS IN TIT. DIGEST.

De Origine & Progreſſu Juris: Item & de Inſtitutione Magiſtratuum ac De Jurisconſultis.

DE Actionibus Legis ſive Legitimis, *l.* 2. §. 6. 7. & 12. *D. de orig. jur.* Vide & Cic. *pro Murena c.* 11. &c.

Ædiles Curules ut Romæ conſtituti, & quæ illorum authoritas poteſtaſve, *l.* 2. §. 26. *D. de orig. jur.* Vid. & Livi. *lib.* 6. *c.* 42. *hiſt. Rom.* Cicer. *lib.* 5. *in Verr.* & *lib.* 2. *Offic. c.* 16.

Ædiles Cereales ſive Frumentarii, ut Romæ conſtituti, & quale illorum munus, qualiſve juris authoritas. *l.* 2. §. 32. *D. de orig. jur.* & vide ibid. Cujac. item Sueton. *in Jul. c.* 41. & Dion. *in fin. lib.* 43.

Ædiles plebis, ut Romæ conſtituti, & quæ illorum authoritas, *l.* 2. §. 21. *D. de orig. jur.* Vide & Livi. *lib.* 3. *hiſt. Rom.* Dionyſ. Halic. *lib.* 9. *antiq.* Varr. *lib.* 4. *de ling. Lat.* & Auſon. poët. *edyll.* 15.

Cenſores ut Romæ conſtituti, & quæ illorum authoritas, *l.* 2. §. 17. *D. de orig. jur.* Vide præterea de iis, Livi. *lib.* 4. *cap.* 8. *hiſtor. Rom.* Cic. *lib.* 3. *de legib. cap.* 3. & 20. & Agell. *lib.* 4. *cap.* 12. Item Hotom. *in ſua deſcript. Magiſt. Roman.*

de Conſtitutionibus Principum: ſive Principalium jure & authoritate, *l.* 2. §. 11. & 12. *D. de orig. jur.* ac de iis vide paſſ. *lib.* 1. *t.* 4. *Digeſt. & ibid. DD. lib.* 1. *t.* 14, & 15. *Cod.*

Con-

Conſuetudine ut Romani primum pro jure uterentur, colligitur ex *l.* 2. §. 3. *D. de orig. jur.* de Conſuetudinis autem vi & poteſtate agunt DD. in *l. de quibus* 31. *D. de legib.* & *in* §. *conſtit. & §. ex non ſcripto. Inſtit. de jur. nat. gent. & civ.*

Conſules ut Romæ conſtituti Regibus exactis, & quæ eorum fuerit authoritas, *l.* 2. §. 16. 26, & 27. vide & de iis *Novell. Juſtiniani Imp.* 24. & 25. Cic. *lib.* 3. *de leg. cap.* 3. Varron. *lib.* 4. *de ling. Latin & lib.* 2. *de vita pop. Rom. apud Noni.* item Anton. Cont. *lib.* 2. *lection. ſucceſſivar. jur. civil. cap.* 19. itemque Liv. *lib.* 2. *cap.* 1. & *lib.* 3. *cap.* 55. Polyb. *lib.* 6. ac quidem Hotom. *in ſuo tract. de Magiſtratuum Rom. deſcriptione.*

Curiarum origo & diviſio prima apud Roman. *l.* 2. §. 1. *D. de orig. jur.* vide & Varron. *lib.* 4. *de ling. Lat.* Feſt. *lib.* 3. Liv. *lib.* 1. *hiſt. Rom. cap.* 13. & Dionyſ. Halic. *lib.* 2. *antiquit.*

de Curiatis legibus, vide inf. in voce *Legibus.* & Liv. *lib.* 5. *cap.* 46. *hiſt. Rom.* & Cic. 2. *Agrar. cap.* 30.

Decemviri legibus ſcribendis litibuſque judicandis ut Romæ primum conſtituti, & eorum qualis fuerit authoritas, *l.* 2. §. 4. & 29. *D. de orig. jur.* vid. & Liv. *lib.* 3. *cap.* 33. Agell. *lib.* 17. *cap.* 21. & Cujac. *lib.* 3. *obſerv. cap.* 32.

