

ANTONII FABRI

I. C. SEBVSIANI

SABAVDI SE-

NATORIS,



CONIECTVRARVM

IVRIS CIVILIS

LIBRI

Septimus, Octavus, Nonus, Decimus.

In quibus ut in prioribus difficiles plerique iuris loci novis cum emendationibus tum interpretationibus explicantur, sed nono praesertim & decimo omnia quaecumque pertinent ad obscurissimam necdum ab illo bene traditam interpretationem l. Gallus 29. de liber. & posth.

Adiecti sunt tres locupletissimi Indices.

Ad amplissimum & clarissimum virum Petrum Fabrum Saniorianum in Tholosana Curia Praesidem meritisimum.



M. D. XCV.

Apud Franciscum Fabrum Lugdunensem.

(2)



ANTONII FABRI
I. C. SEBVSIANI
SABAVDI SE-
NATORIS,

(2)

CONIECTVRARVM
IVRIS CIVILIS
LIBRI

Septimus, Octavus, Nonus, Decimus.

In quibus ut in prioribus difficiles plerique iuris loci novis cum emendationibus tum interpretationibus explicantur, sed nono praesertim & decimo omnia quaecumque pertinent ad obscurissimam necdum ab ullo bene traditam interpretationem l. Gallus 29. de liber. & posth.

Adiecti sunt tres locupletissimi Indices.

Ad amplissimum & clarissimum virum Petrum Fabrum Saniorianum in Tholosana Curia Praesidem meritissimum.



M. D. XCV.

Apud Franciscum Fabrum Lugdunensem.



AMPLISSIMO VIRO
PETRO FABRO, REGIO
CONSILIARIO, LIBELLORVM
ORDINARIO MAGISTRO, ET IN THOLO-
fano Senatu Præsidi integerrimo,

ANTONIVS FABER SABAVDVS
SENATOR S. D.



TSI qua mira, & ab ipsa natura compa-
rata est inter bonos ac literatos omnes
animorum studiorumq; coniunctio non
sinit me dubitare quin tibi, Præses am-
plissime, præcipua eruditione virtuteq; præ-
dito gratissimum esse debeat quicquid ab
eiusmodi viris profici scitur. Hoc ipsum ta-
men est quod mihi permagnâ diu hæsitân-
di causam præbuit, nû celeberrimo tuo no-
mini per exiguû hoc munus literarium in-
scribere deberẽ. Primum quia cum scirem
quàm essem tui dissimillimus (nisi fortè
parum apud te refert an literarum virtu-

tumq; studiosus quis sit an possessor) subuerebar nẽ viderer impudentior si
prima salutatione illam abs te implorarem benevolentiam qua non nisi tui
simillimis deberetur. Deinde quoniam si verè sciteq; dictum illud est in
omnibus ineundis coniunctionibus maximè interesse quo veluti aditu a-
micitiæ fores aperiantur : erat sanè multò conuenientius ignotum me sic te-
cum agere vt egregiam aliquam de ingenio meo tibi opinionem commo-
uerem, quàm vt id præstarem ex quo posses in ipso statim cõgressu quàm pu-
sillus, nullusq; leguleius sim, perspicere. Quanquã enim excellenti iudicio
tuo illudere neque possum neque debeo, probus tamen honestusq; fuisset do-
lus ille, quo tuam in me voluntatem excitare forsitan & promereri licuis-
set: vt cum amare me cepisses, minùs postea laborandum haberem ne ama-
re desineres. Tuam scilicet de me expectationem quantumuis maximam

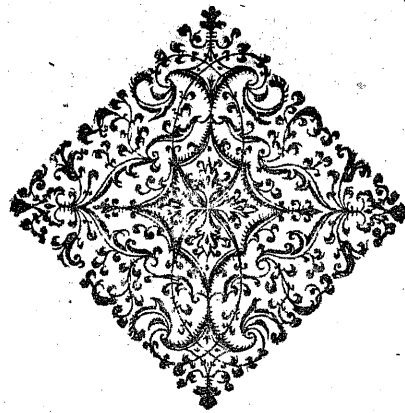
humanitatis tuæ magis quam ingenij mei viribus sustinere fortassis potuisssem, atque ita summo meo bono experiri quantum distet, ab eone quid accipias, quem iam ames, an ab eo quem amare duntaxat velis. Sed importunas istas & verecundiores, quamvis ipsâ etiam verecundiâ honestas ac laudabiles cunctandi rationes improvisus quidam ac propè mirabilis casus nuper fregit. Nam cum superiore Ianuario Lugduni essem, nihilq; minus cogitans in eodem hospitio virum clarissimum, necdum mihi tum cognitum Marcum Antonium Lombardum Ruthenum offendissem, ut vidi hominem qui se non ita dudum Tholosa profectum diceret, illiusque excultissima eruditionis & literatura, quam postea sum admiratus exuberantem magnitudinem vultu verbisq; præ se ferret, confestim sicuti soleo de te rogavi, non an te nosset (quis enim Tholosa rediens præsertim Lombardo similis tantum Fabrum non nouerit?) sed quomodo valeres, quid ageres, quis denique in tanta ista publicarum rerum omnium perturbatione tuarum status esset. Ille, non solum te sibi cognitum esse respondit, verum etiam, quod summa felicitati gloriaq; tribuebat, se tibi per necessarium & familiarum. Tum de te multa honorificentissime, ut debebat, grauissimeq; commemorans, sic me oblectabat, ut facile appareret non magis audiendo me defatigari posse quam ipsum ea differendo, quæ uterque nostrum honoris tui gratia maxime cuperet & probaret. Mox ut alij ex alijs sermones, cum me ille & Sabaudum esse & Fabrum nominari comperisset, vicissim ex me quæ sit amicissime, num is ego Faber essem, qui superioribus annis Coniecturarum Iuris Civilis libros aliquot in publicum edidissem. Annui, quod neque sine manifesto mendacio inficiari poteram, neque sine rubore maximo confiteri, cum abnuere fortassis gloriosius fuisset. Statim ille sibi gratulari, quasi præclarum aliquem Fabrum nactus, & affirmare lætas à te rugas meas, quodq; magis mirandum erat, non omnino improbatas: Hoc etiam addito, quod dixeras, (id verò mihi Deus bone, quam honorificum!) gaudere te, quod suum Fabrum haberet etiam Sabaudia. Dicam liberè. Neque enim Senatorem, præsertim qui ad Præsidentem scribat, mentiri fas est. Non ego quidem is sum, quem vana istius laudis aucupanda fruendæve studium facile moueat, qui nec ignoro quam honestius cuique sit ea facere propter quæ laudari debeat, quam laudari velle, gloriamq; sequi semper, appeti nunquam debere. Sed tamen imperare mihi non potui, quin subiret continuo suauissima quedam titillatio ex tam magnifica tui de me iudicij relatione. Quis enim adeò sit temperans, ut à tam laudato viro laudari se non solum non patiatur, sed etiam non ambiat ardentissime? Non quod tibi, cui omnia debeo, magis credere deberem, quam mihi: sed quia sciebam, quam solerent efficaces esse ad viros virtutis igniculos in tyronum animis accendendos, talium virorum prædicationes: quas ego tum etiam cum vel falsæ sunt, vel suspectæ, pro veris ad laudem cohortationibus accipiendas

ceptiendas semper existimaui. Inde verò peropportunam mihi occasionem datum credidi, non solum salutandi tui: sed etiam id audendi, quod iam pridem timidius meditabar: ut ex officina mea promerem aliquid, quo, ut sit inter artifices, licet dissimillimos, Faber Fabrum donarem. Et si enim satis intelligo nihil à me proficisci posse, quod vel dignitatis tuæ amplitudine, vel obseruantia erga te meæ magnitudine dignum videri queat, Has tamen cogitationes meas, ut à te non prorsus improbatas iri sperare debeam, facis tu, qui priores approbasti. Nam nisi me fallo habent posteriores hi libri nescio quid insignioris & politioris non dicam eruditionis, sed disceptationis. Nec recuso, si qui erunt qui non probabunt, (at erunt sanè quam multi!) sic eos de me iudicare, ut sibi persuadeant, in tanto Senatoriarum occupationum concursu, nihil à me in hoc scribendi genere elaborari potuisse præstantius. Mihi, ut videbis, præcipua perpetuaq; contentio est cum maiorum, ut ita dicam, gentium interpretibus serè omnibus: sed maxime cum magno illo tuo Iacobo Cuiacio, si tuus magis quam meus dicendus est, quem ego, cerè tanti factio feciq; semper, quanti alium ex Iustiniani Iuris Doctoribus, te vno excepto, neminem. Nam ut taceam admirabilem illam, qua excellit in tam vasta scientia edocenda, prædodov & facilitatem, tantam ille obscurissimis quibusque locis elucidandis diligentiam adhibuit, ut neque intactum penè quicquam reliquerit, neque aliud in scriptis suis desiderandum, præterquam fortasse ingenij tui subtilitatem: quam si tanta coniunxisset industria, Papinianum credo æquauisset: sanè alios omnes, quorum sententijs pro legibus utimur, longo, ut arbitror, intervallo superasset. Tulit atas nostra maximos in Iurisprudencia viros non paucos, sed præcipuos, si quid mei iudicij est (cæterorum pace dixerim) Antonium Goueanum & Iacobum Cuiacium. Illum, ut mihi quidem videtur, multò feliciore ingenio ad Iurisprudenciam natum: sed qui nature viribus tam confideret, ut diligentia laudem sibi non necessariam, minus etiam fortasse honorificam putare videretur. Hunc contra minus lucido præstantiq; ingenij acumine, sed qui assiduo labore ea quoque se assequi posse crederet, quæ solis ingenij neruis parari queunt. Tu Faber maxime, multò beatior, cui vni, hac nostra atate à Deo Opt. Max. datum est, & illum ingenio æquare, & hunc diligentia: utrumque haud dubiè utroque superaturus, si tantum tibi ad hæc studia pertractanda otium suppeteret, quanto illi abundarunt. Testantur hoc, præclarissima illa totoq; terrarum orbe celeberrima promiscua eruditionis tuæ monumenta, quæ si singula recensere, nedum laudare vellem, utique facerem ineptè, qui putarem ex commendatione mea posse aliquid ad eorum dignitatem accedere. Quò magis mihi verendum est, ne tibi parum accepta sit ea excusatio, quam ex quotidianis Senatoriarum functionum impedimentis, inscitia mea volo prætexere. Tibi, inquam, Faber præstantissime, qui iam ab ipsa inde

adoleſcentia rei & publica & literaria diſiunctiſſima ſtudia, tam præclare
 coniunxiſti, ut mutuis illa auxilijs ad gloriam tuam eodem impetu colla-
 tis, id unum inter ſe certamen iniſſe videantur, utrius beneficio in am-
 pliſſimo iſto Senatus Tholoſani, quinimò totius Gallia theatro, maior di-
 gnitati tuae laudis materia pararetur. Adeo nimirum tibi familiare eſt ſic
 agere omnia ut ſingula. Sed pro tua & prudentia & humanitate cogitare
 debebis hanc inter fabros & artiſices differentiam eſſe, non inter Fabrorum
 ſtudia & voluntates: nec parum de tuis deceſſurum laudibus, ſi pro nullis
 habeantur quotquot aut mortarij aut doctrina, aut ſi quid hoc etiam ad
 rem pertinet, fortuna dignitate tibi ſunt impares: Ex quorum potiùs com-
 paratione, quàm egregius Faber ſis & artiſex dignoſci oporteat. Reſtat igi-
 tur, quoniam nec ipſas virtutum tuarum imagines, aut oratione adumbra-
 re poſſum, aut imitatione aſſequi, te ut iterum atque iterum rogitem, non
 ut his meis ineptius iudicij tui auctoritatem imperias: (neque enim tu tibi
 iudicium pro arbitrio fingere magis poteſ, quàm ego ingenium mihi) ſed
 quod facere, ſi libet, licet, ut me ames, & quæ ab optimo animo profecta vi-
 des, rudi licet ſtilo exarata, non planè indigna iudices, quæ tibi offerantur.
 Quanquam & illud quoque videor pro meo quodammodo iure petere poſ-
 ſe, ut ea legendo legas, id eſt, quæ minùs probabuntur ſeligas, aut ſi forte
 expeditius videbitur, illa potiùs quæ probabuntur. Ne dubitandum ha-
 beam, quin cætera omnia, te vno iudice, unica litura delenda ſint, aut ſal-
 tem emendanda. Te in ſumma arbitrum volo ad omnes has dirimendas
 controuerſias, quæ mihi tam multa cum tot tantisq; viris intercedunt. Nec
 quam inter te & Cuiacium, adèd longam arètamq; fuiſſe ſcio neceſſitudi-
 nem, mouere me poteſt, ut in amiciſſimi hominis cauſa ius te dicere pro-
 hibeam. Quem enim alium peritiorẽ poſſim quærere? Certè fauorabilio-
 rem nec ſperare auſim, nec optare: qui video gloriõſq; iam contigiſſe mihi
 antehac non ſemel in difficiliõrum legum nodis diſſoluendis, & iis maxi-
 mè in quibus non conuenit mihi cum Cuiacio, ut id ipſum ego, quod tu, ſen-
 ſerim: priùs etiam, quàm ex ſcriptorum tuorum lectione quid ſentiendum
 eſſet didiciſſem. Quod ſi hoc ampliùs ultrò largiri voles (nam flagitare
 non audeo) ut reſcribas aliquando non tantum quid ſentias: ſed etiam
 quid ita? tum verò nihil mihi ad abſolutam voluptatem & felicitatem de-
 eſſe arbitror. Non quòd iudicio tuo minus quàm ipſiſſimæ iuris rationi
 tribuendum exiſtimem: ſed ut compertis abiectisq; erroribus meis, quid in
 poſterum ſentire debeat, non ignorem: tuasq; opiniones pro certiffimis
 ſententijs tuear conſtantius, ſi quando fortasſe mihi cum imperitiõribus res
 erit, qui pro me contra te ſentire velint. Scis enim idem ferè iam nobis quod
 philoſophis eueniſſe: ut in Iuriſprudentia noſtra nihil ſit tam imprudens
 quod non ſuos habeat, eosq; ut plurimum pertinaciſſimos, nec igno-
 biles deſenſores. Eris tu mihi inſtar omnium, longeq; præclarùs me-

cum agi putabo, ſi te ingenuum doctorem experiar, quàm ſi ſuſpectum lau-
 datorem. Denique habebò te ſi patieris in Fabrum, Tu me, ſi placet, in ty-
 ronem, quem, ut apud Papinianum, Nicoſtratus Regulum, eloquentia,
 probitate ac eruditione tua & meliorem facere poſſis, ſi velle voles,
 & præſtantiorem. Benè vale, Faber præclariffime, &
 quem tui amatiſſimum vides, fac pro tua libera-
 litate amatiſſimum. Ex urbe Chamber.

III. Cal. Iul. M. D. XCIII.





INDEX CAPITVM QVAT. LIB. CONIECTVRARVM

ANT. FABRI

Prior numerus caput, posterior verò paginam huius editionis demonstrat.

LIBRI SEPTIMI.

I nterpretatio l. 3. in princip. D. de usur. I.	I
Emendatio §. in his quoque eiusdem legis. II.	5
De fructibus & usuris legatorum ac fideicommissorum. III.	7
Interpretatio l. Herennius 42. alias l. fructus D. de usuris. IIII.	9
Emendatio l. sanè II. D. de iure dotium. V.	13
Duobus locis corruptum esse textum l. quod autem 7. D. de donat. int. vir. & uxor. VI.	14
De differentia filii familias & serui in fideicommissaria hereditatis restitutione. VII	17
Ad l. cum de in rem verso 6. D. de usur. & l. I. Cod. de fideicom. VIII	19
Vera nonaque interpretatio d. l. cum de in rem verso, & l. litibus 20. Cod. de agric. & censit. lib. II. tit. 47. VIII.	22
De bonorum vacantium usucapione aduersus fiscum. Ad l. quamuis 18. D. de usucap. X	26
Filium familias iure veteri fuisse acquisitionis capacem. XI	28
Ad l. Pomponius Philadelphus 35. D. fam. ercisc. XII	31
Ad l. si vir 3. D. pro donato, & l. nunquam 31. D. de usuca. XIII	34
Ad l. si unquam 8. Cod. de reuoc. donat. l. cum auus 102. D. de cond. & demonstrat. XIII	36
Ratio & sententia d. l. si unquam, & l. tale pactum 40. §. ult. D. de pact. XV	40
Malè ab omnibus intellectam & à nonnullis emendatam l. debitor 59. D. ad SC. Treb. & ad l. 3. D. de Separat. XVI	42
Vera emendatio & interpretatio d. l. debitor 59. D. ad Treb. XVII	47
Ad l. I. Cod. de lit. pign. & l. penult. §. I. D. de excep. rei iud. XVIII	51
Emendatio l. si pignore 22. §. si prado D. de pigneratitia actione. XIX	52
Vera lectio & interpretatio l. post contractum 15. D. de donat. XX	54

LIBRI OCTAVI.

D esententia & emendatione l. si Titius 48. D. de fideiuss. I.	62
Ad prima & postrema verba eiusdem legis. II	65
Quibus casibus restitutio minoris profit fideiussori. & ad l. Exceptiones 7. in fine. D. de except. III	68
De emendatione §. quod vulgò l. Stichum aut Pamphilum 95. D. de solut. IV	71

De va-

INDEX CAPITVM.

De varia lectione & interpretatione l. Marcellus 25. D. de fideiussor. V	76
Vera interpretatio & emendatio d. l. Marcellus. VI	79
Indicatur & reprehenditur Triboniani additio in l. 3. §. ult. D. de cond. cau. dat. VII	84
Alia Triboniani additio in l. Dominus testamento 53. D. de cond. indeb. VIII	86
Eiusdem Triboniani alia & apertior nota in l. si ego 9. §. I. D. de iur. dot. IX	88
Emendatio l. ult. D. eod. tit. de iur. dot. X	90
Ad l. assiduis 12. Cod. qui potior in pig. & ad Nou. 97. de equal. dot. §. his consequens. XI	94
Ad §. quia verò Nou. 97. de equal. dot. XII	97
Mulieris privilegium ut creditoribus etiam anterioribus preferatur non transire in liberos XIII	101
Emendatio §. I. l. hinc queritur 19. D. de pecul. XIII	104
Cur non sicut venditio ita pignus nominis debitoris ipso iure valeat. XV	109
Cur conuentio de pignore nominis per prætorem defendatur. XVI	112
Que sit differentia inter pignus nominis conuentionale & iudiciale XVII	114
Triboniani nota ad Pomponium in l. quamuis D. de pignor. act. XVIII	117
Emendatio l. filius familias 16. D. qui testam. face. XIX	118
Recta emendatio l. si primo 8. D. de liber. & posth. XX	122

LIBRI NONI.

De posthumi heredis institutione, ad formulam Galli Aquilij & primum caput legis Velleæ. I	126
Ex quo iure descendat posthumorum suorum & alienorum institutio & ad §. ult. l. Titius 25. D. de lib. & post. II	132
Ad §. si quid tantum l. Gallus D. de lib. & posth. III	134
Quam corruptus sit contextus eiusdem legis in 35. quid si qui filium, & quam malè à nonnullis emendatus, ac quomodo emendari debeat. IV	138
Emendatio & interpretatio l. si pater filium 26. D. de vulg. & pup. subst. & l. posthuma 24. D. de lib. & posth. V	143
Ad §. si eius l. Gallus VI	150
De sententia l. si quis filio 6. §. sed si pater D. de iniust. rupt. VII	157
Emendatio §. siue autem eiusdem legis & interpretatio l. si statulibera 6. in princip. & §. I. D. de statul. VIII	160
Vera lectio & interpretatio §. forsitan l. Gallus D. de lib. & post. IX	167
Ad §. in omnibus l. Gallus X	173
Cur ad institutionem Aquiliani nepotis non fuerit sufficiens formula vulgaris substitutionis XI	182
Ad §. quidam re Etè l. Gallus XII	187
Ad §. idem credendum eiusdem legis XIII	191
Noua interpretatio l. filio præterito 17. Cod. de iniust. rupt. & irrit. fact. testam. XIII	196
Explicatio l. posthumus 12. D. de iniust. rupt. & irr. fact. test. & ad l. 3. Cod. de inoff. testam. XV	204
Ad versidem & circa eiusdem legis XVI	207
Ad §. nunc de lege l. Gallus D. de lib. & post. XVII	214
Quid noui inductum sit secundo capite legis Velleæ XVIII	217
Cur fuerit necessarium secundum caput legis Velleæ. XIX	223
Ex heredatione non periri ius suicitatis ad l. I. §. si pater in potestate de coniun. cum	

INDEX CAPITVM.

<i>eman. lib. & ad l. qui in aliena 6. §. interdum D. de acquir. hered. x x</i>	229
LIBRI X.	
<i>Cur non fuerit sufficiens formula vulgaris substitutionis, ad impediendum ne succedendo nepos Velleanus rumpere. I.</i>	233
<i>Ad §. sequenti parte l. Gallus II</i>	236
<i>Ad §. videndum eiusdem legis III</i>	239
<i>An substitutio pupillaris lege Cornelia confirmetur ad l. pater IO. in prin. D. de cap. & postlim. IV</i>	247
<i>Iuliani à Scauola & Papiniani ab utroque in eadē questione dissensio. ad §. vlt. d. l. pater D. de cap. & postlim. V</i>	250
<i>d. l. quod si filium II. eod. tit. VI</i>	253
<i>Alia Scauola à Papiniano dissensio in questione §. vlt. d. l. quod si filius & emendatio l. si pater captus 29. D. de vulg. & pup. sub. VII</i>	251
<i>Si vero patre filius familias captus sit ab hostibus cur legi Cornelia locus non sit & emendatio l. 2. §. si quis unde legit. VIII</i>	268
<i>De posthumo Corneliano ad l. qui uxorem 15. D. de iniust. rupt. & irr. fact. test. IX</i>	272
<i>An Cornelianus posthumus Velleanus dici possit x</i>	276
<i>Conciliatio l. qui uxorem 15. D. de iniust. rupt. & irr. fact. testam. cum l. posthumus D. eod. XI</i>	281
<i>Interpretatio & emendatio §. si filium l. si quis posthumo 9. D. de lib. & post. & ad l. scripto 7. D. unde liberi. XII</i>	283
<i>Ad §. ille casus l. Gallus XIII</i>	291
<i>Ad §. vlt. l. Gallus. XIII</i>	293
<i>De differentia filij & nepotis in quest. §. & quid si tantum l. Gallus & ad l. verum 8. §. I. D. de iniust. rupt. x V</i>	295
<i>Explicatio & emendatio l. qui duos 3. de coniung. cum emancip. liber. x VI</i>	301
<i>Ad l. vlt. eiusdem Tituli x VII</i>	305
<i>Explicatur elegans Papiniani locus l. qui ex liberis 2. §. testamento D. de bon. poss. sec. tab. x VIII</i>	308
<i>Insignis Triboniani error in §. non tamen Inst. quib. mod. test. infir. XIX</i>	314
<i>Aliud Triboniani facinus in §. si factum l. conficiuntur 8. D. de iur. codicil. x x</i>	317

INDEX



INDEX LEGVM AVT
EXPLICATARVM AVT

EMENDATARVM SECVNDVM
seriem Pandectarum.

EX DIGESTO VETERI.

<i>l. & §. ius naturale, De iustit. & iur. 79</i>	<i>l. rescriptum IO. §. vlt. cum sequent. D. de pact. II3</i>
<i>l. ius autem 7. D. de iust. & iur. 129</i>	<i>l. nisi hoc actum 22. D. de pact. 76</i>
<i>l. ius autem 7. §. I. D. de iust. & iur. 198</i>	<i>l. contra 28. §. vlt. D. de pact. 29</i>
<i>l. & feruorū 5. §. ingenuis & §. vlt. D. de stat. homin. 163</i>	<i>l. quod dictum 32. D. de pactis 71</i>
<i>l. 5. §. penult. §. vlt. D. de statu. homin. 162</i>	<i>l. quod dictum 32. D. de pact. 78</i>
<i>l. qui in utero 26. de stat. homin. 132</i>	<i>l. veterib. 39. de pact. 39</i>
<i>l. penult. D. de stat. homin. 161</i>	<i>l. tale pactum 40. §. vlt. de pact. 37</i>
<i>l. penult. D. de stat. homin. 153</i>	<i>l. qui in futurum 57. D. de pact. 23</i>
<i>l. penult. D. de stat. homin. 257</i>	<i>l. tale pactum 40. §. vlt. D. de pact. 40</i>
<i>l. 3. D. de stat. homin. 288</i>	<i>l. pactum inter heredem 46. D. de pact. 62</i>
<i>l. pen. de stat. homin. 155</i>	<i>l. vlt. D. de pact. 68</i>
<i>l. si qua pœna 7. de his qui sunt sui vel alien. iur. 180</i>	<i>l. vlt. D. de pact. 75</i>
<i>l. si qua pœna 7. de his qui sunt sui vel alien. iur. 192</i>	<i>l. licet 42. §. ea obligatio D. de procur. 66</i>
<i>l. si pater familias 15. D. de adop. 309</i>	<i>l. minor 51. D. de procurat. 69</i>
<i>l. neque absens 24. & 25. D. de adop. 170</i>	<i>l. minor 51. D. de procur. 69</i>
<i>l. quæsitum 34. l. si pater familias 13. §. vlt. D. de adop. 171</i>	<i>l. 3. §. pupillus 5. l. si pupilli 6. l. Nefem nius 34. de neg. gest. 78</i>
<i>l. filiam 9. D. de Senator. 162</i>	<i>l. 3. §. vlt. cum ll. seq. D. de neg. gest. 83</i>
<i>l. si fideiussor 7. §. si necessaria D. qui satisd. cogant. 77</i>	<i>l. mandasti 46. D. de neg. gest. 83</i>
<i>l. 2. §. vit. D. si ex noxal. caus. agat. 10</i>	<i>l. 5. D. de neg. gest. 83</i>
<i>l. 2. D. de edend. 12</i>	<i>l. actio 47. de neg. gest. 255</i>
<i>l. I. D. de pactis 79</i>	<i>l. non solum 6. de integr. restit. 73</i>
<i>l. iuris gentium §. sed cum nulla D. de pactis 47</i>	<i>l. isti quidem 8. §. vltim. D. quod met. caus. 39</i>
<i>l. iuris gentium 7. §. I. D. de pactis 85</i>	<i>l. I. D. de minor. 74</i>
<i>l. iuris gentium 7. §. quod ferè D. de pactis 81</i>	<i>l. I. §. I. & l. in causæ 13. l. in causæ 16. D. de mino. 67</i>
<i>l. I. l. iuris gentium 7. §. ait prætor de pact. II3</i>	<i>l. 3. §. sed vtrum vers. sed an hoc D. de minor. 69</i>
	<i>l. 3. §. penult. D. de minor. 10</i>
	<i>l. 3. §. penult. D. de minor. 127</i>
	<i>l. ait prætor 7. §. quæsitum D. de minor. 59</i>

INDEX LEGVM.

l.ait prætor 7. §. sed quod Papinia- nus <i>D. de minor.</i>	29	l. necnon 28. §. quoad eius <i>D. ex quib.</i> <i>caus. maior</i>	113
l.ait prætor 7. §. sed quod Papinia- nus <i>de minor.</i>	119	l. si pupillus 35. <i>D. qui recept. qui arbit.</i>	77
l. nam posteaquam 9. §. si minor <i>D.</i> <i>de minor.</i>	68	l. tam ex contractibus 57. <i>D. de iudic.</i>	30
l. verum 11. §. sciendum & seq. l. quod si minor 24. §. 1. <i>D. de minor.</i>	68	l. posthumus 6. §. vlt. & l. Papinianus 8. in prin. <i>D. de inoff. testam.</i>	303
l. verum 11. §. item non restituatur <i>D.</i> <i>de minor.</i>		l. posthumus 6. <i>D. de inoff. testam.</i>	133
l. si apud minorem 12. <i>D. de minor.</i>	70	l. Papinianus 8. §. sed nec impuberis <i>D. de inoff. testam.</i>	251
l. in causâ 13. <i>De minorib.</i>	63	l. si pars 10. <i>D. de inoff. testam.</i>	167
l. in causâ 13. <i>D. de minor.</i>	69	l. nam & si 15. <i>D. de inoff. testam.</i>	38
l. in causâ 13. in prin. <i>D. de minor.</i>	68	l. mater decedens 19. circa 24. <i>de</i> <i>inoff. testam.</i>	231
l. in causâ <i>D. de minorib.</i>	71	l. regulariter 9. l. pro herede 11. <i>de pe-</i> <i>tit. hered.</i>	254
l. in causâ 13. <i>D. de mino.</i>	76	l. officium 9. <i>D. de rei vindic. p.</i>	2
l. in causâ 13. l. cum mandatu 23. <i>D. de</i> <i>minor.</i>	78	l. officium 9. <i>D. de rei vindic.</i>	79
l. in causâ 13. <i>D. de minor.</i>	76	l. in rem 23. <i>D. de rei vind.</i>	1
l. in causâ 16. §. idem Pompon. <i>D. de</i> <i>minor.</i>	68	l. qui restituere 68. <i>D. de rei vind.</i>	2
l. in causâ 16. §. idem Pomponius <i>D.</i> <i>de mino.</i>	79	l. fructus pendentes <i>D. de rei vindic.</i>	9
l. minor autem 18. §. vlt. <i>D. de minor.</i>	73	l. vlt. <i>D. usufr. quemad. caueat</i>	87
l. Papinianus 20. <i>D. de mino.</i>	163	l. Titio cum morietur 51. <i>de usufr.</i>	89
l. Papinianus 20. <i>D. de mino.</i>	275	l. si serui usufructus cum seq. <i>D. de</i> <i>usufr.</i>	106
l. cum mandatu 23. <i>D. de minor.</i>	63	l. cum sine 19. <i>D. quando dies legat. ce-</i> <i>dat</i>	174
l. cum mandatu 23. <i>D. de minor.</i>	71	l. cum illud 25. §. hæres meus <i>D. quand.</i> <i>dies leg. ced.</i>	78
l. in causâ 25. §. idem Pomponius <i>D.</i> <i>de minor.</i>	31	l. qui usufructum 3. <i>D. si usufr. pet.</i>	10
l. si minor 27. §. 5. <i>De mino.</i>	74	l. 4. <i>D. de seruit.</i>	113
l. patri 27. §. si pecuniam <i>D. de minor.</i>	73	l. ei fundo 19. iunct. l. quoties 15. <i>D. de</i> <i>seruit.</i>	98
l. Æmilius 38. <i>D. de mino.</i>	50	l. venditor 13. <i>D. commun. præd</i>	98
l. minor 48. §. vlt. <i>D. de mino.</i>	69	l. si patrem §. 1. quemadm. seruit. amit.	12
l. minor 48. in prin. & 6. vlt. <i>D. de mi-</i> <i>nor.</i>	65	l. si partem 19. §. 1. quemadm. seruit. a-	119
l. 3. §. vlt. <i>de capit. minut.</i>	296	l. 2. <i>D. ad leg. Aquil.</i>	30
l. 3. §. vl. & l. seq. <i>de capit. minut.</i>	287	l. huic scripæuræ 15. in fi. <i>D. ad leg. A-</i> <i>quil.</i>	260
l. ab hostibus 15. §. 1. <i>D. ex quib. cau. ma-</i> <i>ior</i>	161	l. huic scripturæ 15. §. 1. <i>ad leg. Aquil.</i>	247
l. ab hostibus 15. §. 1. <i>ex quib. cau. ma-</i> <i>ior</i>	153	l. qui occidit 30. §. 1. <i>D. ad leg. Aquil.</i>	51
l. ab hostibus 15. §. 1. <i>ex quib. cau. ma-</i> <i>ior</i>	151	l. illud 32. <i>D. ad leg. Aquil.</i>	37
l. necnon 28. §. quoad eius <i>D. ex quib.</i> <i>caus. maior</i>	253		

l. qui

INDEX LEGVM.

l. qui occidit 30. §. 1. <i>D. ad leg. Aquil.</i>	36	<i>condic. indeb.</i>	36
43		l. quod si ea 18. <i>D. de condic. indeb.</i>	130
l. alienationes 13. <i>D. fam. erc.</i>	59	l. si non sortem 26. §. libertus <i>D. de</i> <i>condic. indeb.</i>	20
l. item Labeo 22. §. vlt. cum l. seq. <i>D.</i> <i>famil. ercisc.</i>	245	l. si non sortem 26. <i>D. cond. indeb.</i>	22
l. si filia 20. <i>D. fam. ercisc.</i>	84	l. si non sortem 26. §. libertus l. si id	
l. heredes 25. §. non tantum <i>D. fam.</i> <i>ercisc.</i>	83	quod 64. & pass. <i>de cond. indeb.</i>	46
l. Pomponius Philadelphus 35. <i>D. fa-</i> <i>mil. ercisc.</i>	31	l. si non sortem 26. §. si decem <i>D. de</i> <i>cond. indeb.</i>	48
l. quædam mulier 41. <i>D. famil. ercisc.</i>	20	l. interdum 29. <i>D. de cond. indeb.</i>	80
l. hæres §. non tantum <i>D. fam. ercisc.</i>	80	l. frater à fratre 38. §. quæsitum <i>D. de</i> <i>cond. indeb.</i>	84
l. si vnus §. vlt. cum l. seq. <i>D. fam. ercisc.</i>	86	l. quod pupillus 41. <i>D. de cond. indeb.</i>	80
l. et si non omnes 8. §. vltim. <i>D. comm.</i> <i>diui.</i>	106	l. repetita 44. <i>de cond. indeb.</i>	48
l. in hoc iudicium 14. §. 1. <i>D. commun.</i> <i>diuid.</i>	75	l. his solis 49. <i>D. de cond. indeb.</i>	88
l. Sabinus 28. <i>D. comm. diuid.</i>	86	l. dominus testamento 53. <i>D. de cond.</i> <i>indeb.</i>	86
l. si quis eum 29. <i>D. commun. diuid.</i>	83	l. ex his 54. <i>D. de condic. indeb.</i>	66
l. in hoc iudicium 14. §. 1. <i>D. comm. di-</i> <i>uid.</i>	83	l. si vrbana 55. <i>D. de cond. indeb.</i>	53
l. Celsus 5. §. Iulianus <i>D. ad exhiben.</i>	79	l. Iulianus verum debitorem 59. <i>D.</i> <i>de condic. indeb.</i>	45
l. si filius 12. <i>D. de interrog. in iur. fa-</i> <i>ciend.</i>	234. 70. 18. 201	l. fideicommissum 62. <i>D. de condic.</i> <i>indeb.</i>	20
l. si seruus 16. <i>de interrog. in iur. fac.</i>	245	l. Neratius 63. <i>de condic. indeb.</i>	111
l. non omnis 1. <i>D. de reb. cred.</i>	81	l. 1. <i>D. de condic. furt.</i>	87
l. 2. <i>D. de vsur. §. l. cum fundus 31. D.</i> <i>de reb. cre.</i>	5	l. vlt. <i>de eo quod cert. loco. Ita</i>	23
l. nam & si 10. l. nam omnes 19. <i>D. de</i> <i>rebus credit.</i>	109	l. 1. §. cum qui <i>D. de const. pec.</i>	81
l. si à furioso 12. <i>de reb. credit.</i>	119	l. 3. §. 1. l. in rebus 18. §. siue autem pi-	
l. si à furioso 12. cum seq. l. si ergo 18.		gnus <i>D. commod.</i>	13
l. singularia 15. <i>D. de reb. cred.</i>	8. 8. 88	l. si vt certo 5. §. & si fortè <i>D. commod.</i>	15
l. quidem 21. <i>D. de reb. cred.</i>	115	l. rei commodatæ 8. & seq. <i>D. commo-</i> <i>datæ</i>	15
l. cum fundus 31. <i>D. de reb. cred.</i>	3	l. si vt certo 5. §. si duobus vehiculum	221
l. lecta 40. <i>D. de reb. credit.</i>	3. 50	<i>D. commod.</i>	
l. vlt. <i>de inre iur.</i>	78	l. quamuis 6. <i>D. de pignor. act.</i>	109
l. 3. §. vlt. <i>D. de cond. cau. dat.</i>	84	l. si rem 9. §. Is quoque <i>D. de pigno.</i> <i>act. §. 2. §. omnis D. de pignor. act.</i>	43
l. si donaturus 9. in prin. <i>D. de cond.</i> <i>cau. dat.</i>	87	l. tutor 16. §. etiam vectigale <i>de pign.</i> <i>act.</i>	112
l. si ob turpem 8. <i>D. de condic. ob turp.</i> <i>caus.</i>	53	l. si conuenerit 18. <i>D. de pign. act.</i>	117
		l. si conuenerit 18. <i>de pigno. act.</i>	111
		l. si pignore 22. §. si prædo. <i>D. de pign.</i> <i>act.</i>	52
		l. aliena res 20. <i>de pig. act.</i>	109
		l. non est mirum 26. §. 1. <i>de pig. act.</i>	11
		l. si rem alienam 29. <i>D. de pig. act.</i>	52

INDEX LEGVM.

l. eatenus 10. <i>D. de instit. act.</i>	36	l. ex mandato 20. §. i. <i>mandati</i> 83. l. i. 2.	3 & 5. §. i. <i>ibid.</i>
l. i. §. i. <i>D. ad SC. Maced.</i>	258	l. si mandauero 22. §. si mandauerim	<i>D. mand.</i> 85
l. 2. <i>D. ad SC. Maced.</i>	109	l. Papinianus 28. <i>D. mandat.</i>	84
l. 3. §. i. <i>D. ad SC. Maced.</i>	80	l. si fideiussor 29. §. quædam <i>D. man-</i>	<i>dat.</i> 83
l. sed si paterfamilias 9. §. non solum		l. hæc venditio 7. <i>D. de copt. empt.</i>	111
<i>D. ad Maced.</i>	78	l. si quis donationis 38. <i>D. de contrah.</i>	<i>empt.</i> 59
l. quia naturalis <i>D. ad SC. Maced.</i>	47	l. domum 57. <i>D. de contrah. empt.</i>	107
l. sed si damnum 9. §. peculium <i>D. de</i>		l. 2. <i>D. de in diem addict.</i>	39
<i>peculio</i>	8. 7. 84	l. i. <i>D. de lege commissaria</i>	39
l. quis ergo 16. <i>de pecul.</i>	114	l. i. <i>D. de hered. vel act. vendit.</i>	127
l. hinc quæritur §. 5. <i>de pecul.</i>	106	l. 2. §. cum quis <i>de hered. vendit.</i>	50
l. seruum quem 27. <i>D. pignor.</i>	44	l. si nomen 4. <i>D. de hered. vel act. ven.</i>	114
l. & ancillarū 27. <i>D. de pecul.</i>	107	l. venditor 23. §. i. <i>D. de hered. vel ven-</i>	<i>dit.</i> 114
l. summa cum ratione 21. <i>D. de peculio</i>	59	l. 3. <i>D. de seru. export.</i>	23
l. peculium & ex eo 39. l. quoties 47.		l. ex empto 11. & pass. <i>de act. empt.</i>	92
§. vlt. <i>D. de pecul.</i>	84	l. Iulianus 13. §. si quis à pupillo <i>D. de</i>	<i>act. empt.</i> 35
l. nec seruus 41. l. nō solum 49. §. vlt.		l. fundi 17. <i>D. de act. emp.</i>	9
l. eo tempore 50. §. etiam <i>de pecul.</i>	45	l. vlt. <i>D. de action. empt.</i>	17
l. summa 21. <i>D. de peculio</i>	58	l. item si 22. §. vlt. <i>D. locati</i>	79
l. si pro patre 10. §. sed vtrum <i>D. de in</i>		l. cum apparebit 47. <i>D. locati</i>	63
<i>rem vers.</i>	21	l. r. §. vlt. <i>D. de affirmat. action.</i>	13
l. i. & toto Tit. <i>D. ad SC. Velleian.</i>	68	l. i. & toto tit. <i>D. de pras. verb.</i>	85
l. 2. §. omnis omnino <i>D. ad Velleian.</i>	67	l. i. 2. 3. & l. quæ nondum 15. §. quod	
l. sed si ego 4. §. i. <i>D. ad SC. Vell.</i>	66	dicitur <i>D. de pign.</i>	109
l. quanquam 7. l. aliquando 13. §. vlt. l.		l. si conuenit 4. & seq. <i>de pign. act.</i>	111
si mulier 14. l. si mulier 16. §. vlt. l.		l. si conuenit in fin. l. sed & quod 9.	
debitrix 24. §. si Senatusconsulti		§. i. <i>D. de pignor.</i>	109
<i>D. ad Velleian.</i>	68	l. sed & quod 9. §. i. <i>de pignor</i>	110
l. quāuis §. quoties <i>D. ad SC. Vell.</i>	63	l. grege 13. §. & in superficiariis <i>D.</i>	<i>de pignor.</i> 112
l. si mulier 15. §. vlt. <i>D. ad SC. Vellei.</i>	82	l. etiam <i>D. de pignor.</i>	25
l. bona fide 27. <i>D. ad SC. Velleian.</i>	91	l. si fundus 15. §. in vindicatione <i>D. de</i>	<i>pigno.</i> 44
l. vlt. in prin. <i>D. ad SC. Velleian.</i>	92	l. grege 13. §. cum pignori <i>D. de pig-</i>	<i>nore.</i> 110
l. 3. <i>D. de compensat.</i>	115	l. cum prædium <i>D. de pign.</i>	117
l. Etiam quod natura 6. <i>D. de compens.</i>	85	l. & quæ nondum 15. §. quod dicitur	
l. si ambo 10. <i>D. de compens.</i>	49	& pass. <i>de pignor.</i>	52
l. i. §. an in pupillum <i>D. de posit.</i>	78	l. si fundus 16. §. si pluris <i>D. de pignor.</i>	45
l. i. §. si res deposita 16. <i>D. depositi</i>	13	l. si conuenit 18. <i>D. de pign. act.</i>	109
l. Lucius 24. <i>D. deposit.</i>	15		
l. pen. <i>D. deposit.</i>	29		
l. si procuratorem 8. §. si liber homo			
<i>D. mand.</i>	109		
l. idemque 10. §. generaliter <i>D. mand.</i>	71		
l. si remunerandi §. si planè si tibi <i>D.</i>			
<i>mandat.</i>	42		

l. pe-

INDEX LEGVM.

l. periculum 30. <i>D. de pignor.</i>	113	l. 3. in princ. <i>D. de usuris</i>	1
l. lex vicigali 31. <i>D. de pignor.</i>	111	l. aduersus §. <i>D. usur.</i>	21
l. cum tabernam 34. §. <i>D. de pignor.</i>	311	l. cum de in rem verso 6. <i>de usur.</i>	19
l. si superatib. <i>D. de pignor.</i>	51	l. equis 8. l. respondit 14. l. equis 39.	
l. i. <i>D. in quib. caus. pign. tacit.</i>	96	<i>D. de usur.</i>	7
l. i. §. vlt. <i>quæ res pignor.</i>	109	l. respondit 14. l. equis 39. <i>D. de usur.</i>	
l. interdum 5. <i>D. qui potior in pign. hab.</i>			
100.		l. sciendum 21. <i>D. de usur.</i>	3
l. idemque est 7. in princ. <i>D. qui po-</i>		l. mora 32. <i>D. de usur.</i>	7
<i>tior in pign. hab.</i>	96	l. usura 34. <i>D. de usur.</i>	7
l. si pignus 8. <i>D. qui potior in pign. hab.</i>	95	l. lite contestata 35. <i>D. de usur.</i>	4
		l. tutor 41. in prin. <i>D. de usur.</i>	60
l. si debitor 4. §. si in venditione l. si		l. Herennius 42. <i>D. de usur.</i>	7. 9
consensit 7. <i>D. quib. mod. pign. vel</i>		l. vlt. <i>D. de usur.</i>	112
<i>hypot. soluit.</i>	89	l. si pactum 9. <i>D. de probat.</i>	23
l. voluntate 10. §. vlt. <i>quib. mod. pig. vel</i>		l. cum de indebito 25. <i>D. de probat.</i>	
<i>hypoth.</i>	112		
l. Paulus 12. §. vlt. & pass. <i>quib. mod. pig.</i>		l. eum qui 22. <i>D. de proba.</i>	22
<i>vel hypoth. soluit.</i>	48	l. regula 9. §. qui ignorauit <i>D. de iur.</i>	
l. si deferente 13. <i>D. quib. mod. vel hy-</i>		<i>fact. ignor.</i>	35
<i>poth. soluit.</i>	45	l. Iuris ignorantiam 4. <i>D. de iur. &</i>	<i>fact. ignor.</i> 34
l. sicut §. superuacuum <i>D. quib. mod.</i>		l. capite 19. <i>D. de rit. nupt.</i>	33
<i>pig.</i>	59	l. vlt. <i>D. de ritu nupt.</i>	59
l. soluitur in princ. & litem libera-		l. i. <i>D. de iur. dot.</i>	15
<i>tur D. quib. mod. pig. vel hypoth. sol-</i>		l. si ego 9. in prin. <i>D. de iur. dot.</i>	87. 23
<i>uit.</i>	46	l. i. <i>D. de iur. dot.</i>	8
l. quia pupillo 7. <i>de euiet.</i>	44	l. si alicui <i>D. de iure dot.</i>	131
l. si per imprudentiam §. non mirum		l. plerunque 10. <i>D. de iur. dot.</i>	
<i>D. de euietio.</i>	23	l. si res æstimata 12. §. i. <i>D. de iur. dot.</i>	16.
l. qui alienam 54. <i>D. de euiet.</i>	36	l. sanè 11. <i>D. de iur. dot.</i>	13
l. rem hereditariam 65. <i>D. de euiet.</i>	51	l. quoties 16. <i>D. de iur. dot.</i>	15
l. cum ea conditione 68. §. i. <i>de euiet.</i>		l. etiam si 19. l. si mulier 59. in princ.	
		<i>de iur. dot.</i>	111
l. 2. <i>D. de except. rei iudic.</i>	208	l. Iulianus 20. <i>de iur. dot.</i>	129
l. singulis 6. <i>D. de except. rei iud.</i>	115	l. quemadmodum 46. <i>D. de iur. dot.</i>	20
l. euidenter 16. <i>D. de except. rei iud.</i>	4	l. si seruo 47. <i>D. de iur. dot.</i>	106
l. ex sextate 30. §. Latinus Largus <i>D.</i>		l. si mulier 59. §. ex asse <i>de iur. dot.</i>	90
<i>de except. rei iudic.</i>	52	l. stipulatio 63. <i>de iur. dot.</i>	89
l. pen. §. i. <i>D. de except. rei iud.</i>	51	l. si legato 65. <i>de iur. dot.</i>	106
l. 2. <i>D. except.</i>	26. 67. 66	l. si vsusfructus 66. in fin. l. cū in fū	
l. exceptiones 7. in fin. <i>D. de except.</i>		<i>do</i> 78. <i>de iur. dot.</i>	110
73. 70. 68. §. vlt. 66. 74		l. si vsusfructus 66. <i>de iur. dot.</i>	109
l. qui agnitis 11. & pass. <i>D. de excep.</i>	25	l. mutus 73. §. i. <i>D. de iur. dot.</i>	9
l. omnes 19. <i>D. de excep.</i>	68. 75	l. quamuis 75. <i>D. de iur. dot.</i>	32
l. i. §. i. <i>D. de usur.</i>	18	l. vlt. <i>D. de iur. dot.</i>	90
l. 3. in his quoque <i>D. de usur.</i>	5. 7		

¶ iiii.

INDEX LEGVM.

l.vlt.D.de pact. dotal.	94	l.vlt. de solut. matr.	106
l.inter focerum 26. de pact. dot.	262	l. si mulier cum de iure D. rev. amor.	59
l. i. D. de fund. dot.	91	l. i. §. de ventr. inspic.	132
l. dotale 13. §. heredi D. de fund. dot.	101	l. i. §. i. de ventr. inspic.	132
l. i. 2. & 3. de donat. inter vir. & vxor.	17	l. 3. §. i. D. de tutel.	69
l. i. 2. & 3. l. cum hic status in princ.		l. si here ditas 10. §. qui filium D. de re stam. tutel.	221
D. de don. inter vir. & vxor.	88	§. filium D. de testam. tutel.	221
l. 3. §. vlt. D. de don. int. vir. & vxor.	88	l. 2. §. vlt. de adm. & p̄r tut.	70
l. 3. §. sed si debitorem D. de donat. int. vir.	32	l. si plures 38. D. de admin. tut.	63
l. si sponsus 5. §. penul. de dona. int. vir. & vxor. 119. §. cum agitur 16. de do- nat. int. vir. & vxor.	35	l. tutores 39. §. heres D. de admin. tut.	191
§. vlt. D. de donat. int. vir. & vxor.	14	l. non existimo 54. D. de admin. tut. 59	
l. quod autem 7. D. de donat. int. vir. & vxor.	14	l. si pupillus 45. D. de admin. tut.	62
l. sed & si 25. D. de donat. int. vir. & v- xor.	34	l. chirographis 57. §. i. de admin. tu.	60
l. si id quod 28. §. si ex decem D. de don. int. vir. & vxor.	14	l. 2. ill. tit. de autor. tutor.	36
l. cū hic status 32. §. ait oratio & pass. D. de dona. int. vir. & vxor.	23	l. pupillus 5. l. obligari 9. & pass. D. de autor. tutor.	78
l. p̄c̄nitentiam de don. int. vir. & v- xor.	42	l. obligari 9. §. pupillus. D. de auth. & constutor.	80
l. si maritus D. de don. int. vir. & v- xor.	60	l. i. §. tutor statim D. de autor. tutor.	36
l. vir vxor. 154. de donat. int. vir. & v- xor.	21	l. pen. de autor. tutor.	148
l. vir vsuras 54. de donat. int. vir. & v- xor.	23	l. stipulatus 6 §. adhiberi D. de fideiuss. 77	
EX INFORTIATO.			
l. affiduis & ad l. i. D. solut. matrim.	102	l. §. vlt. l. fideiussor 16. §. fideiussor de fi- deiuss.	44
l. i. D. sol. matr.	99	l. i. l. si stipulatus 6. in fi. l. Græcè 8. §. i. l. fideiussor. 16. §. fideiussor D. fi- deiuss.	46
l. 2. de solut. matr.	32	l. si dubitet 10. D. de fideiuss.	50
l. de diuisione 5. l. fructus. 7. §. Papi- nianus, alias diuortio D. solu. ma. II		l. cum reus 14. D. de fideiuss.	46
l. si cum dotem 22. §. si maritus D. sol. mat.	107	l. si stipulatus 15. D. de fideiuss.	115
l. si marito 31. §. vlt. D. solut. matr.	106	l. ex persona 32. D. de fideiuss.	68
l. quæ dotis 33. D. solut. matr.	49	l. si testamento 49. D. de fideiuss.	77
l. quæ dotis 33. D. solut. matr.	44	l. Marcellus 25. D. de fideiuss.	76
l. si focer. 44. §. Lucius D. soluto ma- rimonio	53	l. fideiussor 16. in princ. §. fideiussor D. de fideiuss.	80
		l. seruus nescio 19. D. de fideiuss.	87
		l. hæres à debitore 21. §. seruo tuo vers. nec his contrarium D. de fi- deiuss.	72
		l. heres à debitore 21. §. quod si stipu- lator D. de fideiuss.	43
		l. si plures 27. §. vlt. D. de fideiuss.	61
		l. cum quasi 30. §. sed etsi suus D. de fideic. libert.	197
		l. inter fideiussores 26. D. de fideiuss.	62
		l. vt	

INDEX LEGVM.

l. vt fideiussor 39. D. de fideiussor	84	de liber. & posthum.	126
l. si Titio 43. D. de fideiuss.	63	§. si filium l. si posthumos 9. de lib. & posth.	283
l. cum lex 46. de fideiuss.	78	l. si quis posthumos 9. §. si filium in fi. hoc tit. de liber. posthum.	235
l. si Titius 48. D. de fideiuss.	62	l. si quis posthumos 9. §. i. de liber. & posthum.	230
l. si testamento 49. in prin. D. de fide- iuss.	68	l. si quis posthumos 9. §. i. l. filius à pa- tre 28. §. i. hoc tit. de lib. & posthum.	224
l. si testamento 49. D. de fideiuss.	74	l. si quis posthumos 9. §. si filium D. de lib. & post.	141
l. debitori 50. D. de fideiussor.	72	l. commodissimè 9. de liber. & post.	136
l. si quis pro eo 56. §. si nummos D. de fideiuss.	110	l. commodissimè D. de lib. & posthum.	150
l. i. §. 3. de reb. eor. qui sub tutel.	23	l. cōmodissimè D. de liber. & posthu.	144
l. 2. de reb. eor. qui sub tutel.	98	l. in suis II. D. de liber. & posthum. 220	
l. 3. in prin. D. de reb. eor. qui	96	l. in suis II. de liber. & posthu.	127
l. magis puto 5. §. nō passim D. de reb. eor. qui sub tutel.	91	l. in suis II D. de lib. & posth.	229
§. fundum autem de reb. eor. qui sub tutel.	119	l. in suis de liber. & posthum.	230
§. si pupillus D. de reb. eor.	80	l. si ita scriptum 13. §. vlt. & l. filius D. de lib. & posth.	143
l. consilio 7. l. Iulianus 10. cum seq.		l. si ita scriptū 13. §. vlt. de lib. & posth.	201
l. vlt. & pass. D. de curat. furios.	81	l. posthumus 14. de lib. & posthum. 146	
l. i. D. qui testam. facer. pass.	89	l. si posthumus 14. de lib. & posthu. 145	
l. lege Cornelia 12. qui testam. facere pass.	267	l. si filius 16. D. de lib. & posthum. 147	
l. qui in potestate 6. §. i. D. qui testam. facer.	318	l. si filius 16. de lib. & posth.	148
l. eius qui apud hostes 8. qui testam. facer.	131	l. filio 23. §. i. de lib. & posth.	296
l. eius qui 5. §. i. D. qui testam. fac.	60	l. filio 23. §. si Titius de lib. & posth. 224	
l. lege Cornelia 12. D. qui testam. face. pass.	248	l. posthuma 24. de liber. & posthu. 149	
l. qui testamento 14. cum l. seq. D. qui testam. facere pass.	271	l. postuma 24. D. de lib. & post.	143
l. filiusfamilias 16. D. qui testam. facer. pass.	10	§. vlt. Titius. 25. de liber. & posth.	134
l. is cui lege 18. D. qui testam. facer. 312		l. si quis filio, & d. l. scripto l. filius 28. §. i. de liber. & posthum.	203
l. 4. de liber. & posth.	132	l. filius 28. de liber. & posth.	147
l. 3. D. de lib. & post.	174	l. filius 28. §. i. D. de lib. & posthum. 311	
l. placet 4. l. inter cætera 30. de lib. & posth.	128	l. Gallus 29. §. nūc de lege de liber. & posth.	
l. si filius 7. de liber. & posthum.	122	l. Gallus 29. §. nūc de lege cum se. de lib. & posthum.	280
l. si filius 7. de liber. & posthum.	208	l. Gallus §. si quid tantū de lib. & post.	134
l. 7. de liber. & post.	280	l. Gallus 29. §. forsitan. de lib. & posth.	149
l. si primo 8. in fin. de liber. & posthu. 145		l. Gall. s. §. forsitan. D. de lib. & post. 167	
l. si primo 8. D. de lib. & posth.	314		
l. si primo 8. D. liber. & posthum.	122		
l. si quis posthumos 9. §. si filium in fin.			

INDEX LEGVM.

l. Gallus 29. §. nūc de lege Vellea de liber. & posthum.	276	l. si quis filio 6. §. sed si pater de iniust. rupt.	180
l. Gallus 29. §. in omnib. D. de lib. & posthum.	173	l. si quis filio §. sed. de iniust. rupt.	287
l. inter cætera 30. de liber. & posthu.	122	l. si quis filio 6. de iniust. rupt.	229
l. inter cætera 30. D. de lib. & posthu.	198	l. si quis filio 6. §. Sed si pater de iniust. rupt. & irrit.	286
l. si primo herede 8. de liber. & posthum.	122	l. si quis filio 6. §. sed si pater de iniust. rupt.	245
l. vlt. Titius 25. de liber. & posthum.	132	l. si miles. 7. D. de iniust. rupt.	69
l. i. 2. & 3. l. sed etsi fiat. l. si binæ II. D. de iniust. rupt.	313	l. verum 8. §. I. de iniust. rupt.	295
l. i. D. de iniust. rupt. & irr. fact. testa.	122	l. verum 8. §. I. de iniust. rupt.	296
l. i. de iniust. rupt.	132	l. verum 9. cum seq. D. de instit.	78
l. i. de iniust. rupt.	227	l. si pater 9. & seq. D. hoc titu. de iniust. rupt.	275
l. 3. §. I. de iniust. rupt.	141 144	l. si pater 9. & sequenti de iniust. rupt.	269
l. 3. §. vnde etiam D. de iniust. rupt.	37	l. posthumus 12. D. de iniust. rupt.	316.
l. 3. in princip. & §. sed & si sit. & §. nominatim. D. de iniust. rupt.	220	l. posthumus 12. de iniust. rupt.	122
l. 3. §. de iniust. rupt.	124	l. posthumus 12. §. I. in fin. de iniust. rupt.	122
l. 3. §. ex his apparet. de iniust. rupt.	146	l. posthumus 12. D. de iniust. rupt. & irrit. fact. test. & ad l. 3. C. de inoff. testam.	204
l. 3. §. I. de iniusto rupto.	40	l. posthumus 12. D. de iniust. rupt.	254
l. 3. §. vltim. & l. 4. de iniust. rupt.	124	l. posthumus 12. & pass. hoc tit. de iniust. rupt.	273
l. 3. §. I. de iniust. rupt.	217	l. posthumorum 13. D. de iniust. rupt.	193
l. 5. D. de iniust. rupt.	298	l. posthumorum 13. de iniust. rupt.	291
l. 5. de iniust. rupt.	125	l. posthumorum 13. de iniust. rupt. & irrit. testam.	223
l. nam & si 5. vers. rumpendo. de iniust. rupt.	280	l. posthumorum 13. de iniust. rupt.	241
l. si quis filio. 6. D. de iniust. rupt.	140	l. posthumorum 13. de iniust. rupt.	237
l. si quis filio. 6. D. de iniust. rupt.	232	l. posthumorum 14. de iniust. rupt.	219
l. si quis filio 6. §. irritum. D. de iniust. rupt.	60	l. qui vxorem. 15. D. de iniust. rupt.	241
l. si quis filio. D. de iniust. rupt.	234	l. qui vxorem 15. de iniust. rupt.	237
l. 6. §. penul. D. de iniust. rupt.	308	l. qui vxorem 15. de iniust. rupt. & irrit. fact.	281
l. si quis filio 6. §. sed & si quis D. de iniust. rupt.	312	l. qui vxorem 15. de iniust. rupt. testam.	272
l. si quis filio 6. D. de iniust. rupt.	224	l. filio 17. D. de iniust. rupt.	175
l. si quis filio 6. in princip. de iniust. rupt.	127	l. filio præterito 17. D. de iniust. rupt.	315
l. scripto, & d. l. si quis filio 6. de iniust. rupt.	127	l. si quis heres 18. de iniust. rupt.	183
l. si quis filio 6. §. sed pater. D. de iniust. rupt.	157	l. si	l. si
l. si quis filio 6. de iniust. rupt.	227		
l. si quis filio 6. §. I. de iniust. rupt.			

INDEX LEGVM.

l. si quis heres de iniust. rupt.	227	l. si ita scriptū 47. §. I. D. de hered. inst.	168
l. si quis heres 18. de iniust. rupt.	224	l. si ita scriptum 47. §. I. de hered. inst.	217
l. si quis heres 18. de iniust. rupt.	228	l. si ita scriptum 47. §. I. D. de hered. instit.	141
l. si quis heres 18. de iniust. rupt.	225	l. si alienum 49. §. in extraneis. D. de her. inst.	131
l. nam etsi 5. versic. rumpendo de iniust. rupt.	122	l. si alienum 49. §. in extraneis D. de hered. instit.	304
l. nam etsi 5. rumpendo. de iniust. rupt.	145	l. si alienū 49. §. in extraneis. l. liber homo 59. §. si heres D. de hered. instit.	129
l. i. §. vlt. D. de hered. inst.	174	l. si alienum 49. in fin. de hered. instit.	131
l. i. §. si ex fundo. D. de hered. instit.	176	l. si alienum 49. §. in extraneis de hered. instit.	123
l. i. de hered. instit.	177	l. si alienum 49. §. I. de hered. inst.	123
l. saus quoque 4. l. sed si conditioni. D. de hered. instit.	193	l. si alienum 49. §. I. de hered. inst.	186
l. si posthumus §. quod vulgo. l. 4. §. vlt. de hered. instit.	145	l. pater filio 54. D. de hered. instit.	137
l. sed si conditioni 6. §. I. de hered. instit.	241	l. potest quis 56. D. de hered. instit.	130.
l. sed si conditioni 6. §. de hered. instit.	217	l. liber homo 59. si heres de her. instit.	131
l. etsi conditioni 6. §. I. D. de hered. instit.	141	l. si quis ita 82. D. de hered. instit.	199
l. talem 15. in fin. de hered. inst.	252	l. ei qui soluendo 88. de hered. instit.	129
l. illa institutio 32. D. de hered. instit.	196	l. ei qui soluendo. D. de hered. instit.	29
l. illa institutio 32. §. I. de hered. instit.	247	l. si quis ita. D. de hered. inst.	174
l. illa institutio 32. §. I. de hered. instit.	290	l. 2. §. I. D. de vulg. & pupil. substit.	227
l. illa institutio 32. §. I. de hered. instit.	274	l. 2. §. I. de vulg. & pupil. subst.	223
l. illa institutio 32. §. I. de hered. inst.	271	l. 2. §. I. de vulg. & pupil. subst.	221
l. illa institutio 32. §. I. de hered. instit.	286	l. 2. D. de vulg. & pupil. substit.	251
l. hereditas 34. de hered. instit.	130	l. 2. §. I. de vulg. & pupil. subst.	241
l. cum in testamento 37. D. de hered. instit.	174	l. iam hoc iure. 4. de vulg. subst.	134
l. cum in testamento 37. D. de hered. instit.	176	l. verbis 7. D. de vulg. & pupil. subst.	301
l. cum in testamento 37. D. de hered. instit.	299	l. si is qui heres II. de vulg. & pupil. substit.	131
l. cum in testamento 37. D. de hered. instit.	224	l. si quis eum 16. D. vulg. & pupil.	174
l. cum in testamento 37. de hered. instit.	186	l. patris 20. de vulg. & pupil. substit.	248
l. cum in testamento 37. de hered. instit.	145	l. si pater filium 26. de vulg. & pupil. substit.	157
		l. si pater filium 26. de vulg. & pupil. substit.	205

INDEX LEGVM.