Decemvirorum conſtitutio apud Rom. *l.* 2. §. 13, 16, & 24. *D. de orig. jur.* vide & Varron. *lib.* 4. *de ling. Lat.* Liv. *lib.* 1, 3, & 6. *hiſtor. Rom.* item Dion. Halic. *lib.* 2, 3, 4, & 10. *antiq. Rom.*

Dictatores ut Romæ conſtituti, & quæ illorum authoritas, *l.* 2. §. 18. *D. de orig. jur.* & *l. unic. D. de offic. Præf. Prat. lib.* 1. *t.* 11. Vide & Dion. Halic. *lib* 5. *antiq. Rom.* Varron. *lib.* 4. *de ling. Lat.* Liv. *lib.* 2. *cap.* 18. & *lib.* 7. *cap.* 3. *hiſt. Rom.* Cic. *lib. de finib. & de legib. & paſſim aliis.* itemque Canter. *lib.* 2. *Novar. lect. cap.* 4. & poſt eos Hottom. *in d. deſcript. Magiſtratuum Roman.*

Duodecim tabularum legum origo. vide *Legum.*

de Fori diſputatione ex authoritate Prudentium, *l.* 2. §. 5. *D. de orig. jur.*

Honorarium jus quale, & unde dictum, *l.* 2. §. 10, & 12. *D. de orig. jur.* Vide præter Pomp. Jurisconſ. hujus leg. authorem Papinian. *in l. jus autem* 7. *in fin. de juſt. & jur.*

Hortenſia (ſive Hortenſii Dictatoris Rom.) lege ut confirmata plebiſcita, *l.* 2. §. 8. *D. de orig. jur.* vide & Liv. *lib.* 5. *hiſt. Rom.* & Agell. *lib.* 15. *cap.* 27.

Jus civile Ælianum, *l.* 2. §. 7. *D. de orig. jur.* Hujus autem formulæ literis ſingulariis ſcribi ſolebant; unde & Notæ dicebantur, ut refert D. Cujac. *in hunc loc. ex Marc. Tullii orat. pro Murana.*

Jus civile Papirianum quale, *l.* 2. §. 2. *D. de orig. jur.* vide & Agell. *lib.* 6. *cap.* 9. & Valer. Maxim. *lib.* 2. *cap.* 1.

Jus civile ſine ſcripto ex Prudentium authoritate proficiſcens, *l.* 2. §. 5. & 12. *D. de orig. jur.*

Jus Honorarium quale, Vide *Honorarium.*

Juris interpretatio, ut prudentium authoritatem deſideret, *l.* 2. §. 5. *D. de orig. jur.*

Juris origo & proceſſus, *l.* 2. *in princ. D. de orig. jur.*

Jurisconſultorum, Profeſſorum & Authorum ſive Scribentium veterum deſcriptio, *l.* 2. §. 35. & *ſeqq. D. de orig. jur.* de quibus etiam plura Hottom. *in ſuo tract. Jurisconſult.*

Jurisconſultorum reſponſa quando in uſu & authoritate eſſe cœperunt, *d. l.* 2. §. 4. *d. t. de orig. jur.*

de Legis actionibus. Vide *Actionib.*

Legum XII. tabular. origo, & quis author fuerit earum ferendarum, *l.* 2. §. 4. & 7. *D. de orig. jur.* Vide & earum fragmenta, quæ adhuc ſuperſunt, ut paſſim apud varios authores reperiuntur: à nobis huic juris civilis Enchiridio ſeu epitome adjecta. Vide præterea de iis nonnulla apud Cic. *de legib. & paſſim aliis ejuſd. opuſculis*, & apud Dionyſ. Halic. *lib.* 8. *antiq.* ac quidem Rævard. Rivalli. Oldendorp. & Hotom. etiam Cujacium, qui de iis ex profeſſo ſcripſerat.

de Legibus Regiis & Curiatis apud Roman. *l.* 2. §. 2. *D. de orig. jur.* vide & Baldum. Jurisconſ. tract. quem inſcripſit *de Legib. Roman.* item Manut. *de legib. Romanis*, ac quidem Hottom. *indicem legum Romanar.*

Magiſtri equitum ut Romæ conſtituti, & quæ illorum authoritas, *l.* 2. §. 19. *D. de orig. jur.* & *l. unic. D. de offic. Præf. Prat lib.* 1. *t.* 11. Vid. & Hotom. *in prad. ſua deſcr. Magiſt. Rom.* Canter. *lib.* 2. *novellar. lect cap.* 4. & Roſin. *lib.* 7. *antiq. cap.* 18.

Papirianum jus civile quale, vide ſup. vocem *Jus.*

de Plebiſcitis ſive Plebis populive placitis ac decretis, *l.* 2. §. 8. & 12. *D. de orig. jur.* Vide & Roſin. *antiq. lib.* 6. *cap.* 16. & *lib.* 8. *cap.* 1.

Pontificum collegium quantæ authoritatis apud Roman., *l.* 2. §. 6. *D. de orig. jur.* vide & Cic. *lib.* 1. *de orat. cap.* 43. & *lib.* 2. *de legib. cap.* 8. itemque Liv. *lib.* 9. *hiſt. Rom. cap.* 46. & Dionyſ. Halicarn. *lib.* 10. *antiq. Rom.*

Præfecti Annonæ & Vigilum ut Romæ conſtituti, & quale illorum munus, *l.* 2. §. 33. *D. de orig. jur. ac paſſ. tot. t.* 15. *lib.* 1. *Digeſt.* Vide & de iis *l. mulierem* 13. *D. de acuſ.* Liv. *lib.* 4. *cap.* 12. *hiſt. Rom.* Sueton. *in Auguſt. cap.* 41. Dion. *lib.* 55. ac quidem Roſin. *lib.* 7. *antiquitat. cap.* 34. *item & t.* 43, & 44. *lib.* 2. *Cod.*

Præfectus Urbi ut Romæ conſtitutus, & quale ejus munus, *l.* 2. §. 33. *D. d. t. de orig. jur.* Vide & Sueton. *in Aug. cap.* 37. & Dion. *lib.* 52. *item paſſ. t.* 12. *d. lib.* 1. *Dig.* Cornel. Tacit. *lib.* 6. *Annal. cap.* 10. *&c.* & Agell. *lib.* 14. *cap.* 7. ac quidem Hottom. *in ſua d. deſcript. Mag. Rom.* ubi tria genera Præfectorum ſive Præfecturæ urbi tradit: Unum eorum ſcil. qui ſub Regibus & primis Conſulum temporibus extraordinarii Magiſtratus fuerunt. Aliud eorum qui poſterioribus temporibus, libera tamen adhuc civitate, ejus Magiſtratus procurationem habuerunt, qui & Præfecti urbi Latinarum cauſſa dicti ſunt. Tertium vero genus eorum, qui Imperatorum temporibus ordinarii Magiſtratus fuerunt. De officio autem Præfectorum Prætorio agitur paſſ. *t.* 26. & 27. Auguſtalis, *lib.* 1. *t.* 37. *Cod.*

Prætores de Fideicommiſſo ſive Fideicommiſſarii, ut Romæ conſtituti: item & Prætores alii inter fiſcum & privatos jus dicentes: deque vario Prætorum munere, *d. l.* 2. §. 32. *D. de orig. jur.* & *l.* 2. *C. qui pot. in pign.* De Prætorum autem officio, *vide paſſ. d. lib.* 1. *t.* 14. *D. itemque ejuſd lib.* 1. *t.* 11. De hujuſmodi autem Prætore Fideicommiſſario agunt, Fabius *lib.* 3. & Paulus Jurisconſ. in *l. quæſitum* 78. §. *penult. D. de legat.* 3. & *l.* 4 *in fin. D. quib. ad libert.* ac etiam Ulpian. in *l. ſicuti legatum* 92. *D. de condit. & demonſtr.*

Prætores ut plures Romæ conſtituti, quorum alii Urbani, alii Peregrini, alii etiam Provinciales dicti ſunt & quæ illorum authoritas ſeu po-

poteſtas, *d. l.* 2. §. 27, 28, 32. *& ſeqq. D. de orig. jur.* vide & Liv. *lib.* 6. Varron. *lib.* 4. *de ling. Lat.* Livii Epitom. *lib.* 14. Cic. *lib.* 3. *de legib.* Sueton. *in Auguſt. & Claud.* itemque Cyprian. *epiſtol. lib.* 2. De eorum officio. vide *lib.* 1. *t.* 39. *Cod.*

Principum authoritas quanta qualiſve in conſtitutionibus ſuis, *l.* 2. §. 11. *& 12. D. de orig. jur.* Vide & paſſ. *d. l. t. Dig. & in eand. l. DD.*

Prudentium authoritas ut neceſſaria in juris interpretatione, *l.* 2. §. 5. *D. de orig. jur.*

Quæſtiones publicas ut primum Romæ inſtituiſſe Sulla Dictator dicatur, *d. l.* 2. §. 32. *d. t. de orig. jur.* de Prætoribus etiam plura vide apud Interpretes *hujus* § tam veteres quam neotericos: vide & *l. unic. lib.* 1. *t.* 13. *D. de offic. Prætor.*