l. si pater filium 26. de vulg. & pupil. subst.	143	l. 3. D. de testam. milit.	51
l. lex Cornelia 28. de vulg. & pupil. subst.	221	l. in fraudem 15. §. miles D. de testam. milit.	130
l. lex Cornelia 28. de vulg. & pupil. subst.	259	l. quærebatur 19. in fin. l. miles ita 41. in princip. de testam. milit.	130
l. lex Cornelia de vulg. & pupil. subst.	158	l. si filiusfam. 33. §. i. D. de testam. milit.	230
l. lex Cornelia D. de vulg. subst.	164	l. si filiusfamilias 33. §. fin. de testam. milit.	289
l. lex Cornelia 28. D. de vulg. & pup. subst.	247	l. si filiusfamilias 33. §. i. de testam. milit.	127
l. lex Cornelia 28. de vulg. & pupil. subst.	255	l. si filiusfamilias 33. §. i. de testam. milit.	153
l. lex Cornelia 28. de vulgar. & pupil. subst.	250	l. filiusfamilias 33. §. sed si filiusfamilias de testam. milit.	224
l. lex Cornelia. 28. D. de vulg. & pup. subst.	319	l. qui in aliena 6. §. interdum de acquirend. hered.	231
l. lex Cornelia 28. de vulg. & pupil. subst.	168	l. qui in aliena 6. D. acquir. hered.	28
l. quod si filius, & emendatio l. si pater captus 29. de vulg. & pup. subst.	261	l. qui in aliena 6. §. interdum D. de acquir. hered.	193
l. si pater captus 29. de vulg. & pupil. subst.	262	l. pupillus D. de acquir. hered.	81
l. si mater 33. §. i. de vulg. & pup. subst.	187	l. pupillus 9. D. de acquir. her.	81
l. si mater 33. §. i. de vulg. & pup. subst.	183	l. si quis heres 13. §. vlt. de acquir. her.	29
l. cum ex filio 39. §. quædam de vulg. & pupil. subst.	234	l. qui putat 15. D. de acquir. hered.	35
l. cu ex filio 39. §. vl. de vulg. & pupil. subst.	189	l. gerit 88. l. pro herede 20. D. de acquir. hered.	316
l. cum ex filio §. vlt. de vulg. & pupil. subst.	182	l. si quis mihi bona 25. §. iussum D. de acquir. hered.	36
l. cum ex filio §. vlt. de vulg. subst.	184	l. si ego 26. l. si ex sua 36. de acq. hered.	224
l. cum ex filio 39. de vulgar.	185	l. si ego 26. & l. si ex sua 36. de acquir. hered.	190
l. coheredi 41. §. cum filia de vulg. & pupil. subst.	255	l. quæsitum 40. D. de acq. rer. dom.	8
l. coheredi 41. §. cum filia de vulg. & pupil. subst.	248	l. additio 45. D. de acq. hered.	106
l. ex pupillari 44. de vulg.	248	l. bonæ fidei 48. D. de acq. rer. dom.	12
l. si filius D. de vulg. & pup. subst.	19	l. placet 49 D. de acquir. hered.	193
l. ei qui ita 13. de condic. instir.	119	l. heres quando cunque 54. de acquirend. hered.	119
l. vlt. de condic. instir.	246	l. heres quando cunque 54. D. de acquir. hered.	9
l. vlt. de condic. instir.	147	l. heres quando cunque 54. de acquir. hered.	89
l. vlt. de condic. instir.	148	l. necessariis 57. D. de acquir. her.	197
l. vlt. in fin. D. de condic. instir.	232	l. necessariis 57. D. de acq. her.	70
l. i. de iur. deliber.	246	l. necessariis 57. D. de acq. her.	18
		l. necessariis 57. de acquir. hered.	201

l. quan-

INDEX LEGVM.

l. quandiu iustitutus 69. D. de acquir. hered.	174	omif.	174
l. placet 79 de acquir. hered.	270	l. si quis sub conditione 8. in fin. D. si quis omif.	85
l. placet 79. D. de acquir. hered.	30	l. si quis 17. D. si quis omif. caus. testa.	18
l. placet 79. D. de acquir. hered.	28	l. si filius 23. D. si quis omif. caus. testa.	203
l. si seruus eius 82. de acquir. her.	131	l. 3. §. aperire D. ad SC. Silan.	79
l. ventre 84. de acquirend. hered.	148	l. 2. in princ. de iur. codic.	136
l. ventre 84. de acquir. hered.	147	l. Diui §. licet. D. de iur. codicil.	311
l. ventre 84. D. de acquirend. hered.	144	l. conficiuntur 8. si post factum D. de iur. codicil.	315-317
l. eum bonis 87. de acquirend. hered.	279	l. conficiuntur 8. §. si post factum. D. de iur. codicil.	309
l. si pupillus 89. D. de acquir. hered.	69	l. conficiuntur 8. §. si post factum D. de iur. codic.	311
l. si quis bonis 91. D. de acquir. hered.	59	l. conficiuntur 8. D. de iur. codic.	42
l. qui superstitis 94. D. de acquir. her.	176	l. Aristo 9. D. de iur. codic.	271
l. qui superstitis 94. de acquir. hered.	275	l. quidam 14. D. de iur. codicil.	243
l. qui superstitis 94. D. de acquir. her.	127	l. quidam referunt 14 de iur. codicil.	277
l. Clodius 97. D. de acquirend. hered.	310	l. quidam referunt 14. de iur. codicil.	272
l. Iulianus 42. aliàs l. si pupillus de acquir. hered.	252	l. quidam referunt 14. de iure codicil.	259
l. qui superstitis D. de acquir. hered.	229	l. literæ 17. D. de iur. codicil.	311
l. Clodius 97. de acquir. hered.	50	l. filium 5. §. sed etsi portio D. de leg.	303
l. penult. D. testam. quemadmod. aper.	248	l. id quod 9. D. de legat. i.	171
l. i. §. qui sunt in potestate D. si quis omif. caus. testam.	148	l. si quis bonorum 23. D. de leg. i.	7
l. i. §. qui sunt in potestate D. si quis omif. caus. testam.	250	l. si quis bonorum 23. D. de leg. i.	4
l. i. & tot. tit. si quis omif. caus. testam.	202	l. sin autem 29. de leg. i.	107
l. i. §. qui sunt in potestate D. si quis omif. caus. testam.	210	l. cum seruus 39. §. fructus D. de leg. i.	3
l. i. §. qui sunt in potestate D. si quis omif. caus. testam.	201	l. seruo legato 69. §. i. de leg. i.	32
l. quia autem 6. §. penult. D. si quis omif. caus. test.	203	l. si tibi homo 86. §. cum seruus de legat. i.	118
l. quia autem 6. §. certè si vacatia D. si quis omif.	27	l. si pecunia 77. de leg. i.	
l. si quis sub conditione 8. D. si quis omif. caus. test.	85	l. si tibi homo 86. §. cum seruus D. de leg. i.	7. 8. 9
l. si quis sub conditione 8. D. si quis omif. caus. test.	85	l. quæsitum 91. §. vltim. D. de legat. i.	1
		l. ab omnibus 104. §. etiam rem D. de leg. i.	171
		l. nihil proponi 120. §. vltim. D. de legat. i.	9
		l. nihil proponi 120. §. vltim. de leg. i.	9

INDEX LEGVM.

l. nemo potest <i>D. de legat. 1.</i>	313	l. Quintus 27. §. argento. <i>D. de auro & argent. leg.</i>	1
l. antepen. <i>de legat. 1. N. empo</i>	257	l. 3. §. vlt. <i>de liber. legat.</i>	50
l. penult. <i>de legat. 1.</i>	220	l. 2. l. si quis reum 5. <i>D. de liber. legat.</i>	76
l. si Titio 61. §. Julian. <i>D. de leg. 2.</i>	176	l. si quis reum 5. <i>de liberat. leg.</i>	78
l. vnum ex familia 67. §. sed si vno, & §. si duos <i>de legat. 2.</i>	49	l. si quis reum. <i>D. de liber. legat.</i>	77
l. vnum ex familia 67. §. si rem tuam. <i>de legat. 2.</i>	89	l. 4. <i>D. de adim. legat.</i>	42
l. peto 69. §. prædium. <i>D. de legat. 2.</i>	7. 20. 59.	l. legatū 21. <i>D. de adim. legat.</i>	30
l. cum pater 77. §. furdo <i>D. de leg. 2.</i>	119	l. quædam sunt. in fin. <i>de rebns dub.</i>	259
l. cum pater 77. §. fidei tuæ. <i>D. de legat. 2.</i>	63	l. 1. <i>de regul. Caton.</i>	184
l. cum pater 77. §. furdo. <i>D. de leg. 2.</i>	319	l. 5. §. vltim. <i>de condic. & demonst.</i>	189
l. cum pater 77. §. pater filix <i>de legat. 2.</i>	33	l. qui heredi 44. <i>de condic. & demonst.</i>	30
l. si quis seruo 84. <i>D. de legat. 2.</i>	4	l. qui heredi 44. <i>D. de condic. & demonst.</i>	32
l. legatum 80. <i>D. de legat. 2.</i>	7	l. qui heredi 44. l. Meuius 55. <i>de condic. & demonst.</i>	135
l. legatum 80. <i>de legat. 2.</i>	119	l. cum fundus 56. <i>D. de condic. & demonst.</i>	86
l. legatum 80. <i>D. de legat. 2.</i>	8	l. cum tale 72. in princip. <i>de condic. & demonst.</i>	245
l. debitor 82. <i>D. de legat. 2.</i>	50	l. cum auus 102. <i>D. de condic. & demonst.</i>	137
l. si quis seruo 84. <i>D. de legat. 2.</i>	7	l. cum auus 102. <i>de condic. & demonst.</i>	40
l. Titia Seio 87. §. vsuras. <i>D. de leg. 2.</i>	4	l. à testatore 109. <i>de condic. & demonst.</i>	93
l. Lucius 88. aliàs codicillis. §. Instituto <i>de legatis 2.</i>	190	l. 1. §. 1. <i>D. ad leg. Falcid.</i>	241
l. Lucius 88. aliàs l. codicillis §. Infulam <i>de legat. 2.</i>	40	l. 1. §. id quod natura <i>D. ad leg. Falcid.</i>	47
l. testamento 89. §. quatuor <i>D. de legat. 2.</i>	1	l. 3. l. alienus 61. <i>D. ad leg. Falcid.</i>	45
l. 1. in prin. <i>de leg. 3.</i>	131	l. 3. <i>D. ad leg. Falc.</i>	49
l. is qui 26. <i>D. de legat. 3.</i>	7	l. id autem. §. 1. <i>D. ad leg. Falc.</i>	85
l. si quis rem suam 11. instit. <i>de legat. 3.</i>	35	l. in ratione 11. §. quod vulgo. <i>D. ad leg. Falcid.</i>	247
l. Paula 27. §. Pompeius l. quæsitū 78. §. cum vir ita vir <i>de leg. 3.</i>	50	l. si post missionem 17. <i>D. ad leg. Falcid.</i>	319
l. quod his verbis 83. <i>D. de leg. 3.</i>	8	l. filiusfamilias 18. <i>D. ad leg. Falcid.</i>	242
l. prædiis 91. §. filio <i>de leg. 3.</i>	23	l. filiusfamilias 18. <i>ad leg. Falc.</i>	287
l. is qui. <i>D. de legat. 3.</i>	4	l. filiusfamilias 18. <i>ad leg. Falc.</i>	254
l. Quintus 7. <i>de ann. legat.</i>	23	l. filiusfamilias 18. <i>D. ad leg. Falc.</i>	268
l. annua 20. in fin. l. cum quidam <i>de ann. legat.</i>	22	l. si pupillus 21. <i>D. ad leg. Falc.</i>	78
l. quidam 14. <i>D. de pecul. legat.</i>	63	l. in ratione 30. §. tamen si. l. id autem.	76.
l. cum vnus 10. §. verbis <i>D. de alim. leg.</i>	9	l. in quartā 91. §. vlt. <i>D. ad leg. Falc.</i>	85
l. cum vnus 10. §. 1. <i>de alim. leg.</i>	20	l. in ra-	

INDEX LEGVM.

l. in ratione 30. §. tamen si <i>D. ad legem Falcid.</i>	179	l. 1. §. penult. <i>D. si tab. testam.</i>	199
l. in quantitate 73. <i>ad leg. Falcid.</i>	284	l. 1. §. vlt. <i>D. de tab. testam.</i>	198
l. reperitar 84. <i>D. ad leg. Falcid.</i>	44	l. 1. & toto tit. <i>D. de bon. possess. contr. tab.</i>	299
l. reperitur 84. <i>D. ad leg. Falc.</i>	23	l. 1. §. filium. l. 3. §. si quis filio. <i>D. de contr. tab.</i>	192
l. 1. <i>D. si cuiquam per legem.</i>	4	l. 1. §. sufficit & §. exigit. l. cum tabulæ 7. <i>D. de bon. poss. contra tabul.</i>	199
l. quia poterat 4. <i>D. ad SC. Trebell.</i>	119	l. 3. §. si quis ex liberis <i>de bon. poss. contr. tab.</i>	201
l. apud Iulianum 11. idem Iulianus <i>ad SC. Treb.</i>	267	l. illud 4. §. ad testamenta <i>de bon. poss. contr. tab.</i>	101
l. apud Iulianū 11. & idem Iulianus <i>D. ad SC. Treb.</i>	260	l. illud notandum 4. §. 1. <i>de bon. poss. contr. tab.</i>	191
l. cogi 16. §. si pater filio. <i>D. ad SC. Trebel.</i>	29	l. illud notandum 4. §. 1. <i>de bon. poss. contr. tab.</i>	290
l. lex facta 17. §. si quis autem <i>ad SC. Trebel.</i>	262	l. ventre. & in l. 4. §. vlt. iunct. l. 5. <i>de bon. poss. contr. tab.</i>	149
l. in fideicommissaria 18. l. heredes mei 57. <i>D. ad SC. Trebel.</i>	8	l. illud 4. §. ad testamentum <i>D. de bon. poss. contr. tab.</i>	217
l. ita tamen 27. §. si pater <i>D. ad SC. Trebel.</i>	17	l. non putauit 8. <i>de cont. tab.</i>	
l. ita tamen 27. §. qui suspectam <i>D. ad SC. Trebel.</i>	145	l. non putauit 8. §. si ab vno. <i>de bono. poss. contr. tabul.</i>	177
l. si heres ab eo 28. §. vlt. <i>D. ad Treb.</i>	49	l. non putauit 8. l. si post mortem 10. §. exheredati. <i>de bon. poss. contr. tab.</i>	230
l. si quis priore 29. <i>D. ad Treb.</i>	313	l. si post mortem 10. §. exheredati. <i>D. de bon. poss. contr. tab.</i>	301
l. postulante 44. in princ. <i>D. ad SC. Trebel.</i>	22	l. si post mortem 10. §. vltim. <i>de bono. poss. contr. tab.</i>	208
l. si patroni 55. §. vlt. <i>D. ad SC. Treb.</i>	52	l. qui ex liberis 11. §. testamento <i>D. de bon. poss. contr. tab.</i>	308
l. debitor 59. <i>D. ad SC. Treb.</i>	42	l. cum emancipatus 12. §. si pater, & §. vlt. <i>D. de bonor. poss. contr. tabulas</i>	302
l. debitor 59. <i>ad Trebel.</i>	110	l. si duobus 12. §. 1. <i>de bon. poss. contr. tab.</i>	208
l. debitor 59. <i>D. ad SC. Treb.</i>	51	l. si duobus 14. <i>de bon. poss. contr. tabul.</i>	203
l. debitor 59. <i>ad Treb.</i>	47	l. quod vulgo 19. <i>D. de bon. poss. contr. tabul.</i>	198. 200
l. facta 63. <i>D. ad SC. Treb.</i>	1	l. filium 20. <i>D. de bon. poss. contr. tabul.</i>	227
l. seruo inuito. 65. §. cum Prætor <i>D. ad SC. Trebel.</i>	118	l. filium 20. vers. Iulianus <i>de bon. poss. contr. tab.</i>	145
l. facta 63. §. si heres <i>D. ad Treb.</i>	106	l. filium 20. <i>D. de bon. poss. contr. tab.</i>	209
l. si quis priore. <i>D. ad SC. Treb.</i>	310		
l. mulier. §. si heres. <i>D. ad SC. Trebel.</i>	12		
l. 1. <i>D. de bon. poss.</i>	319		
l. 3. §. sed & eius <i>D. de bon. possess.</i>	245		
l. 1. 2. 3. §. 1. <i>de bon. possess.</i>	155		
l. sed cum patrono 6. §. penult. <i>de bono. possess.</i>	253		
l. 1. §. sed si fortè. <i>D. si quid in fraud. patr.</i>	59		
l. 1. §. penult. <i>D. si tab. testam. null. ex-</i>			

INDEX LEGVM.

l. filium 20. §. videamus de bonorum poss. cont. tabul.	286	de bon. poss. secund. tabul.	315
l. filium 20. vers. sed cum exheredatio D. de bonor. poss. cont. tabul.	229	l. qui ex liberis 11. §. testamento D. de bon. poss. secund. tabul.	310
l. non putavit & §. si quis emancipatum, vers. sed in extraneo D. de bonor. poss. cont. tabul.	226	l. i. D. si a parente.	28
l. nonnunquam 14. de legat. prest.	202	l. i. in princ. D. si a parente quis manum.	193
l. nonnunquam 14. de legat. prest.	214	l. 2. D. si a parente quis manum.	112
l. is qui in potestate 15. in prin. de legat. prest.	202	l. ult. D. de iur. patron.	21
l. is qui 15. §. ita autem de legat. prest.	203	l. operis 31. D. de oper. liber.	19
l. is qui in potestate 15. in princip. de legat. prest.	203	l. i. §. ult. D. de bon. liber.	23
l. i. §. si pater in potestate cum seqq. D. de coniung. cum emancip. liber.	180	l. 2. t. libertinus 5. cum seq. & pass. de bon. liber.	41
l. i. §. si pater in potestate in fin. de coniung. cum emancip. liber.	281	l. si necem 4. §. si deportatus de bon. liber.	245
l. i. §. si pater in potestate D. de coniung. cum emancip. liber.	302	l. 4. §. i. D. de bon. libert.	241
l. i. et si pater emancipatus, vers. sed et si patruus de coniung. cum emancip. liber.	230	l. si necem 4. §. si deportatus D. de bon. libert.	229
l. qui duos D. de coniung. cum emancip. liber.	301	l. si necem 4. §. si deportatus de bon. libert.	141
l. ult. eod. tit. de coniung. cum emancip.	231	l. si necem 4. si deportatus de bon. libert.	290
l. i. §. si filius in adoptione D. de venire in poss. mitt.	133	l. si patronus testamento 12. §. ex testamento D. de bon. libert.	229
l. i. de ventr. in pos. mit.	132	l. si patronus 12. §. ex testamento de bon. libert.	232
l. extraneo de ventr. in pos. mit.	133	l. si patronus 12. §. ex testamento de bon. libert.	286
l. de bonis 6. §. huic autem de Carbo. edict.	284	l. libertus 36. D. de bon. libert.	49
l. i. §. sufficit & §. exigit D. de bonor. poss. secund. tabul.	205	l. i. §. solum. D. si quid in fraud. pat.	59
l. i. §. exigit de bonor. poss. secund. tab.	201	l. 3. D. si quid in fraud. patron.	41
l. i. §. i. sup. l. prox. j. eod. l. si ita scriptum 8. §. qui filio de bonor. poss. sec. tab.	146	l. 2. §. si quis decefferit D. vnd. legit.	270
l. i. §. i. D. de bonor. poss. secund. tabul.	313	l. 2. §. penult. D. vnd. legit.	288
l. i. §. exigit D. de bonor. poss. sec. tabul.	314	l. i. §. si quis proximior D. vnd. cogn.	10
l. 3. D. de bonor. poss. secund. tab.	133	l. ult. §. i. quis ord. in bonor. poss. serv.	29
l. qui ex liberis 11. §. testamento D.		l. i. de suis & legit.	158
		l. i. §. si filius §. interdū & §. sciendū D. de suis & legit.	224
		l. i. §. si filius suus D. de suis & legitim.	165
		l. i. §. sciendum D. de suis & legitim.	126
		l. i. in princip. D. de suis & legit.	242
		l. i. §. sciendum D. de suis & legit.	235
		l. i. §.	141

INDEX LEGVM.

l. i. §. si filius de suis & legit.	219	l. i. D. de donat.	38
l. 2. & pass. de suis & legit.	213	l. filius familias 7. in princ. D. de don.	58
l. i. §. sciendum de suis & legit.	286	l. post contractum 15. D. de don.	54
l. i. §. si filius D. de suis & legit.	219	l. filius familias 7. D. de donat.	36
l. i. D. de suis & legit.	252	l. donationes 31. §. pater D. de donat.	30
l. i. §. sciendum in fin. de suis & legit.	284	l. donationes 31. §. pater D. de donat.	31
l. i. §. sciendum de suis & legit.	234	l. donationes 31. §. ult. D. de don.	55
l. i. §. sciendum de suis & legit.	204	l. Lucius 32. D. de donat.	23
l. i. §. sciendum de suis & legit.	210	l. i. & l. senatus §. i. de mort. caus. donat.	39
l. i. §. post suos de suis & legit.	289	l. si aliquis 7. & l. non videtur 32. D. de mort. caus. don.	60
l. i. §. sciendum de suis & legit.	222	l. si aliquis 7. de mort. caus. don.	57
l. i. §. sciendum de suis & legit.	278	l. si aliquis 7. D. de mort. caus. don.	55
l. i. §. post suos D. de suis & legit.	230	l. si tum 9. §. ult. cū duob. seqq. D. de mort. caus. donat.	60
l. i. §. si filius & seq. de suis & legitim.	158	l. si aliquis 7. de mort. caus. don.	57
l. apud hostes 8. C. de suis & legitim.	242	l. si aliquis 7. D. de mort. caus. don.	55
l. in suis 14. de suis & legit.	229	l. si tum 9. §. ult. cū duob. seqq. D. de mort. caus. donat.	60
l. in suis 14. de suis & legit.	149	l. Senatus 35. §. mortis caus.	168
l. in suis 14. D. de suis & legit.	123	l. vbi ita 17. D. de mort. caus. don.	39
l. in suis 14. D. de suis & legit.	201	l. mortis causa 31. §. sine donatione de mort. caus. donat.	85
l. penult. D. de suis & legit.	255	l. Senatus 35. §. sed mortis causa D. de mort. caus. donat.	39
l. penult. de suis & legit.	286	l. qui pœnæ 8. D. de manumiss.	54
l. i. C. eod. l. penult. D. de suis & legit.	269	l. libertas 17. in princip. l. qui duos 18. §. i. D. de de manum. testam.	129
l. penult. de suis & legit.	290	l. qui duos 18. §. i. de manum. testam.	128
l. penult. de suis & legit.	245	l. Stichus 39. D. de manum. testam.	137
l. penult. de suis & legit.	258	l. Stichus seruus 39. D. de manum. test.	89
l. penult. D. de suis & legit.	271	l. Stichus 39. de manum. testam.	131
l. penult. de suis & legit.	256	l. Stichus 39. D. de manum. testam.	186
l. penult. D. de suis & legit.	153	l. qui duos 18. §. i. l. ult. de fideic. liber.	225
l. penult. D. de suis & legit.	140	l. generaliter 24. §. proinde D. de fideic. liber.	7
l. i. §. vltim. D. ad SC. Turpil.	58	l. cū quasi 30. §. sed et si tuus D. de fideic. libert.	210
		l. cū quasi 30. §. sed et si suus D. de fideic. libert.	18
		l. in testamento 38. D. de fideic. libert.	202
		l. in testamento 28. D. de fideic. lib.	

EX DIGESTO NOVO.

l. si finita 15. §. Iulianus de dam. infect.	10
l. ad curatoris 46. de dam. infect.	96
l. i. §. vltim. de aqua & aqua plu. arc.	26
l. 2. §. quanquam D. de aqua & aqua plu. arc.	46
l. 2. §. item Varus in fin. D. de aqua & aqu. plu. arc.	198
l. commissa 14. D. de public. & vectig.	28

INDEX LEGVM.

23			
l. si pater 47. de fideic. libert.	204	l. 3. de usufrucap.	26
l. vlt. D. de fideic. libert.	129	l. 3. D. de usufrucap.	25
l. cum quasi §. sed et si suus D. de fideicom. lib.	119	l. pignori 15. D. de usufrucap.	54
l. 3. §. 1. D. de statulib.	84	l. quauis 18. D. de usufrucap.	27
l. 3. §. sed et si iussum D. de statulib.	85	l. si serui usufructus 21. cum seq. D. de usufruc.	105
l. si statulibera 6. §. 1. D. de statulib.	162. 163	l. vbi lex 24. §. vltim. D. de usufrucap.	26
l. si statulibera 6. in princip. & §. 1. de statulib.	160	l. Celsus 27. de usufrucap.	26
l. statulibera 16. D. de statulib.	163	l. Celsus 27. D. de usufrucap.	34
l. prospexit 9. D. qui & à quib. manum.	100	l. nunquam in usufrucapionibus 31. de usufrucap.	36
l. sed si maritus 14. D. qui & à quibus	59	l. nunquam in usufrucapionibus 31. in princ. D. de usufruc.	21
l. quæsitum 15. D. qui & à quib. manumit.	54	l. nunquam 31. D. de usufrucap.	34
l. si cum fideicommissa 16. §. Aristo D. qui & à quibus manum.	21	l. penult. in fin. de usufrucap.	258
l. semper 23. D. qui & à quib.	58	l. penult. in fin. D. de usufrucap.	273
l. qua ratione 9. §. hæ quoque res D. de acquir. rer. domin.	54	l. penult. in fin. de usufrucap.	243
l. acquiruntur 10. §. de his autem D. de acquir. rer. dom.	105	l. penult. in fin. D. de usufrucap.	277
l. qua ratione 10. §. hæ quoque res D. de acquir. rer. dom.	112	l. penult. §. vltim. de usufrucap.	287
l. acquiruntur 10. §. de his D. de acquir. rer. dom.	8	l. penult. in fin. de usufrucap.	249
l. nunquam 31. D. de acq. rer. dom.	10	l. si is qui pro emptore D. de usufruc.	161
l. nunquam nuda 31. D. de acquir. rer. dom.	32	l. 2. §. si à pupillo & §. si à furioso D. pro emptor.	35
l. etiam 32. D. de acquir. rerum domin.	28	l. si vir 3. D. pro donat.	34
l. qui bona 23. de acq. rer. domin.	105	l. 4. D. pro donat.	30
l. quæsitum 40. de acquir. rer. domin.	12	l. 1. D. pro hered.	127
l. 1. §. item acquirimus de acquir. poss.	119	l. 2. §. quod vulgo D. pro hered.	79
l. 1. §. item acquirimus D. de acquir. possess.		l. hominem 3. D. pro suo	34
l. naturaliter 12. §. possessio 49. D. de acquir. possess.	719	l. si se non obtulit 4. §. si quis condemnatus sit D. de re iud.	1
l. quod seruus 24. D. de acquir. possess.	30	l. à Diuo Pio 15. §. quod si res in fin. D. de re indicat.	109
l. locus 26. D. de acq. poss.	26	l. à Diuo Pio 15. §. sed vtrum D. de re indicat.	116
l. vlt. de acquir. poss.		l. à Diuo Pio 15. §. in venditione D. de re ind.	109
l. vlt. D. de acquir. possess.	1	l. si debitori 21. D. de re ind.	1
		l. sicut autem 21. D. de re ind.	103
		l. debitoribus 31. D. de re iudic.	1
		l. ex contractu 44. D. de re ind.	148
		l. vlt. D. de re ind.	60
		l. distractis 14. l. persecutione 24. de reb. anct. indic. poss.	95
		l. si ventri 24. §. 1. de reb. anct. indic. possid.	96
		l. qui in nauem 26. l. quod quis nauis	34. de reb.

INDEX LEGVM.

34. de reb. anct. indic. poss.	96	l. sub hac conditione 8. D. de oblig. & act.	III
l. pater familias 28. de reb. anct. indic. poss.	146	l. qui cum herede 15. de oblig. & actio.	209
l. 1. §. sed si quis suspectam ill. tit. de separat.	48	l. qui cum herede 15. D. de obli. & act.	206
l. 1. §. vlt. D. de separat.	19	l. si à furioso 24. D. de obli. & act.	119
l. 3. de separat.	45	l. actio 28. D. de oblig. & act.	1
l. 3. de separat.	47	l. constitutionibus 33. D. de oblig. & action.	56
l. 3. de separat.	72	l. obligationum ferè 44. §. placet. D. de oblig. & act.	19
l. 3. de separat.	76	l. obligationum ferè 44. §. placet de oblig. & act.	113
l. 1. in princ. D. que in fraud. cred.	41	l. furiosus 46. D. de oblig. & act.	80
l. quod autem 6. §. 1. D. que in fraud. cred.	119	l. 26. & 58. D. de oblig. & act.	57
l. quod autem 6. §. apud Labeonem que in fraud. cred.	91	l. pupillus 59. D. de oblig. & act. iunct.	78
l. quod autem 6. §. simili modo l. vlt. §. 1. D. que in fraud. cred.	27	l. is cui bonis 6. D. de verb. oblig.	82
l. ait prætor 10. §. quod ait prætor & §. si quis particeps. l. quod autem 6. §. hoc edictum D. que in fraud. cred.	39	l. si ex legati 23. de verb. oblig.	5
l. omnes 17. §. Lucius D. que in fraud. cred.	59	l. quidam cum filium 132. de verb. obl.	226
l. omnes 17. §. Lucius D. que in fraud. cred.	30	l. stipulatio ista 38. §. planè se tenere de verb. oblig.	31
l. patrem 19. & l. debitorem 20. D. que in fraud. cred.	49	l. stipulatio ista 38. §. alteri D. de verb. oblig.	41
l. 1. §. qui à me D. de vi & vi armata	53	l. cum filius familias 49. §. 1. D. de ver. oblig.	71
l. 3. in princ. D. de vi & vi armat.	56	l. eum qui 56. §. qui ita stipulatur D. de verb. oblig.	113
l. 2. D. vi possidet.	53	l. quoties 59. de verb. oblig.	90
l. 1. §. vlt. D. de superfic.	113	l. seruus vetante 62. de verb. obl.	28
l. 2. D. de riuis	59	l. si seruum 91. D. de verb. oblig.	5
l. intra quatuor 10. §. 1. D. de diuers. temp. præscr.	27	l. seruus 98. l. liber homo 103. D. de verb. oblig.	171
l. in omnibus 13. de diuers. tem. præscr.	27	l. stipulatio 108. in fin. de verb. oblig.	III
l. 1. D. de dol. except.	113	l. si mihi & Titio 110. de verb. oblig.	41
l. 2. §. nõ malè D. de dol. mal. except.	23	l. qui Romæ 122. §. Agerius de verb. oblig.	93
l. purè 5. §. præterea de dol. except.	23	l. si pupillus 127. D. de verb. oblig.	78
l. nam is nullam 6. D. de dolo.	70	l. si pupillus 127. D. de ver. oblig.	3
l. dolos facit 8. D. de dol. excep.	53	l. si reus promittendi 13. D. de duob. reis	72
l. Theopompus 14. D. de dol. pral.	34	l. si id quod 15. D. de duob. reis.	31
l. 1. §. penult. D. de dol. excep.	89	l. item si 8. D. de stipul. seru.	31
l. 3. §. is quoque D. de oblig. & act.	88	l. vltim. D. de stipulationib. seruor.	59
l. naturales 10. D. de oblig. & act.	47		

INDEX LEGVM.

l. i. <i>D. de nouat.</i>	45	l. qui res 98. §. arcam <i>D. de solut.</i>	52
l. i. in fin. <i>D. de nouation.</i>	78	l. 4. §. sed enim <i>D. rem pupil. salu. fore</i>	117
l. si pupillus 9. §. i. <i>D. de nouat.</i>	130	l. non solum 8. <i>D. rem rat. hab.</i>	310
l. lege doli exceptio 19. in fin. <i>D. de nouation.</i>	91	l. amplius 15. <i>D. rem rat. hab.</i>	5
l. aliam 19. <i>D. de nouat.</i>	45	l. amplius 19. <i>rem rat. haber.</i>	49
l. nouatione <i>D. de nouat.</i>	6	l. i. <i>D. priuat. delict.</i>	5
l. i. 2. & 3. <i>D. de solut.</i>	33	l. à Titio 64. <i>D. de furt.</i>	1
l. quod si fortè 14. §. vlt. <i>D. de solut.</i>	80	l. à Titio 64. <i>de furt.</i>	118
l. si cum dotem 22. §. transgrediamur <i>D. de solut.</i>	111	l. vlt. <i>D. de furt.</i>	56
l. quæ dotis 33. <i>D. solut. matrim.</i>	48	l. prætor edixit 7. <i>D. de iniur.</i>	6
l. cum quis 38. §. qui hominem l. pupilli 96. §. vlt. <i>de solut.</i>	111	l. vlt. <i>D. de iniur.</i>	56
l. cum quis 38. §. vlt. <i>de solut.</i>	44	l. 3. <i>D. de preuaric.</i>	25
l. cum quis 38. §. vlt. <i>de solut.</i>	48	l. interdictum 14. <i>D. de precar.</i>	38
l. cum quis 38. §. vltimo <i>de solut.</i>	52	l. ex iudiciorum 20. <i>D. de accus.</i>	56
l. cum quis 38. §. de peculio & seq. <i>D. de solut.</i>	48	l. sic eueniet 21. <i>D. ad leg. Iul. de adul.</i>	243
l. reo 41. & seq. <i>D. de solut.</i>	58	l. vlt. <i>D. ad legem Jul. maiest.</i>	55
l. in numerationibus 44. l. Stichum 95. §. aditio & §. naturalis <i>de solut.</i>	78	l. vlt. <i>D. ad leg. Iul. pecul.</i>	56
l. in pupillo 47. §. planè <i>de solut.</i>	92	l. 2. <i>D. de requir. reis</i>	28
l. cum quis 48. §. vlt. <i>de solut.</i>	25	l. Cicero 39. <i>D. de poen.</i>	182
l. si duo 93. <i>de solut.</i>	76	l. negotiorum 24. <i>D. de appel.</i>	60
l. si duo 93. <i>D. de solut.</i>	72	l. furiosus 63. & l. per curatorem 90. l. cum in vna 17. §. i. <i>D. de appel.</i>	81
l. si is cui nummos 94. in princip. & §. sed & si fideiussor <i>de solut.</i>	110	l. i. §. Diuus Pius <i>de iur. fisc.</i>	27
l. Stichum aut Pamphilum 95. <i>D. de solut.</i>	13	l. Lucius 9. in fin. <i>D. de iur. fisc.</i>	56
l. Stichum aut Pamphilum 95. §. quod vulgo <i>D. de solut.</i>	69	l. differre 18. §. vlt. l. Titius 21. & l. in fraudem. 45. <i>D. de iur. fisc.</i>	59
l. Stichum aut Pamphilum 95. §. pen. <i>de solut.</i>	44	l. si is qui mihi 28. <i>D. de iur. fisc.</i>	95
l. Stichum aut Pamphilum 95. §. si mandatu <i>de solut.</i>	51	l. in fraudem 45. §. à debitore <i>D. de iur. fisc.</i>	58
l. Stichum aut Pamphilum 95. §. quod vulgo & §. naturalis <i>de solut.</i>	77	l. aufertur 46. §. in reatu <i>D. de iur. fisc.</i>	58
l. Stichum aut Pamphilum 95. §. aditio in fin. <i>D. de solut.</i> 67. §. quod vulgo.	71	l. moschis 47. <i>de iur. fisc.</i>	115
l. Stichum aut Pamphilum 95. §. quod vulgo <i>D. de solut.</i>	63	l. moschis 47. <i>de iur. fisc.</i>	95
l. Stichum 95. §. naturalis <i>D. de solut.</i>	79	l. i. & 2. <i>D. de castrens. pecul.</i>	270
l. Stichum 95. §. aditio <i>D. de solut.</i>	85	l. i. & 2. <i>de castrens. pecul.</i>	252
		l. non vt à patre 8. l. retro 16. & pass. <i>D. de captiu. & postlim.</i>	151
		l. proponebatur 9. <i>de castrens. pecul.</i>	153
		l. proponebatur 9. in fin. <i>de castrens. pecul.</i>	288
		l. pater 10. in princ. <i>de cap. & postlim.</i>	
		l. pater 10. in princ. <i>D. de capt. & postlim.</i>	247
		l. pater 10. in princ. <i>D. de cap. & postlim. re-</i>	

INDEX LEGVM.

lim. reuers.	248	l. verbis legis 120. <i>de verbor. significat.</i>	119
l. quod si filius 11. <i>de capt. & postlim.</i>	268	l. verbis legis 120. <i>de verbor. significat.</i>	132
l. quod si filius 11. in princ. <i>de capt. & postlim.</i>	278	l. verbis legis 120. <i>D. de verb. significat.</i>	8
l. in bello 12. §. medio tempore in fi. <i>D. de cap. & postlim.</i>	162	l. lege obuenire 130. <i>D. de verb. signifi-</i>	164
l. in bello 12. §. i. l. bona 22. §. quod filius hoc eod. tit. <i>de cap. & postlim.</i>	255	l. delata 151. <i>D. de verb. significat.</i>	199
l. in bello 12. §. i. <i>de captiu. & postlim.</i>	249	l. pecunia 178. §. actionis <i>D. de verb. significat.</i>	1
l. in bello 12. §. i. d. l. bona 22. §. quod filius <i>de captiu. & postlim.</i>	275	l. verbis legis <i>D. de verbor. significat.</i>	182
l. in bello 12. §. i. l. bona 22. <i>D. de capt. & postlim.</i>	245	l. vult 6. <i>de regulis iur.</i>	18
l. cum duæ 14. <i>D. de captiu. & postlim.</i>	164	l. ius nostrum 7. <i>de reg. iur.</i>	130
l. in omnibus 18. <i>de captiu. & postlim.</i>	243	l. plus cautionis 25. <i>de reg. iur.</i>	111
l. in omnibus 18. <i>de capt. & postl.</i>	239	l. qui potest 26. <i>de regulis iur.</i>	90
l. de hereditate 19. §. pater <i>D. de castrens. pecul.</i>	127	l. quod initio 29. <i>D. de reg. iur.</i>	197
l. bona eorum 22. <i>de cap. & postlim.</i>	252	l. omnia 32. <i>D. de regul. iur.</i>	119
l. bona 22. §. i. <i>de captiu. & postlimin.</i>	153	l. quod attinet 32. l. seruitutem 208. <i>de regulis iur.</i>	186
l. bona 22. §. vlt. <i>de cap. & postlimin.</i>	282	l. quod attinet 32. l. seruitutem 209. <i>de regulis iur.</i>	246
l. bona 22. §. i. <i>de capt. & postlim.</i>	279	l. quod attinet 32. l. seruitutem <i>D. de reg. iur.</i>	209
l. bona 22. in princip. <i>D. de captiu. & postlim.</i>	242	l. quod attinet 32. <i>de regul. iur.</i>	180
l. bona 22. §. vlt. <i>de captiu. & postlim.</i>	272	l. quod attinet 32. <i>de regul. iur.</i>	150
l. Diui 25. <i>D. de captiu. & postlimin.</i>	162	l. quod attinet 32. <i>de reg. iur.</i>	30
§. vlt. d. l. pater <i>de capt. & postlimin.</i>	250	l. quod attinet 32. <i>D. de reg. iur.</i>	139
l. filius familias 14. <i>D. de re milit.</i>	164	l. sicuti 38. <i>de reg. iur.</i>	56
l. militis 36. §. vltim. <i>D. de re militar.</i>	310	l. neque pignus 45. <i>de regul. iur.</i>	52
l. i. §. i. <i>D. de iur. immunit.</i>	103	l. nec pignus 45. <i>de regul. iur.</i>	110
l. 3. §. vlt. <i>de verb. significat.</i>	287	l. cuius per errorem 53. <i>D. de reg. iur.</i>	87
l. 3. in fin. <i>D. de verb. significat.</i>	241	l. cuius per errorem 53. <i>D. de regulis iur.</i>	66
l. creditores 10. <i>de verb. significat.</i>	48	l. actus legitimi 77. <i>de regul. iur.</i>	29
l. creditores 10. cum seq. <i>de verb. signifi-</i>	44	l. actus legitimi 77. <i>D. de reg. iur.</i>	171
	252	l. cum amplius 84. §. is natura debet <i>D. de reg. iur.</i>	78
		l. non solet 86. <i>D. de regulis iur.</i>	5
		l. nulla 88. <i>D. de regulis iur.</i>	3
		l. pupillum 111. <i>D. de reg. iur.</i>	82
		l. non vt ex pluribus 119. <i>de regulis iuris</i>	111
		l. melior 133. <i>de regul. iur.</i>	28
		l. quod contra 141. §. vni duo <i>D. de</i>	

INDEX LEGVM.

<i>regul.iur.</i>	221	l. si totas 5. C. ill. tit. de inoffic. do n.	42
l. inuitus 156. §. cui datus de reg. iur.	25	tot. tit. C. de inoffic. donat.	42
l. omnia ferè 154. D. de reg. iur.	9	l. 2. C. de inoff. donat.	39
l. aliud est 160. D. de reg. iur.	81	l. 2. C. de inoff. donat.	31
l. omnia 193. D. de reg. iur.	89	l. filii 16. C. fam. ercisc.	33
l. quod quis ex culpa 203. D. de reg. iur.	67	l. vlt. C. fam. ercisc.	33
l. res iudicata 207. de reg. iur.	45	l. l. C. de condic. ex leg.	117
l. cum principalis de reg. iur.	51	l. l. C. de oblig. & action.	114
l. penult. de reg. iur.	184	l. sicut 5. C. de oblig. & action.	40
l. penult. D. de reg. iur.	196	l. si debitum 3. C. quand. fise. vel prin.	116
l. priuilegia 196. D. de reg. iur.	103	l. non prius 4. C. eod. tit. quand. fise. vel prinat.	115
l. penult. de reg. iur.	131	l. nominis 3. l. ex nominis C. de here. vel act. vendit.	110
l. penult. D. de reg. iur.	123	l. nominis venditio 30. l. ex nominis 8. C. de heredit. vel action. vendit.	114

EX CODICE.

l. 4. C. de heret.	56	l. postquam 7. C. de her. vel act. vendit.	56
l. 4. C. de apost.	56	l. nunc. C. ex delict. defunct.	56
l. 1. C. de legib.	90	l. omnes 26. l. sciendum 58. eod. titu. d. l. vnica C. ex delict. defunct.	56
l. 1. C. de legib.	198	l. donationes quas parentes 25. C. de donation. inter vir. & vxor.	32
l. 2. C. de precib. imperat. offer.	25	l. cum scimus 22. C. de agric. & censit. lib. II. tit.	47. 39
l. traditionibus 20. C. de pact.	32	l. litibus 20. C. de agric. & censit. lib. II. tit. 24	24
l. traditionibus 20. C. de pact.	10	l. quemadmodum 7. C. de agricol. & censit. lib. II. tit. 47.	34
l. si certis annis 28. C. de pact.	19	l. litibus 20. C. de agric. & censit. lib. II. tit. 47.	19
l. si certis annis C. de pact.	22	l. litibus 20. C. de agricol. & censitis lib. II. tit. 47	22
l. penult. C. de pact.	62	l. si quis posthac 9. C. de bon. proscript.	55
l. si curatorem habens 3. C. de in integrum restit.	81	l. 2. C. de bon. poss. contr. tab.	146
l. placuit C. de iudiciis	198	l. 2. C. de bono. poss. cont. tab.	208
l. placuit 8. C. de iudic.	90	l. 1. & Auth. ex testamento C. de col. lat.	33
l. 3. C. de inoff. testam.	206	l. si foror 8. C. de collationibus	34
l. 3. C. de inoff. testam.	204	l. si donatione 13. C. de collationibus	31.
l. filiam 15. C. de inoff. testam.	175	l. illud 20 §. fin. Cod. de collationibus	33.
l. si quis filium 34. C. de inoffic. testam.	221	l. liberos 18. Cod. de collationibus	170
l. si quis filium 34. C. de inoffic. testamento	181		
l. si quis filium 34. C. de inoffic. testamen.	219		
l. si quis filium C. de inoffic. testamento	241		
l. si quis filium 34. C. de inoff. test.	127		
l. 34. C. de inoff. testam.	181		
l. parentibus C. de inoffic. testam.	33		

INDEX LEGVM.

170.	l. vltima C. ex quibus caus. maior.	162
l. vt liberis Cod. de collationibus	30.	l. vltima in fin. C. qui bonor. ced. poss.
l. 1. & 2. C. commun. de legat.	121.	100
l. 1. & 2. C. commun. & legat.	11.	l. 1. Cod. de fals. mon.
l. 2. C. comm. de legat.	1	l. defunctorum 4. C. de re. mil. lib.
l. 2. Cod. com. de vsucap.	28 Cuiac.	tit. 36
26.	l. 1. C. de donat. inter virum & uxorem	61
l. si constat 4. cum seq. l. inuicem 12. & pass. C. de compensat.	49.	l. res vxoris 24. C. de donat. inter vir. & vxor.
l. vlt. C. de curat. fur.	82	l. 1. C. de emict.
l. si constat 4. cum. l. seq. l. vlt. C. de compens.	67	l. si obligata 19. C. de emict.
l. quod sponfor 4. de donat. ant. nup.	131	l. filio præterito 17. C. de iniust. rupt.
l. perfecta 5. C. de donat. qua sub mod.	39	Auth. sed cum testator vbi DD. C. ac leg. Falc.
l. emancipatis 17. C. de donat.	30	l. C. de nouat.
l. siue emancipatis 17. C. de donat.	31	l. 1. & 3. C. de nouat.
l. vlt. C. de donat. prom.	33	l. 2. & 3. Cod. de posthum. hered. instit.
l. vnic. vt nemo cogat. C.	90	282
l. hac consultissima 21. §. si quis autè C. de testam.	208	l. vltima Cod. de posthum. hered. instit.
l. sancimus 27. C. de testament.	320	142
l. 1. C. si reus vel accus. mort. fuer.	56	l. vltima C. de posthum. hered. instit.
l. defunctis. 5. C. si reus vel.	7. 20. 55	147
l. quamuis 17. C. de pigno.	96	l. 1. & 2. & tot. tit. C. si alien. res pig. da. sit
Auth. quod obtinet C. pig.	99	109
l. vlt. C. de pignor.	98	l. vnic. C. transfert. vsuc.
l. quoniam 4. C. de naturalibus liber.	40	l. 1. & vltima C. de vsur.
l. si quis naturalem verl. & quod de subeunda C. de naturalibus liber.	59	l. creditor 7. C. de vsur.
l. 2. C. de liber. prat.	221	l. vltim. C. de vsur.
l. 4. C. de lib. prat.	181	l. etiam nomen 5. C. de execut. rei ind.
in Auth. ex causa C. de liberis prat.	202	116
l. maximum vitium 4. C. de lib. prat.	192	l. iubemus 5. Cod. de emancipat. liber.
l. maximum vitium 4. C. de lib. prat.	180	168
l. maximum vitium 4. de lib. prat.	149	l. exceptiones 11. Cod. de exception.
l. 2. C. in quib. caus. pign.	95	68
l. vltima C. de hered. instit	39	l. vltim. C. de impub. & aliis substitut.
l. vltima in fin. C. de post. hered. instit.	225	39
		l. 3. C. de instit. & substit.
		136
		l. super longi 11. C. de long. temp. pres.
		26
		l. 3. C. de nouat.
		114
		l. quæ fortuitis 6. C. de pignor. actione
		113
		l. vltima Cod. de pigneratitia actione
		54
		l. penult. C. de seru. pign. dat.
		96

INDEX LEGVM.

l.vnic. C. de vsucap. transf.	26	l. sicut 10. C. de postlim.	165
l. i. in fin. C. de fideiussor.	69	l. vlt. C. de post. hered. insti.	136
l. i. & 2. C. de fideiuss.	76	l. vlt. C. de posthum. hered. inst.	159
l. blanditus 12. C. de fideiuss.	73	l. quidam 5. §. vlt. C. de neces. hered. in- stit.	248
l. i. l. prior 5. & pass. C. qui potior in pig. hab.	118	l. si his 8. C. de legit. hered.	242
l. si fundum 4. l. scripturas 11. & pass. C. qui potior. in pign. hab.	100	l. si ab eo 11. C. de legit. hered.	170
l. 4. C. qui pot. in pign. hab.	95	l. humanitatis 9. C. de impub. & aliis substit.	252
l. licet 7. C. qui pot. in pign. hab.	96	l. post aditam C. de impuber. & aliis substit.	191
l. assiduis 12. C. qui pot. in pign. habeant	94	l. si non conuicii 5. C. de iniur.	25
101		l. vlt. C. de iur. codicil.	311
l. vnica §. maneat C. de rei vxor. act.	102	l. quisquis C. ad leg. Iul. maieft.	58
l. vnica §. & cum lex C. de rei vx. act.	13	l. 2. C. de luit. pignor.	51
l. vnic. §. & cum lex Iulia C. de rei vx. act.	91	l. 1. C. de magistr. conuen.	117
l. vnic. §. 1. C. de rei vxor. act.	95	l. vltim. C. de mort. caus. donat.	60
l. vnic. C. de rei vxor. action.	100	l. cum dotem 10. C. de iur. dot.	13
l. vnica §. 1. maneat C. de rei vxor. act.	101	l. pro oneribus 20. C. de iur. dot.	32
l. vnica C. de rei vxor. act.	101	l. si inter 21. C. de iur. dot.	14
l. 2. C. de vsur. rei iud.	1	l. si inter 21. C. de iur. dot.	15
l. vlt. §. & cum antiquitas C. de vsur. rei iud.	1	l. in rebus 30. C. de iur. dot.	100
l. vlt. C. de vsur. rei iud.	46	l. comperit C. de prescript. 30. vel 40. annorum	25
l. i. & 2. C. si vnus ex pluribus	51	l. male agitur C. de prescript. 30. vel 40. annor.	24
l. i. C. de postlim. reuers.	258	l. 2. l. neque 6. cum seq. l. quo iam 10. & seq. C. de solut.	67
l. i. C. de postlim.	160	l. eius quantitatis 7. C. de solut.	67
l. l. nec nos 3. C. de postlimin. reuers.	273	l. inuito 12. C. de solut.	111
l. i. & l. captum 9. C. de postlim. reuers.	247	l. inuito 12. C. de solut.	92
l. i. C. de postlim. reuers.	161. 164	l. penult. C. de solut.	16
l. 3. C. de postlim. reuers.	274	l. 2. 4. & pass. C. ad Velleian.	67
l. 3. C. de postlim. reuers.	243	l. 2. & l. si veritas 23. C. eodem tit. de si- deic.	20
l. nec nos præterit 3. C. de postlim. re- uers.	249	l. i. C. de fideicom.	19
l. nec nos præterit 3. C. de postlim. reuers.	358	l. i. C. de fideicom.	20
l. 3. C. de postlim.	259	l. si veritas 2. C. de fideicom.	23
l. 3. C. de postlim. reuers.	260	l. ea quam 14. C. de fideicom.	51
l. nec nos 4. C. de postlim. reuers.	153	l. cum acutissimi 30. C. de fideic.	37
l. nec nos præterit 4. C. de postlimin.	278	l. nomen 4. C. qua res pign.	110
l. nec nos 4. C. de postlim. reuers.	279	l. nomen 4. C. qua res pign. oblig. poss. 114.	110
		l. nomen 4. C. qua res pign. oblig. poss. 109	109
		l. nomen 4. C. qua res pign. oblig. poss. 114	114
		l. possessionem 3. C. de reuoc. don.	40
		l. velles	

INDEX LEGVM.

l. velles necne 8. C. eod. tit. de reuoc. donat.	39	l. vltima C. de sentent. pass.	275
l. si vnquam 8. C. de reuocat. donat.	36	l. vltim. C. de sentent. pass.	288
l. nec emere 6. C. de iur. deliber.	45	l. vltim. C. quand. dies legat. ced.	121
l. nec emere 16. C. de iur. delib.	90	l. i. C. si pignus pignor. dar. sit	110
l. nec emere 16. C. de iur. delib.	119	l. i. C. qui admitti ad bon. pos.	29
l. si infanti 18. C. de iur. delib.	81	l. 2. C. Theodos. de repud.	271
l. vnica C. de priuil. dot.	101		
l. vnic. C. de priuil. dot.	102		
l. vnic. C. de priuil. dot.	94		
l. dotis actione 9. C. solut. matrimon. 101			
l. quannuis 20. C. sol. matrim.	91		
l. 2. C. de veftig. & commiss.	28		
l. i. C. de fideiuss. minor.	76		
l. i. & 2. C. de fideiuss. minor.	63		
l. 2. C. de fideiuss. minor.	74		
l. 2. C. de fideiuss. minor.	74		
l. 2. C. de fideiuss. minor.	68		
l. i. C. de quadrien. prescript.	26		
l. cum ex causa 9. C. de remiss. pignor. 52			
l. vlt. C. de iure domin. impert.	50		
l. 3. C. de primipil. lib. 12. tit. penultim. 99			
l. vnic. C. si const. matri. dos solut. fuer. 92			
l. scripto 7. C. vnde liberi	130		
l. discretis 10. C. qui testament. facer. 318			
l. 2. C. de reb. alien. non alienand.	36		
l. doce 6. C. de rei vindic.	32		
l. doce ancillam 6. C. de rei vindicat. 101			
l. certum 22. C. de rei vindic.	53		
l. certum 22. C. de rei vindicat.	12		
l. vltim. C. de rei vindicat.	116		
l. vltim. C. de iur. domini impert.	50		
l. apud hostes 8. C. de suis & legitim. 248			
l. apud hostes 8. C. de suis & legitim. 267			
l. ignoti 5. C. que in fraud. cred. 7. 20. 59			
l. 2. C. de priuileg. fisc.	95		
l. i. & 2. C. quor. bonor.	199		
l. i. C. de sentent. pass. & restit.	271		
l. vltim. C. de sentent. pass.	290		

EX AVTHENTICIS.

Novel. 53. de exhib. reis §. optimum quoque	99
Novel. 91. vt ex act. instant. dot. §. his igitur	101
Novel. 97. de equal. dot. cap. 4. §. quia verò.	95
§. quia verò, Novel. 97. de equal. dot.	97
Novel. 112. de litigios. cap. 1. §. ab hoc, 118	
§. aliud quoque d. Novel.	97. 99
Novel. 115. vt cum de appel. cognosc. 202	
Novel. 139. de argentar. cap. 5. §. infu- per in fin.	100
Novel. 22. de nupt. cap. 7. §. sed etiã captiuitatis	162
Novel. 97. de equal. dot. §. his conse- quens	94
Novel. 92. 42. l. 3. de separat.	42

EX IVRE CANONICO.

Cap. vigilanti & cap. vlt. ext. de pra- script.	28
Cap. accessorium de reg. iur. in 60. §1	
Cum dilecti extr. de donat.	39
Cap. qui ad agendum de reg. iur. in 60. 2	

EX INSTITVTIONIBVS.

§. responsa inst. de iur. natur. gent. & civilis	127
§. non solum inst. per quas personas	32
§. his quoque inst. quib. mod. re.	88
§. placebat inst. de legit. agnat. succes. 235	
§. incertis & §. sed nec huiusmodi vers. tutor inst. de leg.	132

INDEX LEGVM.

§. est autem alienus instit. de leg. 132	§. quos autem Instit. de bonor. poss. 10
§. posthumo quoque alieno instit. de leg. 134	§. quos autem Instit. de bon. poss. 254
§. posthumo quoque alieno, instit. de legat. 126	§. et si in rem actum Instit. de off. iud. 2
§. posthumo quoque instit. de leg. 180	§. cum autem Instit. de hered. qua ab in test. 232
§. posthumo alieno instit. de legat. 281.	§. cum filius Instit. de hered. ab in test. defer. 38
§. res fisci instit. de usucap. 26. 25	§. interdum Instit. de hered. qua ab in test. defer. 246
§. i. instit. quib. alien. licet vel non. 32	§. ult. Instit. de hered. qual. 10
§. adeo instit. de locat. & conduct. 112	in §. cæteri. Instit. de hered. qual. & differ. 181
l. i. instit. de parr. potest. 30	§. ult. Instit. de hered. qual. & differ. 127
§. hoc autem casu instit. quibus mod. testam. infir. 313	§. ult. Instit. de exhered. lib. 175
§. non autem inst. quib. mod. test. infir. 314	§. posthumi quoque Instit. de exher. liber. 217
§. si ab hostibus inst. quibus mod. ius 255	§. posthuminum Instit. de exhered. liber. 228
§. commodum Instit. de interd. 2	§. posthumus autem Instit. de legat. posthumū heredem institui 133
§. placet Instit. de legit. agnat. suc. 204	§. posthumi Instit. de hered. inst. 297
§. i. Instit. quib. alien. licet vel non. 101	
§. 2. Instit. de pupil. substit. 247	

INDICIS LEGVM FINIS.

INDEX



INDEX AVTHORVM
QVORVM OPINIONES

vel recensentur vel refutantur.

A	C
A Ccursius. 1. 2. 3. 6. 7. 12. 14. 15. 16. 18. 54. 75. 84. 134. 138. 43. 152. 256. 257. 171. 172. 174. 88. 208.	Caius lib. i. Instit. tit. de matr. 132
Alciat. lib. 3. paradox. cap. 19. 218.	Caius Instit. §. 2. in fin. de exhered. liber. 175
Alciatus 138.	Caius in Inst. tit. de exhered. lib. §. i. disertè 192
Alciat. lib. 3. parad. cap. 8. 207.	Caius & Instit. lib. i. ti. 4. §. vltim. 180
Æmilius Perrotus 135.	Castrensis. 12. 152. 35.
Anton. Manucius. ii	Cicero lib. 3. de officiis. 73
	Consuet. Paris §. 7. num. 21. 25.
B	Connan. lib. 6. comment. iur. ciuil. 64
Bartolus. 1. 6. 7. 12. 21. 27. 88. 113. 134. 138. 131. 134. 143. 144. 208. 186.	Couarr. in 2. part. relect. cap. possess. §. 4. num. 4. Molin. d. quæst. 20. nu. 206. 26
Baldus 21. 115.	Couarr. obs. 2. part. relect. 34
Bulgarus 256.	Couarr. in 2. part. relect. cap. possess. §. 4. num. 2. & ante 19
	Cuiacius 119. 9. 11. 150. 165. 131. 134. 138. 256. 257. 171. 186. 193.
	Cuiacius 9. tract. ad Affric. 43. tract. 2. ad African. 183
	Cuiac. lib. 15. obs. cap. 17. 242. 249. c. 23
	D
	Dinus 33.
	G
	Goueanus 134. 138. 143. 141. 152. 153. 158. 164. 234
	Guid. Papius quæst. 407. & 408. 19.
	Guid. Pap. quæst. 426. num. 14. 28.
	Carol. Molin. de contr. usurar. quæst. 20. num. 205. 19.
	P
	Paul. lib. i. sentent. tit. 9. §. 5. 63. 69. tit. 12. 95.
	Paul. l. 2. sentent. tit. 5. §. 1. & tit. 13. §. 15. 112.
	Paul. lib. 3. sent. tit. de legat. 9.
	Paul. lib. 3. sentent. tit. 4. de testam. 141
	Paul. lib. 3. sentent. tit. 4. §. antepen. 144
	Paponius tit. i. de donat. §. 20. 37
	R
	Iacobus de Raue nna 143. 144
	V
	Vlp. in fragmentis tit. 22. qui hered. insti. poss. 192
	Vlpianus in fragmentis tit. 22. qui hered. inst. poss. §. posthumi quoque liberi. 126
	Vlpian. tit. 19. de dominiis. 10
	Vlpianus in fragm. tit. 22. 122.
	Vlpianus tit. 22. qui hered. inst. pos. §. posthumus filius. 149.
	Vlp. refert in titulis. tit. 28. §. i. in fi. 26
	Vlpian. tit. 22. 132.



INDEX RERVM ET VERBORVM

QVÆ IN HIS QVATVOR ANTONII

Fabri Coniecturarum libris continentur, ordine

Alphabetico dispositus.

Primus numerus librum, Secundus Caput, Tertius verò
paginam huius editionis demonstrat.

A		
<i>Absens adoptari non potest</i> 9.9.170	<i>Confirmata semel noua confirmatione non indigent</i> 10.7.266	
<i>Actio mandati nascitur ex persona, non ex re.</i> 8.6.83. ¶ <i>Negotiorum gestorum nascitur ex re ipsa, non ex persona</i> 8.6.83	<i>Confusio perimitur omnis obligatio</i> 7.16.43	
<i>Actionem dare difficilius est quam exceptionem</i> 25	<i>Consensus ab inuito extorqueri non potest</i> 8.9.90	
<i>Actionum generali appellatione qua intelligantur</i> 8.19.121	<i>Conualescere dici non potest testamentum quod valuit</i> 10.9.274	
<i>Actori longè commodius est in rem quàm in personam experiri</i> 7.1.2	<i>Cornelia lex qua de re lata sit</i> 10.3.242	
<i>Adoptari non potest absens</i> 9.9.170	<i>Creditoris persona individua est</i> 7.16.46	
<i>Adoptio non recipit diem neque conditionem</i> 9.9.171	<i>Creditores qui appellentur</i> 7.16.44	
<i>Aestimatio quasi venditio est</i> 7.5.13	<i>Crimen desertionis morte soluitur</i> 7.20.56	
<i>Alienam rem emere & vendere possumus</i> 9.9.171	<i>Crimina publica morte finiuntur</i> 7.20.55	
<i>Alimenta quomodo debeantur</i> 7.8.20	D	
<i>Appellatio frustratoria nunquam prodesse debet appellanti</i> 7.20.60	<i>Debitor liberato, liberatur & fideiusfor</i> 7.18.52	
B		<i>Decipi sua facilitate quis dicatur</i> 8.3.71
<i>Beneficium abstentionis non ex iure civili est, sed ex pratorio</i> 4.19.197	<i>Deportatus in omnibus ferè pro mortuo habetur</i> 10.8.171	
C		<i>Desertionis crimen morte soluitur</i> 7.20.56
<i>Captio pro damno</i> 8.10.90	<i>Differentia Donationis inter viuos & causa mortis.</i> 7.20.60. ¶ <i>Pignoris conuentionis & iudicialis.</i> 8.17.114.	
<i>Circūuenire idè est quod dolo malo decipere</i> 8.3.68	¶ <i>Pupilli, furiosi, & prodigi</i> 8.6.80	
<i>Compensatio exceptio dicitur</i> 8.2.67.	<i>Diuisio posthumorum</i> 9.1.126	
¶ <i>Instar solutionis est</i> 7.17.49	<i>Dominium fideicommissi quomodo fideicommissario quaratur.</i> 7.4.9.	
<i>Confideiussores dicuntur qui simul & eodem tempore fideiusserunt</i> 8.1.65	¶ <i>Rei</i>	

INDEX MATERIARVM.

¶ <i>Reilegata transit recta via in legatarum</i> 7.3.7	9.13.192	
<i>Donatio non est contractus</i> 7.14.38	<i>Filius dicitur par corporis paterni</i> 7.7.18	
¶ <i>Facta inter viuos valet</i> 7.20.55. ¶ <i>Perfecta nullas conditiones recipit</i> 7.14.39. ¶ <i>Perfecta ex superueniente casu non fit irrita</i> 33	<i>Filius qui abstinuit hereditate heredis loco non habetur</i> 7.7.18	
<i>Donationes causa mortis accedunt proximè ad ultimas voluntates</i> 7.20.60. ¶ <i>Inter virum & uxorem mutui amoris causa improbantur</i> 7.6.17	<i>Filius familias neque bona neque hereditatem habere potest</i> 10.8.270. ¶ <i>Non est capax acquirenda dotis aliena</i> 7.11.31. ¶ <i>Est aliquando acquisitionis capax</i> 7.11.30	
H		
<i>Donare est perdere</i> 7.20.58	<i>Heres plus aliquando potest quàm defunctus.</i> 7.8.23. ¶ <i>Esse non potest sine hereditate</i> 10.8.270	
<i>Dos an esse potest ante nuptias</i> 8.8.87.	<i>Heres primus dicitur qui primo loco institutus est</i> 8.20.124	
¶ <i>Esse desinit soluto matrimonio</i> 106. ¶ <i>Sine matrimonio constitui non potest</i> 106	<i>Heredi qui iure suo vitur nihil impurandum</i> 7.1.3	
<i>Dotis appellatione non veniunt dotis usure</i> 7.8.21.	<i>Heredes sui qui dicantur</i> 9.1.126	
<i>Dotare filiam patris officinum est</i> 7.12.33	<i>Hereditas acquiri non potest, nisi post mortem testatoris</i> 9.20.229	
I		
<i>Exceptioni non prius locus esse potest quàm sit actioni</i> 8.2.66	<i>Institui potest posthumus alienus dummodo suus nascatur</i> 9.17.216	
<i>Exheredatio fieri debet à toto gradu non à persona</i> 9.10.177. ¶ <i>Non tollit ius suitatis</i> 9.19.227	<i>Institutio facta in unum casum ad aliud omissum trahi nunquàm potest</i> 9.5.150	
<i>Exheredatus pro mortuo habendus non est</i> 9.20.231	<i>Institutio posthumi alieni non valet</i> 9.17.216	
F		
<i>Fecisse semper dicitur qui fecit quandiu vixit</i> 7.8.21	<i>Institutio inutilis ex postfacto conualescere non potest</i> 9.14.196	
<i>Fictio nunquam nisi ex necessitate inducenda est</i> 7.3.8	<i>Institutio secunda substitutio est</i> 186	
<i>Fideicommissarius siue vniuersalis siue singularis ante fideicommissi restitutionem dominus non est</i> 1.1.1	<i>Institutio qua fit ex conditione nunquàm retrahitur</i> 9.1.131	
<i>Fideicommissi debiti nomine nulla in rem actio competit</i> 1.1.1	<i>Ius naturale esse non potest in ea re qua factum magis quàm ius demonstrat</i> 79	
<i>Fraudis probatio difficillima est</i> 8.12.98	L	
<i>Fructus à tempore mortis debentur</i> 7.3.9	<i>Lex Cornelia qua de re lata sit</i> 10.3.242	
<i>Fundo legato fructus quoque pendentes legati videntur</i> 7.3.9	<i>Legatum acquiritur etiam ignoranti</i> 8.19.119	
<i>Furiosus acquirere hereditatem non potest</i> 8.6.8	<i>Legis proprium est actionem vel concedere vel denegare</i> 8.4.74. ¶ <i>Purè & absolute imperare & constituere</i> 10.9.273. ¶ <i>Præcipere, iubere, & prohibere, non autem consilium dare</i> 9.18.223	
<i>Filia præterita non rumpit testamentum</i>	M	
	<i>Mandati actio nascitur ex persona non ex re</i> 8.6.83	

INDEX MATERIARVM.