Quæſtores Ærarii ut Romæ conſtituti, & quale illorum munus, *l.* 2. §. 22. *D. de orig. jur.* Vide & Varron. *lib.* 4. *de ling. Lat.* Liv. *lib.* 7. *hiſt. Rom.* Agell. *lib.* 13. *cap.* 13. item & Jun. Graichan. *lib.* 7. *d. poteſtatib.* & Sigon. *lib.* 2. *antiquit. Rom. cap.* 2. ac Hottom. *in præd. ſua deſcr. Magiſtr. Rom.*

Quæſtores Parricidii ut Romæ conſtituti, & illorum jus quale, *d. l.* 2. §. 23. *d. t. D. de orig. jur.* Vide & Feſt. in voce *Quæſtores.* & Hottom. *in d. ſua deſcript. Mag. Rom.* ubi & de Quæſtorib. Provincialibus agit. De Officio autem Quæſtoris, vide *lib.* 1. *t.* 13. *D.*

Regia manus ſeu poteſtas apud Rom. ut primum fuerit, *l.* 2. §. 1. *D. de orig. jur.* vide & Liv. *lib.* 1. Dionyſ. Halicarn. *antiq. lib.* 2. *& 4.* Plutarch. *in vita Romuli.* item & Roſin. *antiq. lib.* 7. *cap.* 3. ubi de Regum officio agitur.

Reges ut primi fuerunt Magiſtratus apud Roman. *l.* 2. §. 14. *D. de orig. jur.* De eorum vero authoritate poteſtateve præter ea quæ traduntur hoc loco, vide & Sueton. *in Neron. cap.* 15. & Corn. Tacit. *lib.* 3. *Annal.*

de Regiis legibus, vide ſup. vocem *Legibus.*

Seceſſionis plebis Rom. à Patribus cauſa quæ, *l.* 2. §. 24. *D. de orig. jur.* Vide & Liv. *lib.* 2. Halicarn. *lib.* 6. *antiq.* & Varron. *lib.* 4. *de ling. Lat.*

de Senatusconſultorum origine & authoritate, *l.* 2. §. 4. *D. de orig. jur.* vid. & Agell. *lib.* 14. *cap.* 7. ac quidem *lib.* 1. *t.* 3. *Dig.* ubi *de legibus & Senatusconſ.* agitur. *lib.* 1. *t.* 16. *Cod.*

Tribuni Celerum ſecundi Rom. Magiſtratus, *l.* 2. §. 15. *D. de orig. jur.* Vide & Liv. *lib.* 4. *hiſt. Rom.* Dionyſ. Halic. *lib.* 2. *antiq.* & Corn. Tacit. *lib.* 1. *Annal.*

Tribuni militum ut Romæ conſtituti, & quæ illorum poteſtas, *l.* 2. §. 52. *D. de orig. juris.* Vide & Liv. *lib.* 4. *hiſt. Rom. cap.* 31. 57. Dionyſ. Halic. *lib.* 2. *antiq.* Veget. *lib.* 2. *cap.* 7. & Aſcon. Pædian. in lib. Ciceron. *de divinat.*

Tribuni plebis ut Romæ conſtituti, & quæ illorum authoritas ſive poteſtas, *l.* 2. §. 20. *D. de orig. jur.* Vide de iis præterea. Liv. *lib.* 2. *cap.* 33. Dionyſ. Halic. *lib.* 6. *antiq. Rom.* Varron. *lib.* 4. *de ling. Lat.* Cic. *lib.* 3. *de legib.* Agell. *lib.* 13. *cap.* 12. & Aſcon. Pædian. *in Cornelia.*

Tribunicia lex de primis Regibus Rom. ejiciendis, *l.* 2. §. 3. *D. de orig. jur.* vide & Feſt. *lib.* 17. & Liv. *lib.* 2.

Triumviri Capitales, Monetales: Quatuorviri viarum curatores: & Quinqueviri Nocturni, ut Romæ conſtituti: & quale illorum jus munuſve, *d. l.* 2. §. 30, 31. *& ſeqq. D. de orig. jur.* Vide & Feſt. *& in eund.* Scaliger. Varr. *lib.* 4. *de ling. Lat.* & Jacob. Rævard. *lib.* 2. *varior. cap.* 18.

FINIS.