Marito dos soli constitui & acquiri debet 7.11.31
 Matrimonium non dissoluitur per captiuitatem 9.8.162
 Mora fieri non intelligitur ubi nulla petitio est. 7.1.3
 Moriendo unusquisque rerum suarum dominium amittit. 8.9.88.
 Mulier indotata manere non debet. 8.9.89. ¶ Prefertur omnibus creditoribus. 8.11.94

N

Negotiorum gestorum actio nascitur ex re ipsa, non ex persona. 8.6.83

O

Obligatio contrahi non potest inter patrem & filium. 8.11.30. Semel extincta non reuiuiscit. 7.18.52. naturalis patris ius retentionis. 8.7.84. ¶ Principalis que dicatur. 8.4.75. ¶ Perimitur confusione. 7.16.47

P

Pacta seruanda sunt. 8.19.113. ¶ Pater donare filio familias iure veteri non poterat 7.11.30
 Patria potestas finitur morte. 10.10.280. ¶ Amittitur captiuitate 10.6.256.
 Patris officium est dotare filiam. 7.12.35
 Pecunia sui natura sterilis est 7.2.6
 Pignoriari possunt quacunque vendi possunt. 8.15.110
 Pignoratitia actio quomodo competat 7.19.53
 Pignus rei aliena non ualet. 8.15.109. ¶ non consistit. 7.19.52. ¶ Constitui non potest in re ad creditorem pertinente. 8.15.110. ¶ Pignori dari non potest summo iure 8.15.110
 Posthumus proprie dicitur qui post patris mortem nascitur. 9.5.144. ¶ In re ciuili non habetur pro nato 9.2.132

Posthumorum diuisio 9.1.126
 Priuatio presuppouit habitum 185
 Probatio fraudis difficillima est. 8.12.98
 Prodigii, furiosi & pupilli differentia 8.9.80
 Pupillus testamenti factionem non habet 10.7.265

R

Reddi non uidetur quod deterius rediditur 7.5.13
 Res iudicata pro veritate habetur 7.20.58. 7.16.45
 Restitui res aliena facilius potest quam pecunia explicari 27.1.2.
 Restitutio minoris quoties profuit fideiussori 8.5.76
 Restitutiones causam habent non a iure ciuili, sed a iure honorario 8.4.73
 Rumpi non potest quod nullum est 9.7.160

S

Seruus qui in aliena potestate est alios in sua habere non potest 10.6.256
 Seruus proprium nil habere potest 8.7.84
 Serui pro nullis & mortui habentur 10.3.246
 Serui erant acquisitionis incapaces 7.11.28. ¶ Pro nullis & mortuis habebantur 1.8.164
 Sexus ipse mulieris semper certus est. 8.2.67
 Solutio quomodo liberet soluentem 8.7.85
 Substitutio secunda institutio est 185
 Successio quasi agnatio quadam est 157
 Suus posthumus appellatur etiam is qui natus est ex emancipato, si modo ante emancipationem conceptus sit 10.10.281
 Sui iuris non perimitur ex hereditatione 9.20.229
 Suus heres quis dicatur 9.20.229
 Sui he-

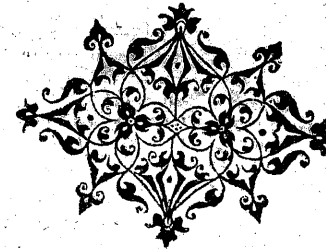
INDEX MATERIARVM.

Sui heredes qui dicantur 126 7.4.10

V

T

Testamentum confirmatur demum morte testatoris 9.14.196
 Testamentum iniustum quod dicatur 208 6.17
 Testamenti factionem non habet pupillus 16.7.265
 Testamenta constant ex multis solennitatibus 10.6.257
 Traditio nuda non transfert dominium
 Viuentis nulla est hereditas. 9.1.127
 Voluntas coacta, est etiam voluntas 7.
 Usucapio est adeptio domini 7.10.26
 Usura vicem fructuum obtinent 7.3.7
 Utilitas publica preferenda est priuatorum contractibus 8.12.99



Errata sic corrigito.

Pag. 19. cap. 8. lin. 3. præstitum. pag. 28. lin. 9. ius proprium. pag. 29. lin. 37. obligari. pag. 35. lin. 1. penult. v. fucipiet emptor. pag. 36. lin. 14. quam proculdubio. pag. 44. lin. 39. l. Titius. pag. 45. lin. 7. finge verum. lin. 36. ad inducendum. lin. 46. ac persequendi. pag. 49. lin. 15. retinisset. lin. 26. licet aliam. pag. 50. lin. 15. personalis. pag. 51. cap. 18. lin. 2. durare. pag. 56. lin. 19. l. vnic. pag. 57. lin. 7. nisi l. 8. d. l. vnic. pag. 58. lin. 23. non amittat. pag. 61. lin. 3. iam olim obrinuit. lin. 8. debeat. pag. 65. cap. 2. lin. 3. quam si. pag. 67. lin. 30. etiam postulata. lin. penultim. si qui tecum. pag. 80. lin. 17. inducat. 81. lin. 20. 101. vbi. pagina 84. cap. 7. lin. 13. ius heres. pag. 90. lin. 1. deficiente. pag. 96. lin. 43. ruinis. pag. 97. lin. 5. vitis. pag. 98. lin. 14. ius. lin. 23. contra iuris ratione. p. 8. lin. 38. à se. pag. 113. lin. 32. pignorado. p. 115. lin. 5. necessitas. p. 116. lin. 9. in. ipsius bonis. pag. 117. cap. 18. lin. 4. nec facere. pag. 123. lin. 4. vitari. pag. 128. lin. 12. præcedere necesse est. lin. 23. eo modo & pag. 133. lin. 28. ius hoc. In inscriptione cap. 3. lege Ad §. & quid si tantum. pag. 133. lin. 3. explicatum. pag. 144. lin. 22. qui in alium. lin. 43. cuiusmodi. pag. 149. lin. 6. prætorio. pag. 155. lin. 29. mentione. lin. 43. ad ius antiquum. p. 156. lin. 19. Scævola. pag. 158. sig. 3. multo improbabilius. pag. 161. lin. 20. vnuquam. pag. 164. lin. 20. coniungi. sig. 39. & 40. conceptus & mortuo. p. 166. lin. 40. succedendo sui sunt. lin. 39. dici potest. pag. 180. lin. 45. voluit. lin. vlt. tolle omnia à verbo caue usque ad lin. 15. pag. seq. in illis verbis. Quod verò Scævola. pag. 180. lin. 8. Caius. pag. 181. lin. pen. tolle omnia quæ parentesi concluduntur. lin. 16. ne cum Accursio. pag. 190. lin. 1. quam si scripsisset. lin. 18. quantumvis Accursianus. pag. 199. lin. 10. ab intestato. pag. 218. lin. 17. nimis imperitè. pag. 205. lin. 2. ita. lin. 28. nisi vno illo casu. pag. 237. lin. 35. abuti non potuerit. pag. 254. lin. 9. neque hereditatem. pag. 255. cap. 6. lin. 1. tractata species. pag. 256. lin. 40. non etiam ex testamento. lin. 40. non erat. pag. 270. lin. 35. Hodie tamen aliud est. pag. 275. lin. 1. Sed neque. pag. 294. lin. 16. sententiam nisi. pag. 306. lin. 19. vnum feret. pag. 309. lin. 37. exceptio contra heredem scriptum.



ANTONII FABRI SEBVS-
SIANI SABAVDI SENATORIS
CONIECTVRARVM IVRIS CIVI-
LIS LIBER SEPTIMVS.

Interpretatio l. 3. in princip. D. de vsur.

C A P. I.



MOT A de fideicommissio singulari inter heredem & fideicommissarium controuersia, cum hic in personam ageret, sibi que fideicommissum deberi contenderet, ille contra solutionem recusaret eo colore quod legi Falcidia locum esse diceret, iudex datus est qui causa cognita fideicommissum salua Falcidia deberi pronunciauit. Certum est condemnatum heredem non prius ad fideicommissi præstationem vrgeri debere, quam tempus illud præterierit, quod iudicatis ad soluendum datur, triginta scilicet dierum ex duodecim tabulis, aut duorum mensium ex posteriorum Imperatorum cõstitutionibus, aut denique ex Iustiniani lege, quadrimestre l. 2. l. vlt. §. & cum antiquitas C. de vsur. rei iudicat. Tametsi ante Iustinianum & Papiniani temporibus, cuius est l. 3. de vsur. quam interpretandam adgredimur, vsu receptum fuisse vi deatur, vt in arbitrio esset iudicantis tantum temporis ad soluendum dare, quantum sufficere pro condemnati facultatibus crederetur l. debitoribus 3. D. de re iudic. l. si debitori 21. D. de re iudic. Eoque etiam hodie iure vtimur, nõ seruata ea distinctione quæ traditur in l. si se non obtulit 4. §. si quis condemnatus sit, D. de re iudic. Dixi fideicommissarium in personam egisse. Non quasi in eius fuerit electione vtrum in rem an in personam ageret, vt malè Accurs. & Bart. existimant, Sed quia antè Iustiniani constitutionem in l. 2. C. commun. de legat. fideicommissi debiti nomine nulla in rem actio competebat, at tantum persecutio, quo nomine in personam potius, licet rei persequendæ gratia, quam in rem actio significatur. l. pecuniæ 178. §. actionis de verb. signific. l. actio 28. D. de oblig. & act. Quam ob causam sic Papinianus in d. l. 3. de vsur. in fideicommissi persecutione. Et quod scriptum est in l. vlt. C. de vsur. & fructib. legat. siue in rem, siue in personam agatur, de legatis tantum, de quibus etiam illo loco tractatur, nõ item de fideicommissis accipi debet. Neque enim fideicommissarius siue vniuersalis siue singularis antè fideicommissi restitutionem dominus est, l. facta. 63. D. ad S. C. Trebell. Nec igitur in rem actio ei competere potest, sed tantum in personam, si iuris ratio potius quam Iustiniani lex inspiciatur, l. testamento 89. §. quatuor de leg. 2. l. in rem 23. D. de rei vindicat. l. Quintus 27. §. argento D. de aur. & arg. mund. legat. quod in legatis secus est l. legatum 80. de leg. 2. l. à Titio 64. de furt. Illud sanè verum est, quod Accursio & Bartolo placet, non aliter eam iudicanti faciendi dilationem concessam esse quam si in personam actum propona-

tur. Nam cum in rem actum est, Iudicis officio incumbit ut iubeat rem qua petita & adiudicata est, domino statim restitui, Nisi forte possessor causetur non posse se in presenti restituere, ideoque sibi tempus praestitui postulet, neque frustrationis causa id faciat §. & si in rem actum Insti. de offic. iudic. Non enim tam favorabilis causa est eius qui rem meam mala fide possidet post litem contestatam adeoque post condemnationem, quam illius, qui pecuniam aut quid aliud mihi debeat, quique eo nomine actione in personam proposita condemnatus est. Siue quod facilius res aliena restitui, quam pecunia explicari, aut res alia dari possit (quandoquidem vindicatione is demum tenetur, qui rem alienam possidet, eiusque restituendae facultatem habet l. officium 9. D. de rei vindicat.) Siue quod in vindicationis iudicio rei ipsius adiudicatio fiat, non condemnatio personae, ut proinde possessori, qui condemnatus non est, frustra dilatio concedatur, Nisi per ipsam rem qua adiudicata est fiat quominus statim post sententiam restitui possit. Quia ratione actori longe commodius est in rem quam in personam experiri, nisi ex alia parte actionem in rem illud difficiliorem redderet, quod exactissimam dominij probationem requirit, §. commodum Insti. de interd. cum tamen is qui in personam agit non nisi de iure ex quo dari sibi quid vel fieri oporteat, docere teneatur. Ergo ut ad Papinianum nostrum redeamus, heres de fideicommissio condemnatus, non nisi elapso tempore quod iudicatis datur, urgeri potest. At si post id elapsam moram solutioni faciat, quaestio est, quid de fructibus constitui oporteat. Et refert Papin. Marci Antonini Imp. decreto cautum esse, ut intermisso eo legitimo tempore quod iudicatis datur usque ad sententiam, commoda omnia fideicommissarius accipiat. Quod Accursius noster sic intelligendum putat, ut retrocedendo, inquit ille, a die mortis testatoris usque ad sententiam, fructus omnes non tantum qui percepti sunt, sed & qui percipi potuerunt, fideicommissario praestentur: qui vero post sententiam bimestri illo, aut quadrimestri tempore percipiendi erant, nec percepti sunt, minimè praestentur. Nam de iis qui percepti sunt, nec dubitat quin restituantur, quod ut paulò post Papinianus subiicit, ea temporis intercapedo dilationem iudicato dare, non lucrum adferre debeat. Sed quoniam huic interpretationi non convenit quod Papin. ait, decretum hoc Imperatoris ita accipi oportere si ante iudicis sententiam mora non interuenerit, idem Accursius ut se suamque opinionem tueatur, nescio quid comminiscitur de sententia commonitoria qua praecedat litis contestationem. Ego verò, sicuti quam ille commonitoriam sententiam dicat non intelligo: ita neque retrocessionem istam commentitiam agnosco, longèque diuersam Papiniani mentem esse pro certo habeo. Illam nimirum, ut ex Imperatoris decreto fructus omnes qui post sententiam de fideicommissio redditam percepti sunt percipi potuerunt intermisso tamen, hoc est detracto iudicati faciendi tempore fideicommissario restituatur, ad aliam usque sententiam, quam ferri necesse est ut eorum fructuum nomine heres condemnatur. Quanquam enim is qui restituere iussus fuit, si iudicis non pareat, iubendus iterum & condemnandus non est, sed manu militari exequenda potius sententia, ut ei si restituendae rei facultatem habeat possessio auferatur, Attamen fructuum omnique causae nomine condemnationem sublequi & sententiam ferri necesse est l. qui restituere 68. D. de rei vindicat. quoniam priore sententia nihil de fructibus expressum fuit, neque

expri-

expressi potuit, cum in actoris potestate sit iudicatum exigere, nec ad iudicis officium quicquam pertineat futuri post condemnationem temporis tractus, ut elegatè idem Papi. & ad eum Paulus tractat in l. j. §. j. de usur. ubi ob has causas nec bonae fidei iudicij iudicè rectè iussurum aiunt interponi cautiones, ut si tardius sententiae condemnatus paruerit, futuri temporis usurae fructus penduntur. Mora igitur quam heres post sententiam contraxit, si elapso tempore quod iudicatis datur, non satisfecerit, haecenus coercebitur, ut omnia qua post condemnationem percepit & percipere potuit commoda ad fideicommissarium deuoluantur. Intermisso tamen & detracto eo tempore quod iudicato faciendo conceditur. Sic enim Papinianum intelligo ut de fructibus omnibus tam perceptis quam percipiendis loquatur, cum & indistinctè fructuum mentionem faciat, & de iis aperte sentiat, qui in actione ex testamento a die morae, aut in iudiciis strictis a tempore litis contestatae debentur. Cuiusmodi sanè sunt tam qui percepti fuerunt, quam qui percipi potuerunt l. cum seruus 39. §. fructus de legat. j. l. cum fundus 31. D. de reb. credit. Cui consequens est Antonini rescriptum eò pertinere, ut pro toto tempore quod iudicatis datur, heres neque perceptorum neque percipiendorum fructuum nomine condemnatur. Nam & omne illud tempus intermittendum esse constituit, & cum non aliam ob causam quam propter moram qua post sententiam contracta est ea fructuum condemnatio fiat, Nemo dixerit per heredem contractam videri moram, quando is ut sententiae satisfaciatur interpellari non potest. Mora siquidem fieri non intelligitur ubi nulla petitio est l. lecta 40. D. eod. l. si pupillus 127. de verb. obligat. l. nulla 88. de regul. iur. nec quicquam imputandum est heredi qui iure suo utitur, legisque beneficio, quod ei sicut non inutile, ita nec captiosum esse debet arg. l. sciendum 21. D. de usur. In quo praecipue errarunt post Accursium ceteri interpretes, qui fructus omnes medio illo tempore perceptos fideicommissario restitui debere contendunt. Moti tantum ex eo quod apud Papinianum sequitur, eam temporis intercapedinem iudicato dilationem dare non etiam lucrum adferre debere. Quasi dici possit lucrum ex ea dilatione heredi accessurum si ita ius constituatur, ut liceat ei fructus quos interim percepit retinere. Ac sanè sic res haberet, si quod de lucro Papin. ait tam generaliter & absurdè quam illi putant, intelligeretur. Sed planè aliam Papiniani sententiam esse vel ex eo maximè cognosci potest, quod fieri certè nequeat quin ex ea dilatione lucrum aliquod condemnato accedat. Alioqui nec beneficio villo affici videretur, nec quicquam causae esset cur daretur ei dilatio. Id igitur Papin. sibi vult, Eam temporis intercapedinem non debere condemnato prodesse ut lucrum consequatur ex quo actoris qui obtinuit ius imminutum videri possit. Ita enim eueniret ut melior eius condicio esset post condemnationem quam antea fuisset. Atqui non possis dicere diminui aliquid de iure fideicommissarij licet nihil ei des ex fructibus quos heres legitimo illo tempore post rem iudicatam percepit, siquidem ut Papin. subiungit, decretum illud Antonini sic intelligendum est si ante sententiam de fideicommissio latam heredis mora non interuenerit. Quo casu sicut nullum in fructibus ante sententiam, perceptis fideicommissario ius quaesitum dici potest, quorum scilicet non nisi post contractam moram ratio vlla habeatur. Ita neque iniuria affectum se queri poterit quamuis totum id iudicati faciendi tempus a fructibus dependendis immune esse admittamus: Cum fru-

a ij.

ctuum præstandorum obligatio neque ex sententia nasci possit, per quam nihil de fructibus pronunciatum est, neque ex mora post sententiam contracta, quòd toto eo tempore nec fideicommissarius quicquam exigere, nec antè quàm exigi cœptum sit mora per heredem contrahi potuerit d.l.j. §.j. de vsur. Etsi autem vix est vt ad Iudicem perueniatur quin priùs mora contracta sit, quæ & per interpellationem extrà iudicium testatò atque opportuno loco & tempore factam, & saltem à litis contestatæ acceptique iudicij tempore contrahi solet, plerunque tamen accidit cùm de legatis aut fideicommissis controuersia est, vt solutionem heres recuset, eoque nomine litè contestetur, nec idèd magis moram contrahat, fortè si legi falcidiæ locum esse dicat & ex iudicij euentu verum id esse appareat. Est enim ea iusta causa differendæ solutionis si fideicommissarius nolit aut non possit cauere satisfactò se si quid ampliùs quàm per legem falcidiam liceat, acceperit, restitutum. Neque aliter hoc casu condemnari heres potest ad vsurarum aut fructuum præstationem, à tempore litis contestatæ, quàm si legi falcidiæ locum non esse constiterit l. 2. C. de vsur. & fructib. legat. Falcidia namque interueniente nihil sanè est quod heredi imputetur qui Prætoris Edictum secutus iusta ex causa solutionem recusauerit l. j. & tot. tit. Si cui plus quàm per legem falcid. Ac tum demùm rectè Papinianus Antonini decretum procedere existimat vt fructuum nomine qui post sententiam intrà iudicati tempus percepti sunt, heres non condemnatur. Nam si antè sententiam mora interuenierit, hoc est si frustrandi causa & per calumniam heres falcidiam obiecerit, nullòque colore fideicommissi præstationem distulerit, Papiniano placet nihil ei relinquendū esse ex fructibus qui post sententiam percepti sunt aut percipi potuerunt, neque minùs habendam rationem eius temporis quod post condemnationem iudicatis datur, quàm illius quod post moram in iudicati executione contractam secutum est. Itaque Imp. Antonini decreto locum hîc non esse ex ea parte qua tempus illud iudicati intermittendum esse constituit. Quam in sententiam mouetur sanè pereleganti ratione, quòd heres qui fideicommissario moram fecit iam inde ab eo tempore quo mora contracta est fructuum omnium præstandorum necessitate adstrictus esse cœperit. Quod cùm ita sit, qua tandem inquit ratione dici possit liberandum eum à fructuum præstatione pro legitimi temporis spatio, Idèd duntaxat quòd per sententiam victus sit & condemnatus? Nemo utique dixerit meliorem esse debere condicionem heredis condemnati, quàm si nondum lata esset sententia. Alioqui eueniret vt res iudicata ei proficeret, cōtrà quem iudicatum fuisset, quod euidenter iniquissimum esse Iulianus ait in l. euidenter 16. D. de except. rei iudic. & elegantius idem noster Papin. in l. postquã. §. §. j. D. vt legat. nomin. caueat. At iam vsque ex eo tempore quo mora contracta fuit & antè sententiam fideicommissi fructus & vsuræ debebantur l. si quis bonorū 23. de legat. j. l. si quis seruo 84. de leg. 2. l. is qui 26. de legat. 3. l. respondit 14. l. equis 39. D. de vsur. Ergo & post sententiam debebuntur. Morã enim semel interuenisse sufficit vt perpetuò debeantur l. Titia Seio 87. §. vsuras de legat. 2. hoc est etiam post litem contestatam, Qui sensus est l. lite contestata 35. de vsur. multòque magis post sententiam quæ lucrum adferre condemnato nunquam potest. Quanquam enim dici solet tam litis contestatione quàm iudicati actione nouatione quandam fieri l. aliam 19. D. de nouat. l. vlt. C. de vsur. rei iudic. Ea tamen nouationis illius natura est, vt

nec

nec eius qui litem contestatur, nec eius qui obtinuit, deteriorem conditionem efficiat d. l. aliam. l. non solet 86. cum seq. de regul. iur. Idque nimirum est quod Papin. ait, eam temporis intercapedinem quæ condemnatis ad iudicatum faciendum conceditur, dilationem duntaxat iis dare, non etiam lucrum adferre debere. Lucrum namque maximum sentiret heres condemnatus, adeoque ex fideicommissarij damno, si toto illo iudicati faciendi tempore fructus nullos deberet, quos iam inde à tempore moræ, si antè sententiã percepti essent, debuisset. Denique id Pap. contendit, ius quod antè condemnationem ex heredis mora fideicommissario quæsitum iam erat in fructibus ex fideicommissio perceptis aut percipiendis, postea per sententiã, quæ pro fideicommissio lata sit, neque auferri neque imminui potuisse. Si quæsitum ius nullum erat, impunitam heredi esse legitimi post sententiã temporis cūctationem. Quod vt apertius comprobet, exemplum aliud subiicit de iudicij strictis in §. in his quoque, de cuius etiam sententia & emendatione, quoniam longiores iam fuimus, sequenti capite videamus.

Emendatio §. In his quoque eiusd. legis.

CAP. II.



T suam ad Antonini decretum interpretationem, de qua proximè diximus, Papinianus comprobet, aut magis illustret, aliud exemplum subiicit de iis iudiciis, quæ nec arbitraria sunt, nec bonæ fidei, sed stricta: In quibus dici solet, A die litis contestatæ præstandam actori omnem causam in eum vsque diem quo sententiã dicitur l. 2. D. de vsur. l. cùm fundus 31. de reb. credit. Non quòd in strictis huiusmodi iudiciis mora contrahi non possit antè litem contestatam, vt minùs peritè quidam putant (nam si cùm ex stipulatu Stichum mihi deberes tu ritè interpellatus soluere nolueris, tum is decefferit, licèt nondum lite contestata, tibi tamen propter moram peribit l. si ex legat. 23. l. si seruum 91. §. sequitur, de verbor. obligat.) sed quòd in fructibus, vsuris, cæterisque accessionibus nulla moræ ratio habeatur, nisi cùm iudicij natura talis est vt vel ex bona fide, vel arbitrio iudicis aliud constituendum videatur. Quod in strictis iudiciis nunquam euenit, quæ non aliam ob causam stricta dicuntur, quàm quòd in iis condemnatio neque ex bona fide, neque arbitrio iudicis fieri possit extrà id quod verbis disertis, & prescripto formulæ, quam Prætor dictauerit, nominatim expressum & mandatum est. Sed à tempore litis contestatæ omnis causa præstanda est, quoniam vt idem Papin. ait in d. l. 2. de vsur. quale quid est cùm petitur, tale dari debet. Peti autè intelligitur eo demùm instanti, quo litis contestatio fit l. amplius 15. D. rat. rem habere. Hoc verò cùm ita sit, Certè post rem iudicatam tempus à fructibus dependendis immune nec est. Ita enim addita negatione legendum esse apud Papinianum, apparet euidenter ex ea ipsa ratione, qua motus ille paulo antè defendit, fructuum præstandorum obligationem in actione ex testamento & fideicommissi persecutione ex mora ante sententiam contracta profectam, subsecuta sententia & condemnatione non finiri. Nam siue à die moræ, siue à lite contestata fructus deberi cœperint, qua tandem ratione cùm & sententia secuta sit, ab eorum restitutione qui intra iudicati faciendi tempus percepti aut percipiendi fuerunt liberari condemnatus poterit? cùm ea temporis intercapedo dilationem iudicato dare non lucrum etiam adferre debeat. Ac sanè idem iuris Papinianum hac parte constituere voluisse in iu-

a iij

diciis strictis quod in actione ex testamento constituendum dixerat, apertissime demonstrat series contextus in illis primis verbis *in his quoque iudicijs*, quæ ille adiecit ut omnes intelligerent, decretum illud Antonini de non restituendis fructibus intra iudicati faciendi tempus perceptis, ita accipi semper oportere, si antè sententiam nondum nata fuerit eorum restituendorum obligatio. Nata, inquam, vel ex litis contestatione in strictis iudicijs, vel ex mora per interpellationem contracta, in cæteris. In iudicijs quidem bonæ fidei propter bonâ fidem, in arbitrarijs propter arbitrium iudicis: In actione ex testamento neque ex bona fide, neque arbitrio iudicis (quoniam cum ex vnius hominis voluntate non ex plurium consensu nascatur, nec bonæ fidei esse potest, nec arbitraria) sed ex voluntate, & iudicio testatoris. Facile autem potuit librarij & exscriptoris inscitia prætermitti negatio quam nos restituimus, cum fortè scriptum esset, quomodo in Florentinijs scribi solet paucioribus, sed maiusculis literis *immuN* *Ec est* pro eo quod apertius scribi poterat *immune nec est*. sic in l. Prætor edixit 7. de iniur. §. sed & si quis. Vlpian. ita scribit *certè his qui sunt in potestate prorsus nec competit*. Quod si durius id putes malisque legere *immune non est*, nec ego repugnabo. Nam & errori interpretis fortasse imperiti causam præbere illud potuit, quod dictionem illam *certè* qua Papin. utitur sic accepit, quasi exceptionem significet, cum magis propriè & eleganter designet affirmationem. ut & in d. §. sed & si quis. Neque video quid huic nostræ emendationi possit obiici præter Iustiniani Constitutionem in d. l. vlt. C. de vsur. rei. iudic. vbi ille disertis verbis constituit, ut vsurarum quæ ex priore contractu debentur, quæque in condemnationem deductæ sunt, cursus post sententiam inhibeatur, nec nisi sortis vsuræ centesimæ post quadrimestres, ut loquitur, inducias præstentur. An quod alia ratio sit fructuum alia vsurarum ut Accursius Bartolus & cæteri existimant? Non puto. Nam licet alioqui minus fauorabilis sit vsurarum quàm fructuum præstatio propterea quod pecunia sui natura sterilis sit, quæ aliam pecuniam parere nequeat, generaliter tamen traditum est vsuras vicem fructuum obtinere, præsertim verò in legatis & fideicommissis, nec à fructibus separari debere l. vsuræ 34. D. de vsur. & fructib. Et ratio qua Papinianus mouetur non minus in vsuris quàm in fructibus obtinet, ut facile ex superioribus intelligi potest. Fuerit ergo fortasse probabilius, loqui Iustinianum de iis tantum vsuris quæ ex priore contractu debitæ sint, quarum non eadem hac parte ratio est quæ vsurarum ex mora debitarum. Siquidem, ut Iustinianus ait, nouatur indicati actione prior contractus, ideoque vsurarum quæ ex eo debentur cursum inhiberi minus absurdum est l. nouatione D. de nouat. licet ea nouatio, si iuris rationem spectes, nunquam victori damnosa esse debeat, ut supra diximus. In eoque nimirum Iustiniani Constitutio nouum ius potius quàm iuris rationem continet. At ex contrario nemo dixerit, priorem moram quæ vel antè iudicium vel in ipso iudicio contracta sit, purgari per sententiam. Neque igitur vsurarum, quæ ex ea mora debebantur, cursus per sententiam interrumpetur. Sunt enim hæc fauorabiliores, & creditori hac parte utiliores, quàm quæ ex conuentione debentur, quarum ratione propter conuentionem superuacanea est omnis de mora quæstio, ut docuimus lib. I. Coniect. cap. I. in explicatione l. qui Romæ 122. in princip. de verbor. obligat. Denique manifesta ac necessaria iuris ratio cogit omnino, ut quam Papinianus ad Antonini decretum interpretationem

nem induxit, verbis licet quodammodo repugnantibus, eadem ad Iustiniani Legem & Constitutionem accommodetur. Aliam non huic dissimilem emendationem subiiciemus infra cap. 5.

De fructibus & vsuris legatorum ac fideicommissorum.

C A P. I I I.

SUPERIORIBVS finitima est & illa quæstio, quam hoc capite latius tractandam proponimus, De vsuris & fructibus tam legatorum quàm fideicommissorum. In qua dubitationem potissimum facit quod Papin. in l. 3. in princip. de vsur. apertè scribit, in fideicommissi perfectione fructus quorum eadem quæ vsurarum ratio est, non à litis tantum contestatione deberi ut in iis iudicijs contingit, quæ nec arbitraria sunt, nec bonæ fidei, sed à tempore contractæ moræ. Imperatores verò in l. 1. 2. & vlt. C. de vsur. & fructib. legat. contrà, ut videtur, rescripserunt legatorum & fideicommissorum fructus ac vsuras ex eo tempore deberi, quo lis sit contestata. Quod & Iuliano placet in l. quæsitum 91. §. vlt. de legat. j. Mihi semper probata est Accursij, Bartoli, & sequacium sententia, qui quod ab Imp. rescriptum, & à Iuliano responsum est, sic accipiendum putant, si antè litis contestationem mora nulla præcesserit. Neque enim semper præcedit, sed ita demum si priusquam iudicium acciperetur interpellatus heres testatò, congruèque loco & tempore fideicommissum, aut legatum solvere recusauerit. Quod quia testibus plerumque probandum est, nec facile sciri potest an eo interpellationis genere mora contracta sit necne, cum ea disceptatio facti potius sit quàm iuris l. mora 32. de vsur. inde fortassis factum est ut litis contestatæ potius quàm moræ Imperatores meminerint, non quasi præcedentis moræ ratio nulla habenda sit, si commissam eam esse appareat, sed quod vix sit ut non saltem eo tempore quo litis contestatio fit mora contrahatur. Nam statim atque legato aut fideicommissi præstando mora facta est, siue interpellatio tantum extraiudicialis interuenerit siue contestatio subsecuta sit, testatoris voluntas quæ hac parte spectari potissimum debet, suadet sanè ut ea omnia legatarius aut fideicommissarius habeat quæ habiturus erat si testatoris iudicio heres paruisset. l. equis 8. l. respondit 14. l. equis 39. D. de vsur. l. si quis bonorum 23. de legat. j. l. si quis seruo 84. de legat. 2. l. is qui 26. de legat. 3. l. generaliter 24. §. proinde de fideic. libert. Scio esse qui putent dici posse subtiliter, fructus speciei legatæ ad eum pertinere qui ipsius rei sit dominus, ex l. si tibi homo 86. §. cum seruus de legat. j. l. Herennius 42. alias l. fructus D. de vsur. hoc est, inquiunt illi, post Accursium, Bartolum, & alios, ad legatarium aut fideicommissarium à die mortis testatoris, quandoquidem dici solet rei legatæ dominium recta via transire à testatore in legatarium l. à Titio 64. de furt. Vsuras verò certæ pecuniæ legatæ non prius ab herede deberi, quàm in ea pecunia præstanda, cuius ipse interim dominus est, moram fecerit. Sed si quid mei iudicij est, neque subtilis est distinctio hæc, neque probabilis. Cum enim vsuræ vicem fructuum obtineant, perpetuè & generaliter verum est quod Vlp. ait in l. vsuræ 34. de vsur. non debere eas à fructibus separari, præsertim cum de legatis & fideicommissis disputatur. Neque ex eo quod dicimus rei legatæ dominium recta transire à testatore in legatarium, bona consecutio

est: Fructus ergo omnes, quos ex specie legata post mortem testatoris heres perceperit, ad legatarium pertinere. Alia namque ratio est rei legatae, alia fructuum ex re legata perceptorum. Res ipsa quae legata est, ex testamenti verbis & testatoris iudicio debetur. Fructus verò, sicut legati non sunt, ita neque ex testamento deberi possunt priusquam mora per heredem contracta sit, ut aperte African. docet in l. quæsitum 40. de acquir. rer. dom. vbi tractans de legato fundi ait ex eo demum tempore incipere heredem fructus suos non facere ex quo rem legatam sciuit. Cum tamen non eò minus legati fundi dominium à die mortis testatoris legatario etiam ignoranti quæsitum intelligatur, quòd heres legatum nesciat. Quam ob causam nec in hereditatis restitutionem quæ vniuersalis est veniunt fructus siue testatoris iudicio, siue fideicommissarij non petentis negligentia percepti sint, quamuis qui ex iudicio testatoris percepti probantur in falcidiam imputentur. l. in fideicommissaria 18. l. heredes mei 57. D. ad S. C. Trebell. l. quod his verbis 83. de legat. 3. Nec simile est quod Iulianus scribit in d. §. cum seruus, legato seruo non tantum ipsius serui statum in suspenso esse, sed eorum etiam, quæ personam eius attingunt, quæque is per traditionem acceperit, aut stipulatus fuerit, quæque ei legata aut donata fuerint, ut ea omnia legatario si legatum non repulerit ex die aditæ hereditatis quæsitæ videantur, vel heredi, si legatum repudiauerit legatarius. Non enim habentur in fructibus illa, quæ per traditionem seruus accepit, aut stipulatus est, nec quæ ipsi donata aut legata sunt, sed ad causam proprietatis spectant, ideòque ad proprietarium non ad fructuarium pertinent l. acquiruntur 10. §. de his D. de acquir. rer. dom. vbi scriptum est in fructu serui nihil aliud esse nisi quod ille ex operis suis, vel ex re fructuarij acquirat. Separatur autem hac parte causa proprietatis à fructibus, quia quod ad proprietatem rei legatae pertinet, necessaria est retrofictio, ut quodcumque agnitum à legatario legatum videatur iam inde à die mortis testatoris legatario acquisitum: Ne alioqui, si admitteremus legati dominium fuisse interea heredis, ut reuera fuit, consequens fieret vt legatum acquiri legatario postea non posset, atque ita intercederet potestas legis duodecim tabularum quæ legandi licentiam dedit l. verbis legis 120. de verb. sign. Nam & de sua tantum cuique pecunia legare permisit, & dominium, quod post testatoris mortem heredi eius quæsitum esset, non posset ab eo inuito vel ignorante postea abscedere, l. si ego 9. §. j. de iur. dot. Necesse igitur fuit per interpretationem prudentum ad legem duodecim tabularum inducere fictionem, ut legati dominium, quod pendente agnitione & toto medio tempore reuera fuit heredis, nunquam eius fuisse videatur, sed legatarij, ac si statim mortuo testatore legatarius legatum agnouisset, sicut & eadem fictione induci necesse fuit vt hereditas quodcumque agnita ab ipso mortis instanti agnita videatur, licet negari non possit quin antè aditionem re vera iacuerit. Nempe vt dominij continuatio impediatur, ne iacente hereditate res hereditariæ quasi nullius sint, fieri possint occupatis. Idque est quod ait l. legatum 80. de leg. 2. legatum ita facere legatarij rem legatam, sicut hereditas facit heredis res singulas. vtrumque enim fit eiusdem legis potestate, & eiusdem beneficio fictionis. At in fructibus, legatorum, quia non sunt legati, retrofictio ista non est necessaria ad conseruandam legis potestatem, quæ non nisi de legatis locuta est. Proinde nec in iis locum habere potest, quia fictio nunquam nisi ex necessitate inducenda est. Minus quoque

quoque ad rem pertinet, quod ex Modestino obiicitur in d. l. Herennius, fructus qui post acquisitum ex causa fideicommissi dominium è terra percipiuntur ad fideicommissarium pertinere. Est enim longè alia illius legis sententia, de qua, quoniam obscurior locus est, & qui in quæstione ista præcipientes egit quotquot sunt interpretes, differemus copiosius sequenti capite. Sed neque probabile est, quod vir doctissimus Iacob. Cuiacius distinguendum putat inter legata vindicationis, & damnationis, vt horum quidem fructus non nisi ex tempore moræ, illorum verò ex aditionis die debeantur. Nullo siquidem iuris loco videas Iureconsultos aut distinctionem hanc inducere, aut in quæstione ista spectare tempus aditæ hereditatis. Nisi fortè in §. vlt. l. nihil proponi 120. de legat. j. qui tamen locus non eam rationem habet, quòd ab eo tempore mora contracta videatur, vt quidam scripserunt (quid enim si non nisi longo post interuallo legatum petitum sit?) sed quòd de iis fructibus loquatur ibi Vlpianus, qui ab ipso legatario percepti sunt, in quibus sanè nihil iuris habere heres potest. Igitur perpetuò verum est, quod volumus. Ita demum fructus legatorum aut fideicommissorum ad legatarios vel fideicommissarios pertinere, si aut ab ipsis percepti sint, aut ab herede post moram per eum contractam. Nisi fortè ad pias causas legatum aut fideicommissum relictum sit, quo casu fructus à tempore mortis deberi singulari piæ causæ iure Iustinianus constituit Nouell. 131. de eccles. titul. §. si autem heres. Ita tamen si heres intrà sex menses ab insinuatione testamenti numerandos relictum præstare distulerit. Sanè fructuum, qui mortis tempore pendeant alia ratio est. Hos enim legato cedere non tanquam legati fructus, sed tanquam legatos Paulus scribit lib. 3. sentent. tit. De legat. neque est qui de eo dubitet. Nam vt Papin. eleganter ait in l. cum vnus 10. §. verbis de alim. legat. toties de mora quærendum est, quoties de vsuris aut fructibus fideicommissi quæritur, non de ipsis fideicommissis: cum etiam si mora nulla per heredem contracta sit, non eò minus tamen debeatur quicquid est in legato vel fideicommisso. Fundo autem legato, fructus quoque pendentes legatos videri constat, vt pote qui fundi ipsius partem efficiant vulg. l. fructus pendentes D. de rei vindic. quod generaliter verum est, siue de maturis fructibus intelligas, qui elegantius pendentes dicuntur, siue de cæteris, qui nondum maturi terra tamen contineantur l. fundi 17. D. de action. empt.

Interpretatio l. Herennius 42. aliàs l. fructus. D. de vsur.

CAP. IIII.

ILLUD primum obseruandum est, quod nostri non obseruarunt, Modestinum hac lege non de legato tractare, sed de fideicommisso. Diuersa enim est, quod ad propositam disputationem pertinet, legati & fideicommissi ratio, propterea quòd legatum, si à legatario agnitum sit, iam inde ex tempore aditæ hereditatis ipsi acquisitum intelligitur l. si tibi homo 86. §. cum seruus de legat. j. id est à morte testatoris l. à Titio 64. D. de furt. siquidem heres quodcumque adeat hereditatem, iam tum à die mortis adisse intelligendus est l. heres quodcumque 54. D. de acquir. hered. l. omnia ferè 154. de reg. iur. Fideicommissi verò dominium non aliter fideicommissario quæritur, quam si ea res, quæ per fideicommissum relicta est, ei tradita sit ab herede. Lex enim duodecim ta-

bularum, quæ testandi ius induxit l. verbis legis 120. de verb. signif. de legatis tantum locuta est, de fideicommissis nihil dixit. Quam ob causam, quod sane magis mirum videri debeat, licet traditam sibi rem ex fideicommissis acceperit fideicommissarius, Iuliano tamen placet possessionem duntaxat adeptam non etiam dominum videri l. qui vsumfructum 3. D. si vsumfr. petet. Nimirum quod fideicommissa iuris vinculum nullum habeant, & ex Prætoris fideicommissarij iurisdictione non ex lege aliqua aut constitutione civili pendeant. At iure Quiritium ut Vlp. in Titulis scribit tit. 19. de dominiis & adquis. rer. non nisi sex modis transferri dominium potest, traditione, mancipatione, vscapione, cessione in iure, adiudicatione, & lege. Inter eos transferendi dominij modos Prætoris autoritas & iurisdictione non est, indeque etiam evenit quod alio loco monuimus ut heredem facere Prætor non possit §. quos autem Instit. de bonor. possess. quia heredis appellatione dominus proprie significetur §. vlt. Instit. de hered. qualit. & differ. l. 3. §. penult. D. de minor. Quid? si traditio transferendi dominij modus est, ut Vlp. fatetur & certissimum est l. traditionibus 20. C. de pact. Cur negat Iulianus fundi ex fideicommissi causa traditi dominium fideicommissario acquiri? Nempe quia nunquam nuda traditio transfert dominium, sed ea tantum quæ fiat ex iusta causa l. nunquam 31. D. de acquir. rer. domin. Iustam autem causam intelligimus quæ iure cognita sit & approbata. Proinde fideicommissi titulum quem ius civile, sicuti diximus, non agnoscit, pro iusto non admittimus. Neque est contrarium quod Marcellus ad Pomponium in l. filiusfamilias 16. quæ testam. facer. poss. eandem rationem constituere hac parte videtur legatis & fideicommissis. Id enim eod pertinet, ut actiones quæ pro legatis & fideicommissis competunt, ignorantibus legatariis aut fideicommissariis acquirantur, sed non ut eadem actiones his quæ illis competant, nec ut fideicommissi perinde ac legatis dominium transeat recta via à testatore in fideicommissarium. Ut ad eum locum tractabimus libr. seq. cap. 19. Quod cum ita sit, iustius quis miretur quod in d. l. Herennius, scribit Modestinus *post acquisitum ex causa fideicommissi dominium*. Nisi dicamus quod à celeberrimo doctore meo D. Ioanne Antonio Manutio pereleganter & eruditè traditum accepi, duplicem fuisse Digestorum iure dominij speciem & differentiam. Vnius quod ex iure Quiritium dicebatur, de quo Iulianus loquitur. Alterius verò quod bonitarium dicere liceat quoties rem aliquam in bonis quis haberet, De quo sane accipiendum est illud Modestini, sicut & quod scriptum est in l. i. D. de bonor. possess. bonorum possessionem quæ ex Edicto proficiscitur dominium tribuere rerum hereditariarum. Sensus enim est bonorum possessionem à Præatore concessam efficere ut res hereditariæ fiant in bonis eius qui possessionem admiserit. Quod à viro doctissimo Iacobo Cuiacio animaduersum non est qui perperam eum locum de possessionis dominio intellexit. Nec dissimile est quod Paulus scribit in l. 2. §. vlt. D. si ex noxal. caus. agat. feruum qui cum noxali iudicio non defenderetur Prætoris iussu ductus est, in bonis actoris esse cœpisse. Et quod Vlp. ex Iuliano tradit in l. si finita 15. §. Iulianus De damn. infect. eum qui in possessionem mittitur damni infecti nomine non prius incipere per longum tempus dominium capere, id est dominium ex iure Quiritium, aut si maius Quiritiarium acquirere, quam secundo decreto fuerit à Præatore dominus constitutus. Quod etiam pertinet l. i. D. de fund. dotal. Quanquam enim semel acquisitum dominium

minimè magis acquiri non potest l. non ut ex pluribus 119. de regul. iur. nihil tamen absurdi est eum qui dominus bonitarius factus sit, ex alio iure dominium Quiritiarium acquirere, quia duplex diuersumque dominium est. Denique quoties dominium ex Prætoris iurisdictione acquiri legimus, de bonitario tantum non etiam de Quiritiario intelligere debemus. Quamuis non ignorem Constitutione Iustiniani sublatam eam differentiam in l. vnic. C. de nud. iur. Quirit. tollend. Cæterum neque ex eo solo quod fideicommissum relictum est, dominium bonitarium fideicommissario acquiritur, sed ita demum si traditio subsecuta sit d. l. qui vsumfructum. Perpetuò namque verum est dominium bonitarium à Præatore non tribui nisi cui prius possessio quæ sita sit, quomodo & in Prætorio pignore obtinet, ut non aliter constitutum intelligatur quam si ventum sit in possessionem. l. non est mirum 26. §. i. de pignor. act. Igitur quod scriptum est in d. l. Herennius, fructus qui post acquisitum ex causa fideicommissi dominium è terra percipiuntur ad fideicommissarium pertinere, perinde est ac si quis diceret fructus ab ipso fideicommissario post fideicommissi restitutionem & traditionem perceptos ad eum pertinere. Quod certè dubitationem nullam haberet, nec dignam elegantia Modestini sententiam, tametsi in legatario quoque idem traditum sit in l. nihil proponi 20. §. vlt. de legat. i. si non illa verba adiecta essent *licet maior pars anni antè diem fideicommissi cedentem præterierit dicatur*. De illo enim duntaxat Modestinus quærit. An si maior pars anni antè diem fideicommissi cedentem præterierit, nihilominus omnes fructus qui à fideicommissario percepti sunt ad eum pertineant. In quo dubitandi causa illa occurrebat, quod non nisi pro rata temporis pertinere viderentur, quomodo dici solet cum de dotis fructibus soluto matrimonio diuidendis disputatur l. de diuisione 5. l. fructus 7. §. Papinianus, aliàs l. diuortio. D. solut. matrim. Sed decisionis ratio est, quod qui fructus à fideicommissario percipiuntur, ex testatoris iudicio & voluntate percipiuntur, ideòque nulla ex parte ad heredem spectare debeant, qui fideicommissis præstito nullum amplius aut in re ipsa aut in eius fructibus ius habeat. Eademque hac parte legati ratio est, ut quod Vlp. ait in d. l. nihil proponi §. vlt. fructus ex fundo purè legato post aditam hæreditatem à legatario perceptos ad ipsum pertinere, ita accipiatur, licet maior anni pars antè diem legati cedentem præterierit, solaque conductori supersit aduersus heredem ex conducto actio. Enimverò cum hodie ex Iustiniani Constitutionibus in l. i. & 2. C. commun. de legat. eo iure utamur, ut in omnibus exæquata sint legata fideicommissis, nec minus fideicommissorum singularium quam legatorum dominium statim in fideicommissarios transeat, eoque nomine citrà vllam traditionem agere iis in rem liceat. An dici poterit ex Modestini sententia fructus fideicommissi qui ex terra percipiuntur post acquisitum fideicommissario dominium ad eum pertinere? Minimè verò, Nisi ab ipso fideicommissario perceptos fuisse proponas. Quandoquidem ex iis quæ diximus apparet Modestini temporibus fideicommissi fructus non tam propter dominij acquisitionem, quam ex causa factæ traditionis, ipsorumque fructuum perceptionis ad fideicommissarium pertinuisse, ob eamque rem nec legatario alios fructus acquiri potuisse quam qui ab ipso percepti essent d. l. nihil proponi §. vlt. si nulla heredis mora interuenisset, ut superiori capite docuimus, tametsi iam inde à morte testatoris legati dominium in legatarium transiisse intelligatur. Se-

parata enim est causa dominij, & fructuum, nec quicquam prohibet aliena rei fructus ad eum pertinere qui dominus non sit, si modò percipiendorum fructuum ius aliquod habeat, ut contingit in bonæ fidei possessore l. bonæ fidei 48. D. de acquir. rer. domin. de quo scripsi lib. 5. cap. 17. itémque in creditore *div. T. in p. 21* habente, aliisque similibus. Atqui heres qui antè moram legati aut fideicommissi fructus percepit, etiam pro eo tempore quo rei legata aut per fideicommissum relicte dominium ad legatarium vel fideicommissarium iuris potestate, & retrofitione pertinere cœperit, non solum bonæ fidei possessor est, sed etiam plus quàm bonæ fidei possessor, quia licet rem legatam aut fideicommissum obnoxiam esse sciat, euenire tamen potest ut legatum aut fideicommissum repudietur, quod si eueniret, nihil unquam iuris legatario aut fideicommissario in ea re quæsitum videretur d. l. si tibi homo 86. §. cum feruus de legat. 1. ut proinde imputari iis possit cur in petendo nõ fuerint diligentiores, potiùs quàm heredi qui fructus percipiendo antè contractam moram suo tantùm iure usus est. In eoque melior conditio est heredis quàm bonæ fidei possessoris, quòd hic perceptos fructus, si modò extant, restituere cogitur, l. certum 22. C. de rei vindica: Ille verò nec si omnes extant qui antè moram percepti sunt, ullos tamen restituit, quòd eos non tantùm bona fide sed etiam iure suo propter legatarij aut fideicommissarij non petentis negligentiam perceperit arg. l. mulier. 22. §. si heres D. ad S. C. Trebell. Neque illa iuris retrofictio quæ in legati & fideicommissi dominio locum habet, ad fructus quoque extendi potest, quia cum non sint in legato, nec legis duodecim tabularum potestas, nec fictionis inducendæ ne cessitas ad eos pertinet, ut superiore capite explicauimus. Quàm autem verum sit heredem etiam qui legatum aut fideicommissum à se relictum sciat bonæ fidei possessori nihilominus cõparandum, vel ex eo constat quòd nostris placet iuari eum posse longissimi temporis præscriptione si antè triginta annos legatarius aut fideicommissarius relictum nõ agnouerit, cum tamen certissimum sit ex regula iuris Pontificij nunquam ea præscriptione defendi posse quisquis malæ fidei possessor fuit. Hæc verò omnia pessimè vulgò interpretes explicant, qui ut Modestini responsum concilient cum tot aliis iuris locis quibus proditum legimus deberi fructus legatorum & fideicommissorum à die moræ vel litis contestatæ, locos illòs omnes coarctant ad eum casum quo aliena res legata aut per fideicommissum relicta sit, quòd tunc dominiũ rei quæ non fuit testatoris statim transire non possit in legatarium aut fideicommissarium. Quasi verò quoties propriam rem testator reliquit, fructus omnes dominij iure legatario aut fideicommissario acquiri ex die mortis necesse sit. Sic enim Accurs. Bart. Castrenf. & cæteri ad l. i. C. de vsur. legat. & alibi saepe. Quo sanè, tantorum pace virorum dixerim, somnari nihil potest ineptius. Illud difficilius est, & iis quæ supra diximus penè ex diametro contrarium quod Africanus scribit in l. quæsitum 40. de acq. rer. domin. iis verbis *quia etsi fundum suum quis legauerit, heres qui legatum eum esse sciat proculdubio fructus ex eo suos non faciet.* Necdum sanè mihi liquet quid cõmodè respõderi possit. Nouus Africani interpretis quasi non viderit prætermisit. Idem veteres quoque interpretes fecerunt. Nos inscitiam nostrã prodere maluimus quàm dissimulando fallere. Nisi dicas, quòd non fuerit improbabile sic intelligendum Africanum, ut ita demùm heres non faciat suos fructus rei legatæ ex quo legatã sciuit, si iã tũ legatarius legatũ agnouerit, & petierit.

petierit. Alioqui sanè quandiu non est agnitum legatum, non est in mala fide heres qui rem legatam retinet eiusque fructus percipit, cum in eo sit legatum ut repudiari possit, Aut si sola heredis scientia sufficit ad inducendam hac parte malam fidem & impediendam fructuum acquisitionem, dicendum esset omnimodo & indistinctè fructus omnes à die mortis restitui legatario debere, quandoquidem fieri nequit ut heres sciat scriptum se heredem quin sciat etiam legatã omnia eodem testamento relicta. Propter quam causam si legatum petatur non iubet Prætor verba testamenti edere, cum sufficiat heredem habere exemplum testamenti ut sciat quid sit legatum l. 2. D. de edend.

Emendatio l. sanè II. D. de iur. dot.

C A P. V.

SPECIEBUS in dotem datis, multum interest, an æstimatæ sint, necne. Nam æstimatione facta constat mariti periculum esse. Et, si fortè constante matrimonio perierint, aut deteriores factæ sint, licet facta mulieris, quæ vestes dotales puta adtriuerit, & usu consumpserit, nihilominus post solutum matrimonium æstimationem mulieri reddendam esse. At si æstimatæ non sint, mulieri & pereunt, & deteriores vicissimque meliores sunt l. plerunque 10. D. de iur. dot. l. cum dotem 10. C. eod. l. vnic. §. & cum lex C. de rei vxor. action. vbi non ineleganter Iustinianus fundum in æstimatum propriè dotalem esse ait, quòd is omnimodo restituendus sit, eiusque dominium penes mulierem remaneat: quod in fundo æstimato secus est. Æstimatio enim quasi venditio est d. l. plerunque §. inde quæri potest, & l. quoties 16. D. eod. idèoque & dominium & periculum eius facit, qui accipit l. j. §. vlt. D. de æstimat. action. Ergo si conuenerit ut soluto matrimonio res ipsa quæ æstimata in dotem data est, aut eius æstimatio restituatur, superuacua, & inutilis pactio est. Nisi ponas etiam conuenisse ut electionem mulier habeat, utrum rem an æstimationem petere malit. Nam siue adiectum fuerit, ut electio ad maritum pertineat, siue nihil de electione dictum sit, mariti electio est, ex vulgari iuris regula, quæ in alternatiuis, ut nostri dicunt, debitori perpetuò dat electionem. Quòd si res non extet, fortè quia perierit, æstimationem omnimodo maritus debet. Eligendi namque facultas superesse nulla potest, cum alterutrum quod in obligatione erat perit, aliterue præstari posse desit l. Stichum aut Pamphilum 95. D. de solut. Quid autem si res quidem extet, sed deterior facta sit? Verius est quod Vlp. placet in d. l. j. §. vlt. D. de æstimat. action. eum qui rem æstimatam accipit ad hoc obligatum esse ut vel æstimationem de qua cõuenit præstet, vel rem ipsam incorruptam. Scilicet quoniam vix est ut reddi videatur id quod deterius redditur. l. 3. §. j. l. in rebus 18. §. siue autem pignus D. commod. l. j. §. si res deposita 16. D. deposit. Idque cõsequens est ei quod diximus, æstimatas res in dotem datas periculo viri & deteriores fieri, & perire. Quæ cum ita sint, verum esse nõ potest quod ex Paulo traditur in l. sanè II. D. de iur. dot. posse maritum æstimatam rem etiam quæ deterior facta sit reddere. Quin potiùs, cum in lege præcedenti Vlp. scripisset Re non extante omnimodo præstandã æstimationem, ne quis fortè ex eo colligeret, Re igitur extante numquam compellendum maritum ut æstimationem præstet, subiici necesse fuit, quod Paulus docere voluit, Imò & si res extet, deberi nihilominus interdum

b iij

æstimationem. Nempe si res deterior facta sit. Eam verò Pauli sententiam facile assequemur, si receptam lectionem quam nec Accurs. explicat, nec alius quisquam commodè explicare possit, sic emendemus ut pro & legamus *Nec*. Cōflato, ut credibile est, errore ex eo fortasse quod Florentini librarij more breuiter scriptum esset *sa Nec* pro eo quod pluribus literis scribendū erat *sane nec*. Similem errorem errorisque causam indicauimus supra cap. 2. Et nouum non esse ut pro *nec* exscriptores scripserint & iam alij antè nos obseruarunt, & nos alibi docuimus. Neque tamen perpetuum est ut præstari & restitui non debeat res æstimata quæ deterior facta est. Nam si conuenit ut eadem species quæ æstimata sunt, soluto matrimonio reddantur, eadem quoque licet deteriores restituendæ erunt, sed ita tamen ut deteriorationis ratio habeatur, hoc est, ut quod propter secutam deteriorationem deest conuentæ æstimationi, per maritum suppleatur, quasi in hunc duntaxat finem facta æstimatione l. si inter 21. C. de iur. dot.

Duobus locis corruptum esse textum l. quod autem 7. D. de donat. int. vir. & vxor.

CAP. VI.

SI vir vxori donauerit pecuniam, ex qua prædium illa emerit, certum est donationem non valere, & marito hactenus conditione competere quatenus ex ea pecunia locupletior mulier facta sit l. si sponsus 5. §. ult. D. de donat. int. vir. & vxor. Inde quæritur si prædia hodie vilissimi precij sint, quid veniat in conditionem. Et placet eam æstimationem spectandam quæ sit tempore litis contestatæ. l. quod autem 7. in princip. & §. idemque ait D. eod. ut si eo tempore minoris sint prædia non tota pecunia quæ in eorum emptionem cōuersa fuerat, sed quanti sunt cum litis contestatio sit, marito restituatur. Quid ergo si ex contrario prædia maioris precij facta sint? Non totum precium restituetur: sed ea tantum summa quæ numerata est, quoniam illud duntaxat inspicere debet quatenus mulier locupletior facta sit ex donatione, non ex aucta prædiorum æstimatione, cum eatenus tantum donator pauperior factus fuerit. l. si id quod 28. §. si ex decem eod. Idque est quod Vlp. tradit in d. §. idemque ait, versic. *Plane si magni precij prædia sunt, summa tantum numerata erit restituenda*. Nec proinde dubitandum videtur quin imperiti interpretis sint verba illa, quæ sequuntur *non etiam usura precij*. Neque enim de usuris precij Vlp. tractat, sed de ea summa quæ contestationis tempore excedit conuentum & numeratū precium prædiorum, ut & in d. §. si ex decem. De usuris verò quomodo dubitaret? aut quænam obsecro dubitandi causa esse posset in pecunia non scœnori collocata, sed in prædiorum æstimationem conuersa? Mendum aliud receptæ lectionis, obseruatione & emendatione dignum est in §. si maritus, ex librarij tamen & exscriptoris potius quam interpretis vilius inscitia cōflatum. Eo loco idem Vlp. quærit, si maritus æstimationem rerum quas in dotem accepit, dicat se donationis causa auxisse, quo remedio ei subueniri oporteat. Et refert Imperatorum Seueri, & Antonini rescripto constitutum esse ut si pecuniæ modum maritus recuset, ipsa prædia sumptuum deductis rationibus restituere iubeatur, ut in arbitrio mariti sit quid præstitum malit. Idemque iuris esse, & si mulier è contrario de minore æstimatione con-
quera

queratur. Nimirum, ut in hac etiam specie electionem maritus habeat, an prædia ipsa sumptuum rationibus deductis velit restituere, an quod de iusto prædiorum precio donationis causa mulier remiserat, supplere. Ita enim fit, ut neque marito, neque vxori fraudi sit donatio quæ non valuit. Nec cōtrarium est quod Accurs. ex eodem Vlp. obiicit in l. si sponsus 5. §. circa eod. si coniunx coniugi vendiderit, cum vendendi animum haberet, ex precio tamen aliquid ei donationis causa remiserit, venditionem ipsam valere, remissionem verò hactenus non valere quatenus locupletior est cui donatū fuit. Et si namque æstimatio quæ dotis causa fit, de qua disputamus, venditio est, non tamen pura & simplex venditio est, sed dotis causa, l. quoties 16. D. de iur. dot. ideoque nihil sit aduersus conuentionem si soluto matrimonio prædium ipsum quod æstimatum fuerat restituatur. Nisi fortè deterius factum sit. Sic enim Vlp. intelligendus est secundum ea quæ superiore capite diximus. Alioquin iniquum esset marito permitti, ut ille ait, sumptuum rationes deducere, deteriorationis autem, quæ constante matrimonio mariti periculo contigisset, rationem non haberi. Sed & eos demum sumptus maritum deducere posse credendum est, quibus res quæ in dotem data fuerat preciosior facta sit, non quos facere marito necesse fuerit, ne res deterior constitueretur. Cum si deterior facta fuisset, mariti non vxoris periculo, dānoque cessisset. Sequitur verò apud Vlp. *nec aliud in commodato æstimato dato obseruari solet*. Quibus verbis quid ille sibi velit ego planè nō intelligo. Quamquam enim commodatum posse æstimatum dari scio, ut periculum omne ad commodatarium pertineat l. si ut certo 5. §. & si fortè D. commod. fieri tamen non potest, ut donationis causa æstimatum detur. Ita namque eueniret, ut æstimationem omnimodo præstare commodatarius cogeretur. Alioquin donationis effectus nullus esset, si rem ipsam commodatam quæ minoris esset æstimationis reddere liceret, quomodo licet utique si cōmodatum simpliciter æstimatum datum sit l. j. §. ult. D. de æstimat. action. Atqui conuentione fieri nequit, ut commodatarius rei ipsius commodatæ, si extet nec deterior facta sit, præstatione non liberetur, quod ea res excedat notissimos commodati terminos: quemadmodum in deposito Papin. scribit, si conuenerit ut non ea ipsa nummorum corpora quæ deposita sunt reddantur, sed tantundem l. Lucius 24. D. deposit. Tam enim commodati, quam depositi actio in id competit, ut res ipsa reddatur. Æstimatio autem si quando fit, non aliò pertinet, quam ut rei commodatæ periculum ad commodatarium pertineat, ut sciatur quid quantumque commodatarius præstare debeat, si rem ipsam quæ fortè perierit, aut deterior facta sit, præstare non possit, arg. l. si inter 21. C. de iur. dot. Nam si æstimatio omnimodo præstada esset, venditio potius contracta videretur, rei que commodatæ dominiū trāslatum in commodatarium, sicuti dicimus rebus æstimatis in dotem datis venditionem dotis causa factam censeret d. l. quoties 16. D. eod. At commodati causa venditionem fieri quis vnquam dixit, aut scripsit? Siquidem rei commodatæ & dominiū & possessionem semper retinet is qui commodauit l. rei commodatæ 8. & seq. D. commod. quod in re dotali secus est l. j. D. de iur. dot. Igitur, nisi me prorsus fallo, corruptus est hic quoque Vlpiani locus, & pro *commodato* legendum potius *homine dato*. Cōiecturam iuuat quod quæ per *κατοπονία* sequitur dictio *dato* quasi obreptitia lineis interclusa est in Pand. Florent. Tum verò cur de commodato potius quam de deposito, aut

pignore, aut alio contractus genere Vlp. loqueretur? At cum de prædiis in dotem datis, & donationis causa æstimatis locutus esset, non inutile fuit subiicere, idem iuris & in homine dato æstimato constitui debere, siue quod plerumque serui in dotem darentur iis temporibus, quibus præcipue in masculinis erant facultates, siue quod in homine difficilior, maiorisque dubitationis res esse videretur, cuius scilicet quandiu vivit æstimatio multo sit incertior, quam fundi, qui que longè citius, & facilius perire possit, itemque melior, aut deterior fieri, quam fundus. Quid enim si seruus non æstimatus periisset aut deterior factus fuisset? Vtique ad mulierem non ad maritum ea res pertinuisset. Proinde vix audienda videatur, si minore precio donationis causa æstimatum seruuum alleget, tametsi seruus viuat, quæ, si is mortuus esset, lucrum & commodum ex æstimatione sentiret arg. l. pèpult. C. de solut. Sed tamen aliter Iurisperitis visum est, inspecto nempe conventionis initio, rei que euentu. Vt si seruus viuat, & preciosior factus sit, cuius æstimationem donationis causa minorem mulier fecerat, cogatur maritus, vel seruum ipsum deductis sumptuum rationibus restituere, vel quod iusto precio defuit, supplere. Quod si seruus vel decesserit, vel deterior factus sit, vix est ut ullus quæstioni locus supersit. Neque dubitandum arbitror quin eo casu illa duntaxat æstimatio præstari debeat quæ facta est, quia boni consulere mulier debeat, quod fuerit æstimatus, cum si simpliciter & inæstimatum dedisset, proculdubio periculo eius, non mariti & mortuus, & deterior effectus fuisset, Exemplo eius quod apud Vlp. in l. si res æstimata 12. §. j. D. de iur. dot. Marcellus putat in quæstione non valde dissimili, si mulier se dicat circumuentam in eo, quod seruum doti datum minoris æstimauerit. Distinguit enim, ut si seruus viuat, in arbitrio mariti sit utrum iustam æstimationem, an potius seruum præstet, si verò decesserit æstimatio præstetur, non quæ iusta, sed quæ facta sit. Idque siue minor annis viginti quinque, siue maior æstimationis tempore mulier fuisse proponatur. Planè, inquit, si emptorem habuit mulier, iusti precij, magis est ut eo casu iusta æstimatio præstari debeat, si modò minor annis fuerit cum in æstimationis modo circumuenta est. Id enim benignius ætatis fauore indulgetur, non quidem beneficio restitutionis in integrum, quæ hinc nulli dari potest, seruo iam mortuo, sed iudicis officio propter manifestam æquitatem minoris ætatis privilegio subnixam. Vnde & in ea specie quam tractamus, si seruum in dotem datum mulier donationis causa minoris æstimauerit, eidem distinctioni locum esse debere quis fortasse putauerit, ut si ea minor viginti quinque annis fuerit, & emptorem iusti precij habuerit, etiam mortuo seruo iusta nihilominus æstimatio præstetur. At non ita est. Loquimur enim de facta per donationem minore æstimatione serui qui in dotem iam datus fuerat, quemque ideo mulier donationis tempore alienare non poterat, siue simpliciter in dotem datus fuisset, siue æstimatus. Sed quod ad Marcellum notasse Sæuolam Vlp. refert, ut si in æstimatione dolus mariti adfuerit, morte serui non liberetur, quominus iustam æstimationem præstare debeat siue maior siue minor annis mulier fuerit, id ego & in proposita quæstione facillè admittam, si ponas dolo mariti inductam mulierem, ut seruum quem in dotem dederat, donationis causa minoris æstimaret. Nam cum in donatione quoque donatarij dolus interuenire possit & donationi causam dare l. j. C. de eiusd. non video cur marito qui dolum commiserit, fauere debeamus. Et quanquam eæ quo-

que

que inter virum & uxorem donationes improbantur quæ mutui amoris causam habent propter eas rationes quas Iurisperiti congerunt in l. i. 2. & 3. de donat. int. vir. & vxor. longè tamen minùs fauorabiles, aut potius multo odiosiores sunt quæ per mariti vim aut dolum extorquentur, quod non solum bonis moribus non conueniant, sed nec ipsius mulieris donantis libera & liberali voluntate adiuuentur. Non enim velle quisquam id creditur, quod ut iniurus velit alterius dolo aut impressione compellatur, quamuis dici soleat coactam voluntatem esse etiam voluntatem.

De differentia filijfamilias & serui in fideicommissaria hereditatis restitutione.

C A P. VII.

N E S C I O an adhuc quisquam obseruauerit, differentiam, quæ iudicio meo & perelegans est & vera inter filiumfamilias & seruum, cum de fideicommissaria hereditate restituenda tractatur. Nam si filiusfamilias à patre institutus sit, rogatusque hereditatem restituere deinde suspectam dicat, placet nihilo minus posse hereditatem restitui ex Trebelliano, ut quamuis filius se non immiscuerit, actiones tamen quæ ei & in eum competebant, in fideicommissarium transferantur l. ita tamen 27. §. si pater D. ad S. C. Trebell. At si seruus liber & heres esse iussus, de quo restituenda hereditate rogatus, suspectam dicat, compellit eum Prætor ut misceat se hereditati, sic deinde restituat l. recusare 6. §. hoc Senatusconsultum D. eod. Sic enim inchoandus est §. non ut vulgò sit ab iis verbis *sed & ad filium*. quod & Accursius notauit, & ipse verborum contextus orationisque series demonstrat. Nam in §. præcedenti, de illo Vlp. quærit, An Senatusconsultum Trebellianum, quod de instituto herede loquitur ab intestato etiam locum habeat. Et verius esse ait, eoque iure nos uti, ut ad intestatorum quoque (sic enim legendum est non *intestatos*) petineat successores, siue legitimi sint siue honorarij: Sed & ad filium qui in potestate est, qui tamen nec honorarius nec propriè legitimus, sed suus heres est. Quod igitur in §. seq. scriptum legimus *ut à Præatore compellantur miscere se hereditati* non ad filium in potestate referri debet, sed ad cæteros necessarios, seruos scilicet cum libertate institutos, de quibus separatim tractatur in d. §. hoc Senatusconsultum. In quo sanè errarunt veteres omnes recètioreque interpretes, quos ad eum locum notare video suos heredes cogi per Prætores, ut suspectam hereditatem adeant, aut potius, quomodo loqui debuerunt, ut se immisceant. Cum tamen Iulianus in d. §. si pater, aperte scribat in suis heredibus suspectam hereditatem dicentibus non esse necessariam immixtionem, & consequenter non esse eos compellendos ut se immisceant. Cur enim Prætor ad immixtionem compelleret, si perinde citrà immixtionem hereditas restitui & actionum translatio fieri potest? Nam quod Accursius comminiscitur posse immixtionem esse necessariam, ne si fortè postea falsò probetur filium restitutionis tempore emancipatum fuisse, tota restitutionis potestas pereat, & in irritum deducatur, ridiculum sanè est & ineptum, quandoquidem ipso restitutionis tempore non post factam restitutionem quærendum est an suus an emancipatus sit filius qui de resti-

c j.

tuenda hereditate rogatus est. Nec Prætor curare debet quid ex post facto probari falso possit, sed illud tantum quid sit in veritate eo tempore quo constituit & decernit. Alioqui perpetuo incerta essent omnia, nec certi quicquam Prætor aut iudex statuere unquam posset arg. l. i. §. i. D. de usur. Nec rursus dici potest quod idem Accurs. obiicit, ideo in suis necessariam esse immixtionem, quod cum abstinent, heredes sint nomine tantum non etiam re l. necessariis 57. D. de acquir. hered. eamque ob causam nec à Prætoris heredum loco habeantur. l. si filius 12. D. de interrog. in iur. faciend. Nam & seruos heredes institutos Vlp. cogendos esse ait ut se immisceant. d. §. hoc Senatusconsultum: quos tamen non possis dicere, si suspectam hereditatem allegent nomine tantum, non effectu heredes esse, cum iis Prætor abstinenti beneficium nunquam tribuat d. l. necessariis in fin. Quanquam nec illud ad rem pertinet, quod filius qui se abstinuit, heredis loco non habeatur apud Prætoris: quia licet coactio ad adeundum fiat imperio Prætoris, actionum tamen translatio non ex Prætoris iurisdictione descendit, sed fit auctoritate & potestate Senatusconsulti Trebelliani, quemadmodum & Pegasiano inductum fuit ut cogi heres possit, scilicet per Prætoris fideicommissarium h. si quis 17. D. si quis omisi. caus. testam. Neque enim coactio fieri potest ipso iure, facto & impressione opus est: at in actionum translatione ius non factum veratur, ideoque nil in eo se Prætor interponit. Quare nec Accurs. ipse negat posse filium in potestate heredem institutum qui abstinerit, transferre nihilominus actiones, sed Vlpianum cum Iuliano sic conciliat, ut in fideicommissarij potestate sit, utrum filius ad se immiscendum cogi debeat, necne. Quasi verò Prætor fideicommissarij voluntatem sequatur, ac non potius ipsam iuris rationem & necessitatem intueatur. Etenim si inducenda ex Pegasiano coactionis ratio alia non fuit quam quod alioqui futurum erat ut fideicommissum intercederet, utpote non valente herede restituere hereditatem quam non haberet, nec transferre actiones quæ repudiata hereditate ei aut in eum nullæ competere: prorsus consequens est ut filiusfamilias heres institutus & se abstinentes cogi non possit per Prætoris ut se immisceat, quia perpetuo Prætoris edicto abstinenti beneficium habeat, cuius ei auferendi causa hæc nulla est, cum & post abstentionem heres tamen ipso iure remaneat, verumque sit non esse sine herede eum, qui suum heredem habeat quamvis se abstinentem l. cum quasi 30. §. sed et si suus D. de fideic. libert. quod planè sufficit ut actiones omnes ipso etiam iure in fideicommissarium transferantur. Nec ea hereditatis restitutio immixtionem ullam inducit, quoniam alienanda & transferenda potius quam acquirenda hæreditatis animo fiat, dicique soleat non velle heredem esse eum qui ad alium transferre velit hereditatem l. non vult 6. de regul. iur. De illo igitur duntaxat quæri potest, Cur in seruis heredibus institutis qui necessarij sunt heredes, necessaria sit immixtio priusquam restitui per eos hereditas possit. Et puto non esse necessariam immixtionem ad hoc ut actiones quæ iis aut in eos competunt, in fideicommissarium transferantur. Cum enim vsque adeo necessarij heredes sint, ut nec abstinenti beneficium habeant, nihil ea immixtio potest facere aut addere, quod magis hereditas iis acquiratur, aut fideicommissario restituatur. Sed vel ob eam maximè causam constitutum dico, ut iubeantur & cogantur se immiscere, quod iis nullo casu permittat Prætor ut se abstinere possint: quod ipsum tamen permittere

mittere videretur, si seruum recusantem & suspectam dicentem non cogere ad immixtionem. Permittit sanè Prætor interdum ut bonorum separationem impetrare possint, id est, ita demum si patroni bona non attigerint l. i. §. ult. D. de separat. Nimirum, quia cum petunt separationem eo ipso fatentur & agnoscunt se heredes esse: alioqui si confusio nulla facta esset per hereditatis acquisitionem, nec separatatio fieri posset. Requirit tamen ut patroni bona non attigerint: Non quod eò minus heredes sint, cum non attigerunt, sed quia nulla ratio sit iis subueniendi qui non tantum iuris potestate sed proprio quoque facto & sponte sunt obligati arg. l. si filius 12. D. de vulg. & pupill. substitit. Magna enim seruis ad fraudes in patroni hereditate creditorum damno comminiscendas fenestra patefieret si post immixtionem, bonorum impetrare separationem iis liceret. Ideoque non perpetuo Prætoris edicto beneficium separationis habent, quomodo sui & necessarij beneficium abstentionis, sed decreto ea impetranda est d. l. i. de separat. in princip. id est, causa cognita. Quo exemplo æquissimum esset publicæque utilissimum, idem Principis lege constitui in iis heredibus quos tam frequentes hodie cernimus implorare beneficium legis & inuentarij, fraudandorum creditorum consilio, tametsi opulentissima sit & modico ære alieno onerata hereditas, potius quam ut sibi consulant, latensque aditionis periculum effugiant.

Ad l. cum de in rem verso 6. de usur. & l. i. C. de fideic.

CAP. VIII.

DERVVLGATA est in scholis & in foro illa nostrorum traditio, Si quid per continuum decennium probetur uniformiter præstitutum, & ex ea causa quam lex pro iusta habeat, iure præstitum videri, ita ut ex iis præstationibus nascatur actio in eum qui debitor dicitur, ut id ipsum in futurum quoque perpetuo præstet, si modò solutionem ex tali causa factam non solum alleget creditor, sed etiam probet, tametsi eius causæ probatio nulla proferatur. Sic enim Bart. & post eum cæteri ad l. cum de in rem verso 6. D. de usur. eamque sententiam receptissimam esse testatur ex recentioribus Dyac. Couarr. in 2. part. relect. cap. possessor §. 4. num. 2. & ante eum Carol. Molin. De contr. usurar. quæst. 20. num. 205. & seqq. Iure, inquiunt, præsumpti tituli, quanuis non desint qui iure Canonico continuas quadraginta annorum præstationes requiri existiment, quos refert & sequitur Guid. Papius quæst. 407. & 408. quod in rebus ecclesiæ & ad integrum in iis ius acquirendum admittunt interpretes iuris ciuilibus, sed in cæteris causis sequuntur Bartolum, non aliis fulti legibus, aut rationibus, quam quod ea Papianiani sententia fuisse videatur in d. l. cum de in rem verso, à Iustiniano non obscure, ut putant, comprobata in l. litibus 20. C. de agric. & censu lib. ii. tit. 47. Mihi verò probari hæc traditio nunquam potuit, quippe quæ sit à iuris ratione cetissimisque principiis omnino aliena. Etenim si verum est, quod omnes fatentur, tempus non esse modum tollendæ obligationis l. obligationum ferè 44. §. placet. D. de obligat. & action. multò minus inducendæ esse poterit: Extantque in hanc rem apertissima Imperatorum rescripta & Iurisconsultorum responsa in l. si certis annis 28. C. de pactis. l. creditor 7. C. de usur. l. operis trigesima prima. D. de oper. libert. quibus omnibus locis

non est quod cum Bartolo respondeas titulum habilem non præcessisse. Nō enim aliam rationem habent quàm quod ea quæ certis annis præstita fuerāt, non essent promissa. At qui non eō magis promissa dici possunt quod titulus habilis præcessisse dicatur, nisi reuera promissio aut quid aliud præcessisse probetur. Adde quod etiāsi libertus operas præstitit quasi à se debitas ex causa manumissionis, quas tamen nō promiserat, non idcirco in posterū præstare cogi potest, quamuis iusta illa causa sit, ad eō ut naturalē quoque obligationem inducat, nec possit libertus præstitas operas condicere l. si non sorte 26. §. libertus D. de cōdict. indeb. Idēque ferē in vsuris tractari potest. Nā licet promissio non sint, solutæ tamen, si fors fuit debita, condici non possunt d. l. si non sortem in princip. ex quo apparet quasi naturaliter deberi eas ab illo qui aliena pecunia pro arbitrio vsus sit. Neque tamen eō magis debentur in futurum quod per multos annos solutæ fuerint, si promissio non sint. d. l. creditor. Mouet me etiam non parum, quod in l. j. C. de fideic. qua nostri in suam sententiam abutuntur, non aliter deberi alimenta cōstitutum est, quàm si ea testatoris voluntas fuisse probetur, quamuis & alimentorum & vltimæ voluntatis licet inutilis, fauor concurreret. Nam de alimentis inutiliter relictis, hoc est in vltima minùs solenni voluntate, eam legem intelligendam esse omnes consentiunt, & vel ex eo maximè apparet, quod alioqui omnimodo alimenta deberentur, etiam si numquam essent præstita. l. cum vnus 10. §. j. l. libertis 18. §. j. de alim. legat. At ut deberi rescriptum sit, illud dūtaxat fecit quod minùs solennem illam defuncti voluntatem heres agnouerat ut in l. 2. & l. si veritas 23. C. eod. tit. de fideic. Agnouisse porrò constabat, quia per triennium alimenta & vestiaria fideicommissario præstiterat. Breuius sanè tempus sufficere non potuisset, ut ostendunt verba illa *non minùs in tali causa triennio*. Sive quod alioqui propriam potius quàm defuncti liberalitatem exercuisse videri possit in hominem inopem, qui alimentis & vestiariis indigeat, siue quod in fideicommissio tot annuarum præstationum, non videatur vna aut altera probare satis animum heredis voluntatem defuncti sequentis. Nam si voluntas testatoris vno actu impleri posset, puta si fundus per fideicommissum relictus esset, nihil aliud requireretur quàm ut semel esset traditus, quia nec sæpiùs tradi posset d. l. 2. eod. Cùm igitur in alimentis quorum causa toto iure tam fauorabilis est triennalis, aut etiam si voles decennalis aut vicennalis præstatio non sufficiat: (illa enim verba *non minùs in tali causa triennio* probant satis nihil referre quanto tempore præstita sint alimenta, dummodò non minore quàm triennio) nisi præterea constet de testatoris voluntate. Constet, inquam, non sola allegatione, sed exacta probatione fideicommissi, ut lex docet iis verbis *si probaueris*, quis admittat in aliis debitis quæ minùs fauorabilia sint, solam tituli allegationem sufficere posse? Est enim ius illud singulare in fideicommissis ut etiam ex inutili minùsque solenni voluntate, quam tamen heres quomodocunque agnouerit, debeantur, quod ex eius qui rogatus est conscientia potissimùm pendeant d. l. 2. arg. l. fideicommissum 62. D. de cōdict. indeb. quod in cæteris causis adeoque vel ipsis legatis non similiter dici potest, si in testamento minùs solenni relicta proponantur (quamuis alioqui maxima sit legatorum & fideicommissorum adfinitas) nisi alimentorum præstationē titulus aliquis præcedat, ut in l. quædam mulier 41. D. famil. ercisc. in cuius tamen specie caue ne putes inutiliter legata fuisse alimenta. Nam quod lex ait *nullo enim iure id eum*

eum fecisse ad iudicem qui libertos inter coheredes diuiserat, referendum est, non ad testatorem qui alimenta libertis vtiliter reliquerat, ut apparet ex l. vlt. D. de iur. patron. Neque facere pro Bartolo potest elegans illud Papiniani responsum quo omnes mouentur in d. l. cum de in rem verso. Primum, quia nihil est in ea lege ex quo possit conici solutas fuisse vsuras per integram decennium. Illa enim verba *longo tempore* licet, cum de longi temporis præscriptione agitur, expriment decennium inter præsentis & vicennium inter absentes tot. tit. C. de præscript. long. tempor. & de vsucap. transform. Ut & in specie l. si cum fideicommissa 16. §. Aristo D. qui & à quib. manum. plerunque tamen aliam habent significationem, quemadmodum in l. nunquam in vsucapionibus 31. in princip. D. de vsucap. ut & illa *per multum temporis* quæ ad triennium coangustantur in d. l. j. C. de fideic. Et in proposito id sanè sibi Papin. voluit solutas fuisse à patre vsuras quandiu vixit, quatumcunque tandem id tempus fuerit. Nam & semper fecisse dicitur, qui fecit quandiu vixit l. aduersus 5. C. de vsur. vbi malè etiam Baldus quod lex ait *semper* interpretatur de triennio aut ad summum de decenio, vel vicennio. Qui enim dicit semper à te factū, intelligit proculdubio quod feceris in hodiernum vsque diem, aut si iam decesseris, in tempus vsque mortis tuæ. Itaque plus est dicere *semper* quàm *longo tempore* si plus quàm decennio vixeris Minus, si intrà decennium obieris, & longum tempus pro decennio accipiatur. Deinde non exprimit Papin. solutas fuisse vsuras tanquam ex stipulatione debitas, quod tamen, si nostris credimus, necessariò requireretur. At neque ponit solutas fuisse quasi debitas ex natura actionis competentis De in rem verso. Quod tamen etsi factū esset, nihil prodesset, quia titulus De in rem verso non magis habilis est quàm pactum nudum ad inducendam vsurarum obligationem. Nisi stipulatio interuenerit l. si pro patre 10. §. sed vtrum D. de in rem vers. Præterea, quod præcipuè obseruandum est, non quærit Papinianus in illa specie An vsuræ in futurum debeantur, sed an debeantur pro eo tempore quod præterit in illum vsque diem quo De in rem verso actū sit. Proponebatur enim actum de in rem verso ad solutionem fortis, nec nisi incidenter mota quæstio de vsuris præteriti temporis quæ simul cum sorte exigebantur. Denique nullam longi temporis rationem eo loco haberi constat manifestissimè ex sequentibus, in quibus Papin. subiicit Imperatorem Seuerum filia Flauij Athenagoræ, cuius bona fuerant publicata, de filco numerari decies centena millia iussisse ideò quod allegasset illa patrem dotis vsuras præstitisse. Nam nec sæpius quidem vsuras à patre præstitas ponit, nec longi temporis vllomodo meminit. Idque & Molin. ipse fateri cogitur in dict. tract. De contract. vsur. quæst. num. 207. vbi tamen malè scribit satis Papiniano cōstitisse de dotis debito ex aliis probationibus. Quod si ita erat, dici vix poterit qua de re consultus Imp. proponeretur. Cur enim de dotē dubitaretur si deberi eam constabat? De vsuris sanè aut præteritis aut futuris tractatum non fuisse ex eo apparet quod iussit Imp. decies centena dari filia dotis nomine, hoc est pro dote non pro vsuris dotis. Neque enim dotis appellatione veniunt dotis vsuræ l. vir vxori 54. de donat. int. vir. & vxor. Papiniani igitur, quod ad secundum illud responsum attinet, hæc sententia est, Motum fuisse Imper. ut dotem de cuius promissione non cōstabat, filia deberi pronunciaret, quia dotis vsuras à patre præstitas apparebat. Vsurarum enim solutio præsupponit debitum fortis. Et quamuis ex sola vsurarum solu

tione non probetur fors debita d.l. si non fortem 26. in princip. de cond. in deb. dotem tamen à patre filiae nuptae datam verisimile erat: Alioqui publicatis bonis patris indotata esse filiam, nec vllum ad bona patris regressum habere, non tantum inhumanum esset, sed etiam inuidiosum. In summa æquissimum est fiscum qui ex causa publicationis omnia patris bona habeat, præstare filiae dotem quam pater debere voluerat, & filiae aliquando soluere destinauerat. Quod tamen quoniam æquitatis specie quadam sumpta ex favore filiae & odio fisci, potius quam stricta iuris ratione nititur, fuit in eam rem necessarium rescriptum Imp. nec Papinian. aut alius Iurisconsultus, vt arbitrator ita respondere potuisset. At quid hoc, iniquis, commune habet cum primo legis responso? Ex eo nimirum intelligimus quam malè nostri primum illud Papiniani responsum interpretentur.

*Vera nouaque interpretatio d.l. cum de in rem verso. & l. libibus 20.
C. de agricol. & censit. lib. II. tit. 47.*

CAP. IX.

UT O Papiniani sententiam illam esse vt heres patris aut domini in cuius rem verso erat, debeat vsuras totius illius temporis quod à die mortis defuncti præterierit in illam vsque horam qua de in re verso actum sit, non ratione illa quam nostri comminiscuntur, quod per decennium aut aliud longum tempus essent præstita: Neque item quod causa vlla allegaretur, aut probaretur, quæ vsurarum obligationem posset inducere citrà stipulationem, sed ea ipsa quam Papin. exprimit tam apertè vt non potuerit apertius quod eas ipse dominus vel pater longo tempore præstitisset. Quibus verbis ostendit non tam ipsius præstationis rationem haberi, aut temporis quo cõtinuata est quam personæ quæ vsuras præstitit. *ipse*, inquit, *dominus vel pater*. Quasi dicat, non debere heredem recufare solutionem vsurarum quas pater ipse vel dominus à quo causam habeat, & cuius personam repræsentet, præstiterit quandiu vixit. An quod pater ipse vel dominus si viueret cogi hodie posset ex longa illa præstatione, vt in futurum quoque vsuras solueret? Minimè. Obstant enim l. creditor 7. C. de vsur. & l. si certis annis 28. C. de pact. quæ id negant, etiam si pactio nuda præstationem longam præcesserit. Illa si quidem verba *certis annis* non minùs de decem aut viginti quam de duobus vel tribus annis intelligi debent, cum certis annis opponatur dütaxat perpetui l. 4. l. annua 20. in fin. l. cum quidam 23. de ann. legat. An quia præstare heredem oporteat iure hereditario id quod defunctus ipse, si viueret, præstare non cogeretur? Multò minùs l. postulante 44. in princip. D. ad SC. Trebell. Sed quod credibile sit eum qui quandiu vixit vsuras præstitit versæ in rem suam pecuniæ, si diutiùs vixisset, diutiùs quoque præstaturum fuisse, qui scilicet non ignoraret alienam se pecuniam retinentem ex qua lucrum sensisset, obligatum esse naturali quadam ratione ad eius vsuras, licet non promissas, veluti ad *ἀντίδομα* arg. l. si non fortem 26. D. de condi. in deb. Cur non ergo sanam iustamque eius voluntatem heres sequatur? Aut quid eum magis mouere debeat quam exemplum factumque eius cum quo eadè ipse persona esse existimetur? Etsi enim voluntatem mutare defunctus potuit, præsumendum tamen non est fuisse eum mutaturum. arg. l. 3. l. eum qui 22. D. de probat. Et ea ratio cõcludit dütaxat posse heredem quoque mutare volunta-

luntatè, quod sanè verum est, cum nulla obligatione teneatur l. Lucius 32. D. de donat. l. 4. D. pro donat. Sed non facit quin vsuras quas defunctus in diè vsq; mortis præstitit, præstare etiam ipse debeat quousque voluntatè suà declarauerit, easque in futurum præstare se nolle dixerit. A quo demum tẽpore si creditor patitur manere penes eum sterile pecuniã, quã vtrique, si vellet, posset statim exigere, sibi imputer. Denique imago quædam hęc est tacitæ stipulationis, sicut imaginè societatis dixit Iurise. in specie nõ omnino dissimili in l. 5. vlt. D. de bon. libert. illis verbis *vt quod viuus solebat societatis nomine præstare, id post mortẽ præstaret*. Nec sanè nouum est vt ex eo quod facere defunctus solebat colligatur eius voluntas, adeoque nonnũquã fortior quàm quæ ex instrumentis probatur l. prædiis 91. §. Titio de leg. 3. l. j. de reb. dub. nisi specialis aliqua ratio impediatur, vt in l. j. §. 3. de reb. cor. qui sub tutel. propter pupilli vtilitatè, & Senatuscõsulti, de quo ibi agitur, autoritatè. Porro voluntatè defuncti heredem sublequi semper æquum est l. purè 5. §. præterea de dol. except. eo etiã interdum casu quo implendæ eius obligatio nulla sit, quasi sola voluntatis autoritas deficiente quoque iure sufficere debeat, vt in l. Quintus 7. de ann. lega. l. in testamẽto 38. D. de fideic. libert. l. si ego 9. §. j. D. de iur. dot. l. 2. si veritas 23. C. de fideic. Et quemadmodum contingit aliquando vt plus possit heres quàm defunctus l. reperitur 84. D. ad leg. falc. l. 7. l. si per imprudentiam 51. §. non mirum D. de euct. Ita euenire contrã potest vt voluntatè mutare heres nequeat quã defunctus mutare potuisset l. 3. D. de seru. export. quod & in donationibus inter virum & vxorẽ accidit, quas cum donas ex sola pœnitentiã reuocare possit, si tamen nõ reuocauerit, heres eius reuocare nõ potest l. cum hic status 32. §. ait oratio & pass. D. de donat. int. vir. & vxor. Proinde nec mirum videri debet si in specie d.l. cum de in re verso. inuitus heres præteriti tẽporis vsuras debeat, quas inuitus defunctus, si viueret, non deberet. Nã & idẽ ferè euenit, si dotis vsuras in stipulatũ deductas vir quãdiu viuit ab vxore nõ petierit, vt donasse ille videatur, earũque petitio heredi non superfit, quæ tamen ipsi marito, si viueret, superesset. l. vir vsuras 54. D. de donat. int. vir. & vxor. Quod si defuncti negligentia in nõ exigendis vsuris quas in stipulatũ deduxerat inducit vsurarũ remissionẽ ex cõiectura voluntatis, idque in præiudiciũ nõ stipulatoris, qui viuus posset exigere, sed heredis eius, Vtrique eadẽ ratio faciet in cõtrariũ vt defuncti diligentiã in soluendis vsuris, quas nõ debuit, heredi noceat, tametsi nocere ipsi soluenti nõ potuisset si in solutione cessare nec ampliùs eas soluere voluisset. Nõ enim credendus est quispiã velle heredi suo parcere magis quàm sibi, aut in heredis sui persona soluendarũ vsurarũ necessitatem improbasse quã in sua probauerit, sibi que vltro versæ in re suã pecuniæ cõsciẽtia imposuerit, sicut & qui sibi cõsulit heredi quoque suo perinde cõsulere intelligendus est, vulg. l. si pactũ 9. D. de probat. Accedit quod existimadũ sit creditorem qui à patre aut domino, in cuius re versũ est vsuras annuas accipere solitus erat, idcirco distulisse fortis exactiõnẽ, nõ alioqui dilaturus, nec de vsuris cũ herede postea cõtẽdẽdi materiã habiturus. Nã sicuti qui in futurum vsuras à debitore accipit, tacitè pactus videtur ne intrã id tẽpus fortè exigat l. qui in futurum 57. D. de pact. l. 2. §. non malè D. de dol. mal. excep. l. vlt. de eo quod cert. loco. Ita ex cõtrario qui vltro indebitas vsuras soluit pro præterito tẽpore, nec præmonet nolle se in posterum soluere, impellit creditorẽ vt ea percipiendarũ futuri temporis vsurarũ spe allectus fortis exactiõnem in longius tempus differat, quo elapso & interea defuncto debitore videatur sanè doloso proximus heres eius, si totius præteriti tẽporis

vsuras nondū solutas deneget. Nec ad hunc casum pertinet d. l. si creditor. 7. C. de vsur. quæ nō de herede debitoris loquitur, sed de ipso debitore, cuius lōgē diuersa vt diximus ratio est. Debitor enim qui per lōgū aut etiā si volēs lōgissimū tēpus vsuras soluit quas nō promiserat, voluntatē suā interpretari potest, an id fecerit ex liberalitate, cuius eum iam pœniteat, an vti ne alienā pecuniam in suos vsus impunē vertisse videretur. Ideoque & minores vsuras pro arbitrio præstare potest, & consequenter etiam nullas, quia neque obligatus est, neque ex propria etiam voluntate, nisi per eos modos quos lex induxerit, obligari potest. At heres neque voluntatem testatoris reuocare, neque interpretari potest, nudaque defuncti voluntas ad heredem obligandum sufficit, quæ defunctum ipsum obligare non poterat. Itaque quoad sortem debitam restituat, aut nolle se sub iisdem vsuris pecuniam retinere insinuet, æquissimum est nec à iuris ratione alienum, licet nulla iuris necessitate inductum, vt eas vsuras præstet, quas defunctus præstare solitus erat. Vel ob id maximè quod defuncti fidem secutus creditor, nō ita facilè heredis ipsius fortasse secuturus fuerit. Itēque quoniam agentis de in rem verso causa sit idēo fauorabilior, quod non tantum agat ob mutuam datam pecuniam, sed etiam quod in rem debitoris versa sit, factusque ille locupletior. Enimvero quia casus hic valde singularis est, in quo nimirū vsuræ alioquin odiosæ, quæ non deberentur si pactum nudum præcessisset secuta etiam longi temporis præstatione, vt & nostri fatentur, inhabili scilicet ad agendum causa, debeatur citrà pactum ab herede eius qui si viueret nullas deberet, idque ex vitæ citæ non pactionis quæ minimè sufficeret, sed stipulationis, quæ post mortē demum eius qui vsuras præstare solebat, vires suas exerere incipiat, nec id in futurum omne tempus, sed in eum vsque diem duntaxat, quo declarauerit heres nolle se sub vsuris eam pecuniam retinere, (sic enim omnino intelligi Papinianus debet) necessarium certè fuit rescriptum Imperatoris, ad constituendum ius, quod sola iuris prudentum autoritate constitui vix potuisset. Apparet igitur ex superioribus quàm malè & imperitè hæctenus nostri elegans illud Papiniani responsum in suæ sententiæ comprobationem detorse- rint. Iam verò quod obiciunt ex l. litibus 20. C. de agricol. & censit. lib. ii. tit. 47. longè minus ad rem pertinet. Nam quod lex ait *vel longinqua & inueterata redditum susceptione & paulò post vel redditum frequentissima consequentia* hunc sensum habet, vt fundi dominus, cui per longum tempus reddituū præstatio à colono facta est, non possit ab eo pati cōtrouersiam possessionis, aut dominij, cum ex iis præstationibus appareat colonum quātumuis longo tēpore possederit, fructusque perceperit, non sibi sed domino possedisse. l. male agitur C. de præscr. 30. vel 40. annor. Non autem vt colonus qui per longum aut longissimum tempus certos redditus etiam ex iusta causa domino persoluerit, eosdem in posterum persolvere compellatur. Et, vt breuius dicam, non vult Iustinianus ex ea longa præstatione obligari colonum, si eosdem redditus in posterum præstare nolit (quid enim si fundum derelinquere paratus sit?) sed repelli si eum fundum cuius redditus domino antea per longum tempus præstiterit, tanquam suum vindicare velit, ipsique domino referre quæstionem dominij aut possessionis, vt apparet ex illis verbis *colonorum impetum excludente*. Si quidem longè facilius est dare exceptionem ei qui sit dominus, tuendi dominij gratia, aduersus eum qui mala fide dominium vindicet, quàm actionem in personam eius, qui exsoluendæ fidei potius causa,

quàm

quàm se obligandi animo fundi, quem colebat redditus, per longos annos domino præstiterit. Nec in rem aperta nostri, vt puto, cæcutissent si non iis Papinianus supra scripto responso imposuisset. Minor verò præcipuè Molinæum qui cum in hac quæstione, vt in aliis omnibus, subtilē egerit, maximè in rectoribus aliorū sententiis impugnandis, hac parte tamē communē errorem secutus sit. Nam si quis alteri obsequia clientelarum certi fundi nomine per decennium continuum præstiterit, fatetur quidē ille in Consuet. Paris. §. 7. num. 21. non ideo posse eum cui præstita sint, si nullo alio iure nitatur, ius feudi vindicare: quod & verissimum est. At si de personali iure agatur, locum esse ait legi Cum de in rem verso. Quasi verò actio realis longius tempus requirat quàm personalis: quo absurdus dici nihil potest. Quis enim nesciat obligationes personales difficilius nasci, & difficilius quoque periri? excepto casu l. cum quis; 38. §. vlt. de solut. & l. grege 13. §. etiam D. de pignor. Et ob id nimirum veteribus iuris auctoribus incognitam fuisse earum præscriptionem; cum tamē nec vsucapio rerum immobilium nec longi temporis possessio esset iis incognita. Quin & Iustinianus ipse qui res omnes immobiles vbique terrarum decennio acquiri voluit inter præsentēs, & vicennio inter absentes, l. vnic. C. transf. vsucap. An nō Honorij & Theodosij, itēque Anastasij leges incorrectas reliquit, quibus inductum erat vt personales præscriptiones trigésimo demum aut quadragesimo anno complerentur? l. sicut l. omnes l. comperit. C. de præscript. 30. vel 40. annor. Sed neque illud probare possum quod nostris tam constanter placere video: eū qui per triginta annos continuos annum quid vniformiter præstiterit ex iusta aliqua causa vsque ad eō obligatum intelligi ad futuras præstationes, vt ea præscriptio ius firmū tribuat illi cui solutiones factæ sunt, nec quicquam pro sit falsam & erroneam probari causam solutionum. Sic enim Molin. post alios in dict. tract. De contract. vsur. quæst. 20. Nam etiā non ignoro præscriptionem triginta annorum habere locum nullo etiam concurrente titulo, puto tamen id eō pertinere vt actionem quæ alteri competebat possit excludere, non autem vt ius actionis quæ præscribenti nunquam competiit, possit ei acquirere. Ipsum siquidem præscriptionis nomen non acquisitionem significat, quomodo vsucapionis, adiectionem dominij l. 3. D. de vsucap. sed exceptionem tantum. l. qui agnitis xi. & pass. D. de except. l. 3. D. de præuaric. l. 2. C. de precib. Imp. offer. l. si nō conuicij 5. C. de iniur. Et ex iis ipsis Imperatorum constitutionibus quæ longissimi temporis præscriptionem nouo iurē induxerunt, apparet nihil aliud eos egisse quàm vti ne vlla actio ultra longissimum tempus viueret, non etiam vt ex eo temporis lapsu actio aliqua acquireretur. Est namque difficilius, vt modò dicebamus, actionem dare quàm exceptionem, secundum iuris regulam, l. inuitus 156. §. cui damus de regul. iur. l. i. §. his autem de superfic. l. creditori 5. C. de pact. cap. qui ad agendum de reg. iur. in 6. Et ex contrario longè facilius fuit legislatori constituere vt tempus modus esset tollendæ saltem per exceptionem actionis, aut obligationis, quàm vt fieret modus inducendæ. Quare, vt dicam quod sentio: Non puto ex vllis præstationibus quantumuis vniformibus, & per longissima tempora continuatis acquiri posse actionem præscribenti, nisi tempus id effluerit quod hominum memoriam excedat. Hoc enim solo casu, & præterea nullo constituti iure habetur quod per tot tempora vniformiter præstitum appareat. Nec de errore quæstio vlla referri potest, cum

d. j.

nec necesse sit ut causa vlla allegetur ex qua solutiones factæ sint l. n. §. vlt. de aqua & aquar. plu. arc. l. 3. §. ductus aquar. de aqua quotid. & estiu. Dyac. Co. uarr. in 2. part. relect. cap. possessor §. 4. num. 4. Molin. d. quæst. 20. num. 206. in princip. De quo tamen videnda sunt quæ nos pluribus in Codice nostro Sabaudico scripsimus.

De bonorum vacantium vsucapione aduersus fiscum. Ad l. quamuis 18.

D. de vsucap.

C A P. X.

NON potuerunt iure vetere fisci res vsucapi, eę scilicet quæ fisco iam acquisitæ, & ut nostri loquuntur, incorporatæ essent. l. vbi lex 24. §. vlt. D. de vsucap. l. 2. C. commun. de vsucap. Quæ verò delatæ tantum vsucapi potuerunt, ut puta, bona vacantia nondum nuntiata, quæ fisco deferrebantur ex lege Iulia caducaria, ut Vlp. refert in Titulis, tit. 28. §. 1. in fin. Nam si ex eiusmodi bonis vacantibus fisco nondum nuntiatis bona fidei emptor traditam sibi rem accepisset, iam olim Papin. respondit, & ab Imp. rescriptum est potuisse vsucapionem procedere §. res fisci Instit. de vsucap. hoc est earum rerum dominium biennio acquiri. Id enim fuit vsucapionis tempus lege 12. tabul. prescriptum ut idem Iustin. testatur in princip. d. tit. de vsucap. & in l. vnic. C. de vsucap. transf. Cui consequens est non fuisse eo casu locum præscriptioni quadriennij, quæ aliàs locum habebat contra fisco bona vacantia nondum nuntiata, post quadriennium vindicantem. l. 1. C. de quadrienn. prescript. Nam qui rem vsuceperat biennio, atque ita dominium sibi quæsiuerat (est enim vsucapio adiectio, aut ut alij legunt, adeptio dominij l. 3. de vsucap.) non indigebat quadriennij præscriptione, quæ ut cætera præscriptiones omnes, nihil aliud quàm exceptio est, sicut superiore capite diximus. Quomodo enim locus esse possit exceptioni vbi actio nulla superest? cum in id tantum comparata sit exceptio, ut actionem excludat l. 2. D. de except. Extrà eum casum si possessor emptionis titulum aliumve non haberet, cum non posset vsucapio procedere sine titulo. l. Celsus 27. de vsucap. necessaria erat præscriptio quadriennij d. l. 1. C. de quadr. prescript. Nisi fortè quis putet fuisse etiam necessariam si donationis aut alterius lucrativæ causæ titulum possessor habuisset. Fuisse enim hac parte differentiam aliquam inter donatarium & emptorem, minusque fauorabilem visum donatarium in ipsa quoque longi temporis possessione, constat satis ex Iustiniani constitutione in l. super longi 11. C. de long. temp. prescript. cuius tamen verba illa *perspicio iure sancimus*, non obscure significant latam eam legem dubitationis tollendæ gratia, ne quis fortasse hac in re lucrativam causam ab onerosa fecerneret, potius quàm quòd ita ius antea esset ut fecerni deberet. Nam & olim potuisse longi temporis possessionem ex causa donationis procedere apparet ex l. locus 26. D. de acq. possess. si non ille locus immutatus est à Triboniano respiciente ad illam Iustiniani legem, itémque ad Constitutionem de vsucap. transform. ut per longam possessionem capi, scripserit pro eo quod Iurisc. dixerat vsucapi. Id enim ab eo factum plerisque aliis locis, & antè nos Jacob. Cuiacius, & ex recentioribus doctissimus quisque non minus verè quàm subtiliter obseruauerunt, ac ex iis quæ mox subiiciemus manifestissimè intelligetur. Certè quadrien-

triennij præscriptionem de qua in d. l. 1. C. de quadr. prescr. non potuisse locum habere in emptore bonorū vacantium nondum fisco nuntiatorum, ex eo apparet quòd emptor hic vsucapere poterat d. §. res fisci Instit. de vsucap. Vsucapionem verò cum quadriennij præscriptione concurrere nec iuris ratio olim patiebatur, nec hodie patitur. Ex quo moueor ut putem responsum illud Modest. quòd extat in l. quamuis 18. D. de vsucap. cum prorsus expressum sit ad Papiniani sententiam à Iustin. relatum in d. §. res fisci, non posse intelligi de quadriennij præscriptione in illis verbis, *diutina possessione*, ut male quosdam interpretatos video. Nec rursus de longi temporis possessione, ut alij explicat. Siquidem Modestini temporibus & antè Iustinianum distincta prorsus erant locis, & rebus, ut etiam tempore iura vsucapionis & longæ possessionis. Nec quæ res poterat vsucapi, eadem poterat etiam per longam, hoc est decennale possessionem acquiri, quoniam peracto biennio dominium iam ex vsucapione quæsitum non poterat magis fieri possidentis. Ergo cum vsucapio illo casu locū haberet ut Papiniano & Imp. teste ac probate Iustiniano, visum est, eamque speciē Modest. tractet in qua haud dubiè vsucapio procederet si res cum fisco non esset (sic enim ille *quamuis aduersus fisco vsucapio non procedat*, ne fortè putes agere eum de re provinciali quæ non vsucapi, sed diutina tantum possessione acquiri potuerit) non potuit in illa specie emptorum bonorum vacantium, prius quàm fisco nuntiarentur, locus esse diutinæ possessioni. Proinde fateri necesse est corruptū Modest. responsum à Triboniano, suppositaque verba illa *diutina possessione capiet* pro eo quòd Modest. post Papinian. scripserat *vsucapiet*. Hoc verò propter illam vsucapionis transformationem quæ à Iustin. facta est in d. l. vnic. C. de transf. vsucap. translato iure vsucapionis in ius longæ possessionis. In quo tamè ve reor ne alios decipere volens Tribonianus ipse deceptus sit. Hic enim casus vnus est, à nemine forsitan adhuc obseruatus, quò videatur dici posse incorrectū manere ius vetus vsucapionis, ut etiam hodie bona vacantia nondum fisco nuntiata vsucapiantur biennio. Mouet me, quòd illa Iustin. Constitutio in d. l. vnic. non sustulit nec transformauit præscriptionē quadriennij, cuius ne meminit quidem. Ea porro manente dico absurdū esse, ei qui quadriennij præscriptione tutus sit necessariam dicere longioris temporis possessionē. Nam quadriennij præscriptio ei demum proderat qui titulum nullum aut etiam si voles id conicere ex d. l. super longi 11. C. de long. temp. prescript. qui lucrativum habuisset. Quem tamen nemo dixerit melioris conditionis esse, debere, quàm qui ex emptionis aliæue onerosæ causæ possideat. l. quod autè 6. §. simili modo l. vlt. §. 1. D. quæ in fraud. credit. Et in hoc errauit etiã grauius Bartol. existimans quadriennij illud computandū fuisse à die nuntiationis, cū tamè certū sit: imò verò nuntiandis bonis fuisse prescriptū l. intra quatuor 10. §. 1. D. de diuers. temp. prescr. l. quia autè 6. §. certè si vacatia D. si quis omiff. caus. test. l. 1. §. Diuus Pius de iur. fisc. Facta enim nuntiatione constat nec vsucapioni locū fuisse nec præscriptioni quadriennij d. §. res fisci, at ne quidē possessioni longi tēporis, cum neq; id vspici traditū sit, neque fauorabilior in prouinciis esse potuerit longæ possessio, quàm in Italia vsucapio. Igitur viginti annorū præscriptio erat necessaria, Ex regula l. in omnib. 13. de diu. temp. prescr. eritque hodie, etiã si titulus cū bona fide cōcurrat. Neque. n. abrogata est d. l. in omnib. Sed & non facta nuntiatione si quid sit quòd quadriennij præscriptionē impediatur, puta priorū delatorū præuaricatio qui facta denuntiatione

destiterint d. l. in trā quatuor in princip. d. l. j. §. vlt. de iur. fisc. puto nec fuisse olim nec esse hodie locum præscriptioni minoris temporis quā viginti annorum. Non solum si nullus sit titulus, quem sanè constat non minus ad longam possessionem quā ad vsucapionem fuisse esseque necessarium d. l. vnic. C. de vsucap. trāsform. sed etiam si titulum bonæ fidei possessor habeat, quia casus hic, vt probauimus, non pertinet ad Iustiniani Constitutionem. Ideoque succedit regula d. l. in omnibus, quæ viginti annorum præscriptionem requirit in omnibus fisci quæstionibus, in quibus breuius tempus statutum non est. Cuius præscriptionis, vt hoc etiam adnotemus, vis proprium illud est, vt currat etiam cum mala fide l. 2. D. de requir. reis. Guid. Pap. quest. 416. num. 14. Idèd fortasse quòd nec in mala fide, verè constitutus videatur possessor quādiu ignorat an iure suo fiscus vti velit. Quia etiam ratione comparatum est vt is cuius res ipso iure commissa est ob non solum fisco vectigal, præscribat nihilominus quinquennio l. 2. C. de vectig. & commiss. licet quod commissum est statim desinat eius esse qui crimen contraxit l. commiss. 14. D. de public. & vectigal. Nec aliud iure Canonico seruabitur, quòtamen inductum fuit vt nulla cum mala fide præscriptio dari possit cap. vigilanti & cap. vlt. Ext. de præscript. sanè quòd in rebus fisci olim obtinebat vt vsucapi non possent, hæcenus immutatum est ex posteriorum Imp. constitutionibus, vt quadraginta saltem annorum præscriptione fiscus si eas vindicet repellendus sit l. omnes 4. l. comperit C. de præscr. 30. vel 40. annor. Iunct. tit. de bon. vacant. & incorpor. lib. 10. C. tit. 10. scripsi latius in Codice.

Filium familias iure vetere fuisse acquisitionis capacem.

C A P. IX.

VLGO creditur non fuisse filium familias iure vetere acquisitionis capacem, in eoque parem eius & serui conditionem extitisse. Quasi hac parte eadem vis esset patriæ & dominicæ potestatis, vt quemadmodum per seruum domino acquirebatur, ita & per filium familias patri quæreretur ex omnibus causis. Adèd vt ne momento quidem temporis in filij familias persona consistere acquisitio posset l. placet 79. D. de acquir. hered. l. 1. D. si à parent. quis manum. Vnde tam frequens illa in libris nostris seruorum & filiorum familias comparatio, præsertim quoties de acquisitione tractatur. Ego verò didici, vt in aliis permultis, de quibus nunc dicere nil attinet, ita hac in re longè maximam inter eos fuisse differentiam. Serui enim vsque adèd erant acquisitionis incapaces, vt dominis suis omnia acquirerent etiam inuitis, idque ex omnibus penè causis l. etiam 32. D. de acquir. rer. domin. Ita vt si vetante etiā domino seruus ab alio stipulatus esset, nihilominus domino promissorem obligaret l. seruus vetante 62. de verb. obligat. solaque ferè hereditatis causa excepta erat, cum seruo heredi instituto non liceret hereditatem adire nisi præcedente iussu domini, sicut nec filio familias nisi præcedente iussu patris, propterea quòd cum hereditas habeat commoda & incòmoda obligeturque per aditionem quisquis heres fit, absurdum & iniquum videretur: alterius facti eius maximè qui fit in potestate alium obligari l. qui in aliena 6. D. de acquir. hered. Melior enim patris & domini condicio per filios & seruos fieri poterat, sed deterior non poterat l. melior 133. de reg. iur. l. contrā 28. §.

28. §. vlt. de pact. l. pen. D. deposit. cum similib. At filij familias tametsi volētibz parentibus acquirebant omnia, inuitis tamen acquirere non poterant, sed quæ parentes acquiri sibi nolebant, ea demum filiis familias quærebatur, quasi acquisitionis capacibus si parentes consentirent. Hinc illud erat, quòd si pater filio quem in potestate habebat rogatus esset hereditatem restituere, & pater suspectam diceret, cogi posset per filium vt adiret & restitueret l. cogi 16. §. si pater filio D. ad SC. Trebell. quòd in seruo etiā cum libertate per fideicommissum substituto non perinde obtinebat, vt ibidem Vlp. subiicit in §. sed si seruo. Nimirum quia cum euidentis esset voluntas patris nolentis acquiri sibi hereditatem quam suspectam habebat, nihil obstaret quominus eam filius fideicommissarius sibi acquireret. Non idem erat si sponte pater adisset, & purè restituere hereditatem rogatus fuisset. Patri enim hereditas acquirebatur, quamuis voluntas testatoris refragari videretur. Propter quā causam qui parentibus acquiri nolebant, rogabant patres vt liberis suis, cum in potestate esse desissent, restituerent. Inde illud etiam fit vt si quis filio suo cum in potestate esse desierit, hereditatem restituere rogatus, in fraudem fideicommissi quid facere probetur, cogendus sit statim restituere, inflicto & repræsentato damno conditionis propter fraudem, vt Papin. loquitur in l. Imperator 50. eod. tit. quòd sanè fieri nō posset si patria potestas quæ cautionis inter patrem & filium interponendæ remedium impedit, dominij quoque acquisitionem in filij persona impediret. Eòdem pertinet quòd Vlp. ait in l. is qui heres 13. §. vlt. de acquir. hered. neque patrem sine filio neque filium sine patre repudiando alterum alteri nocere, sed utroque simul debere repudiare, siue testamentaria siue legitima hereditas filio obuenerit. Nimirum vt intelligamus, Repudiante patre delatam filio hereditatem posse filium velle eam sibi acquisitam. Quòd in seruo secus est, cui delatam hereditatem aut bonorum possessionem solus dominus repudiare potest, quia nec si dominus vellet, posset eam seruus sibi acquirere. Vnde illud quoque non immeritò fortasse mirari quis possit, Cur hereditatem sibi delatam filius familias adire non possit citrà iussu patris d. l. qui in aliena: cum nolente patre sibi eam acquiri, futurum esset vt ipsi filio qui sponte adisset quæ sita videretur. Sed dicendum est ea ratione sic comparatum, quòd in suspenso manere non possit vis & potestas aditionis, quam tamen suspendi oporteret in id vsque tempus quo pater voluntatem suam declarasset, si interea filio adire liceret. Quandoquidem nec antea heres fieri pater posset nisi ignorans & inuitus, quòd iuris ratio non patitur, nec filius ipse ex aditione obligari, cū nō aliter sit acquisitionis capax quā si nolit pater sibi per eum acquiri. Itaque cum patris potior sit causa quā filij in ea etiā acquisitione quæ per filium fit, prius exploranda est voluntas patris: Alioqui semel facti herede filio, non posset amplius per eum heres fieri pater, quia semel heres semper heres perseuerat l. ait Prætor. 7. §. sed quòd Papinianus D. de minor. l. ei qui soluendo 88. D. de hered. instit. Idemque in bonorum possessione obtinet, nisi quòd iussu præcedere necesse non est, sufficitque subsequi rati habitationem d. l. qui in aliena. §. j. l. vlt. §. j. quis ord. in bonor. poss. seru. l. j. C. qui admitt. ad bon. possess. poss. idèd fortasse quòd aditio solennior esset, nec aliter valere posset quā si fieret eo modo quo fieri deberet, & ita vt confestim hereditas ex ea acquireretur, cum esset actus legitimus cuius potestas nulla mora suspendi poterat l. actus legitimi 77. de regul. d. iij

jur. Eaque etiam Ulpiani sententia est in l. placet 79. D. de acquir. hered. cum scribit, Quoties acquiritur per aliquem hereditas vel quid aliud, ei in cuius potestate sit confestim acquiri ei cuius est in potestate, nec momento aliquo subsistere in persona eius per quem acquiritur. Ita significans non tantum aditionem hereditatis in suspenso esse non posse, sed ne ipsam quidem acquisitionem, siue hereditas adita, siue bonorum possessio petita sit d. l. ult. §. j. quis ordo. In quo tamen obseruandum est, quod vulgo nostri non animaduertunt, non sic Ulpianum loqui, ut dicat semper acquiri nobis per eos quos in potestate habemus, ut ne momento quidem temporis in eorum persona consistat acquisitio: sed *quoties, inquit, acquiritur*. Innuens, non igitur semper acquiri. Atqui per seruum quandocumque acquirit semper acquiritur domino, quia sibi acquirere ille nullo casu potest nisi ea quae sint meri facti l. qui heredi 44. de condic. & demonstr. l. legatum 21. De adim. legat. l. quod seruus 24. D. de acquir. possess. Ergo vel ex eo maxime loco colligas posse interdum filiumfamilias acquisitionis capacem esse. Id verò euenit vno illo casu si pater acquiri sibi nolit. Et ratio differentiae inter filiumfamilias & seruum euidentis est, quoniam filiusfamilias habet personam integram, nec iure ciuili incognitam, ob idque tam ex contractibus quam ex delictis competit in eum iure ciuili actio l. tam ex contractibus 57. D. de iudic. Serui verò persona nec integra nec vlla est, quippe qui iure ciuili pro mortuo habeatur l. quod attinet 32. de regul. iur. adeoque comparatur quadrupedibus l. 2. D. ad leg. Aquil. Hac cum ita sint, difficile videtur intelligere, cur iure vetere donare pater filiofamilias non posset l. donationes 31. §. pater D. de donat. l. 2. C. de inoff. donat. l. si donatione 13. C. de collat. l. siue emancipatis 17. C. de donat. Nam si verum est, quod probauimus, fuisse filiumfamilias etiam iure vetere acquisitionis capacem volente patre, quid apertius est quam velle patrem acquiri filio quod ipse filio donet? At respondeo non impediri donationem ex eo quod filiusfamilias incapax sit acquisitionis, ut imperite nostri sentiunt, sed quia donatio valere nulla possit quin obligatio inter donantem & donatarium contrahatur, & quidem ciuilis ut ex causa donationis conueniri donator possit ad praestandum id quod stipulanti donatario promiserit, vel ut donatae rei & traditae dominium in donatarium translatum irreuocabiliter censeatur. At inter patrem & filium contrahi obligatio ciuilis non potest propter ius patriae potestatis d. l. Imperator 50. ad Trebel. Neque igitur fieri queat ut filiofamilias donare pater quicquam possit. l. 4. D. pro donat. Planè emancipato dare iam olim potuit d. l. siue emancipatis l. ut liberis C. de collat. quin & filio naturali tantum l. omnes 17. §. Lucius D. quae in fraud. credit. Non quòd habeant hi personam acquisitionis capaciore, sed quòd in illis cesset ratio illa & impedimentum patriae potestatis, cum nec naturales filios habeat in potestate pater nisi quos & ex legitimo matrimonio suscepit & in familia semper retinuerit §. j. Inst. de patr. potest. Alius etiam casus est obseruatione dignissimus in quo non potest filiusfamilias sibi acquirere tametsi nec patri acquirat, in specie l. quemadmodum 46. D. de iur. dot. vbi scriptum est si seruo stipulanti pro domino dos promissa sit, aut filiofamilias tradita, dotem quidem patri aut domino acquiri, sed ita tamen ut neque periculum praestare debeant neque culpam, quandiu ratam promissionem aut traditionem non habuerint. Ne alioqui ex facto filijfamilias aut serui ignorans pater vel dominus periclitetur. Cum verò nullam de dote actio-

tionem mulier habere possit in filiumfamilias aut seruum, at nec in patrem vel dominum ad consequendam aut potius extorquendam ratihabitionem per quam à se metum periculi abiiciat. Illud vnum relinquitur quod Iulianus concludit, ut mulieri liceat etiam constante matrimonio res in dotem traditas condicere, aut etiam incerti conditione assequi ut promissione liberetur. Hoc idè, quia quod filius pro patre stipulatur ex causa dotis ab vxore patris, non potest filio acquiri, nec si pater velit, quoniam filiusfamilias non est capax acquirendae dotis alienae, cum ipse maritus non sit, soli autem marito dos constitui & acquiri debeat l. j. l. quamuis 75. & pass. eod. tit. l. Pomponius Philadelphus 35. D. famil. ercisc. l. si id quod 15. de duob. reis l. item si 8. de stipulat. seruor. Itaque nihil hac parte differt filiusfamilias à seruo. Sed & singularis ille casus obseruandus est, in quo contra iuris regulam permittitur mulieri constante etiam matrimonio dotem repetere.

Ad l. Pomponius Philadelphus 35. D. famil. ercisc.

CAP. XII.



QVOD capite superiore diximus, donationem à patre in filiumfamilias collatam iure vetere non valuisse ex l. donationes 31. §. pater D. de donat. l. siue emancipatis 17. C. eod. l. 4. D. pro donat. l. 2. C. de inoff. donat. l. si donatione 13. C. de collat. non putant nostri fuisse perpetuum. Excipiunt enim causam dotis, cuius fauore iam olim receptum volunt ut inter patrem & filiamfamilias valeret donatio, in eamque rem nituntur passim eleganti illo Papiniani responso quod extat in l. Pomponius Philadelphus 35. D. famil. ercisc. In cuius specie cum proponeretur pater quaedam praedia filiae suae dotis causa tradidisse, eorumque reditus genero solui mandasse, tum quaereretur an post mortem patris accepto inter filiam caeterosque patris ex testamento coheredes familiae erciscundae iudicio, praecipua ea retinere filia posset, Respondit Papinianus, iustam causam retinendae possessionis habere filiam, quoniam pater praedia de quibus quaerebatur dotis esse voluerat, & matrimonium post mortem quoque patris steterat: Filiam enim quae naturaliter agros tenuit specie dotis cuius capax fuisset, defendi. At videamus, ne ex hoc ipso Papiniani responso receptissima haec nostrorum sententia apertissime refellatur. Nam quod ille ait iustam retinendae possessionis causam habere filiam, non ea ratione fit quod valuerit donatio ad transferendum dominium, aut ipsa etiam traditio ad transferendam possessionem (vtrumque enim Papinianus negat, cum scribit filiam agros illos viuo patre non possedisse, sed tenuisse, quod longè diuersum & minus est l. stipulatio ista 38. §. planè si tenere de verb. obligat. Et tenuisse naturaliter tantum, id est re ipsa ut in l. 3. §. aperire D. de SC. Silan. l. in causa 25. §. idem Pomponius D. de minor. seu corporaliter, & ut nostri loquuntur de facto potius quam de iure.) Sed quia naturalis illa & corporalis possessio quam ex contractu nancisci filia non posset si non haberet, facilius defendi possit apud arbitrum familiae erciscundae, idque ex aequitate propter voluntatem patris qui ea praedia dotis esse voluerat, non aliam ob causam quam ut ferendis matrimonij oneribus subseruiret. Id enim

vel ipsa dotis appellatio præmonstrat l. pro oneribus 20. C. de iur. dot. Eadē porro causa mortuo etiam patre subest si diuisionis tempore constet adhuc matrimonium. Idem igitur retentionis ius filia saluum esse debet, cum negari non possit quia constante matrimonio filia familias capax sit habendæ dotis. Itaque dubitandi ratio illa erat, quod re vera nec donatio valeret in filiam familias collata, licet dotis nomine, nec traditio, quæ scilicet ipsi filia facta fuerat, cum tamen non ipsi, sed genero filia nomine fieri debuisset. Nā & hinc illud est, quod passim videas iuris auctores ita loqui ut dotem genero filia nomine potius quam ipsi filia datam dicant. Quod si quando filia traditio facta sit. Quomodo enim posset maritus fieri dominus dotis §. j. Instit. quib. alien. licet vel non l. doce 6. C. de rei vindicat, si nulla traditio præcederet? vulg. l. traditionibus 20. C. de pact. Neque verò existimandum est, videri hoc casu traditam dotem filia, & à filia deinde marito, quasi actus vnus traditionis occultetur, ut in l. 3. §. sed si debitorem D. de donat. int. vir. & vxor. quomodo sanè contingeret si valeret donatio in filiam collata, ut puta si facta esset à matre quæ liberos in potestate non habet, quemadmodū in illa eleganti specie quam idem Papin. tractat in d. l. donationes 31. §. species D. de donat. Cur enim ficta subintelligatur traditio, quæ si vera intercederet, non valeret? Sanè quamuis traditio dotis genero facta sit, atque ita dos in bonis seu quod idem est in dominio bonitario mariti esse cœperit, non idē minùs tamen est filia l. quamuis 75. D. de vir. dot. utpote cuius maximè interfit dotem habere l. seruo legato 69. §. j. de legat. j. At neque per traditionem filia factam à patre, potest filia familias quæri possessio, cum ex contrario per traditionem filia familias factam, possessio patri acquiratur l. j. §. item acquirimus D. de acquir. possess. §. non solum Instit. per quas person. nob. acquir. excepta naturali & corporali possessione, quæ sicut tota facti est d. l. stipulatio ista §. hæc quoque stipulatio, nec proinde in patrem aut dominum transit l. qui heredi 44. D. de condic. & demonstr. ita neque inducere potest dominij translationem, quæ ex iure, titulumque habilis potestate proficiscitur l. nunquam nuda 31. D. de acquir. rer. domin. Hic porro nec titulus ipse dotis valebat ex quo secuta traditio proponebatur, ut non obscure Papin. fatetur, cum ait filiam quæ non nisi naturaliter agros tenuit, defendi specie dotis, id est eo colore & prætextu potius quam iure. Neque est contrarium quod Papin. subiicit esse filiam dotis capacem constante matrimonio. Sunt enim hæc longè differentia, esse filiam familias dotis capacem viuo patre, Et, posse filiam familias ex donatione traditam sibi à patre dotē accipere. Potest, imò verò tenetur pater filia nomine genero dotē tradere, quo casu ipsi filia, ut diximus, dos acquiratur, licet patri quoque actio de dote sit communis. l. 2. De solut. matrim. Sed ipsi filia dotem tradere ut ei acquiratur non potest propter impedimentum patriæ potestatis, quæ nullo prorsus casu patitur ut inter patrem & filium aut filiam familias ciuili obligatio cōtrahatur, siue ius vetus siue nouum spectes. Nam neque Iustinianus facere voluit aut etiam potuit ut donationes quas parentes in liberos conferunt, aliter valeant quam si morte confirmentur l. donationes quas parentes 25. C. de donat. int. vir. & vxor. in quo hæc tenentur liberis ut specialis confirmatio necessaria non sit, solūque donatoris silentium sufficiat: Cum tamē Digestorum iure omnino necessaria esset confirmatio, siue ex facto aliquo

colli-

colligeretur, ut si pater qui filia in potestate mancipia donauerat, postea emancipata peculium non ademisset d. l. donationes 31. §. pater qui filia D. de donat. Siue expressis fideicommissi verbis moriens pater voluntatē suam declarasset ut in l. cum pater 77. §. pater filia de legat. 2. vbi tamen, quod summopere notandum est, tractat Papin. de patre qui mancipia filia nubenti, ac proinde in dotem dederat, nec eò minùs negat valituram donationem si verbis fideicommissi confirmata non esset. Ob idque nimirum eam comparat donationi facta inter virum & vxorem, quippe quæ etiam moribus improbetur l. 1. & tot. tit. de donat. inter vir. & vxor. quamuis donatio à patre in filium familias collata deterioris olim esset condicionis in eo quod non solo silentio & subsecuta ad mortem vsque donantis perseuerantia confirmabatur ut donatio inter coniuges, sed ita demum si specialis confirmatio accederet. Nec probare possum quod ad eum locum Castren. post Dydum notat inueterati erroris tuendi gratia, debere id responsum intelligi de rebus nubenti filia simpliciter donatis, non ex causa dotis. Vix enim est ut quod nubenti filia pater dat simpliciter, in dotem dare nō videatur, nisi extra dotem dare se expresse ut in §. species d. l. donationes, cum patris officij illud sit, dotare filiam, l. capite 19. D. de rit. nupt. l. vlt. C. de dot. promiss. in dubio autem præsumendus sit quilibet, officio suo satisfacere, potius quam meram & reuocabilem liberalitatem in alium conferre voluisse. arg. l. 1. 2. & 3. D. de solut. Ergo in specie d. l. Pomponius, si res à patre ex causa dotis donatas, & traditas filia non possideret, non idcirco posset illas à coheredibus petere, multo que minùs præcipuas sibi vindicare, quod dotis capax etiam viuo patre fuisset. Ex inuiti enim contractu non daretur actio. Sed quia iam naturaliter illas tenebat, facilius est ut ab arbitrio familiae eriscunda detur ei retentio ad conseruandam patris inter liberos voluntatem, quamuis iure destitutam, l. quoties 10. l. filij 16. l. vlt. C. famil. erisc. facit l. paribus C. de inoff. testam. Pater enim prædia illa dotis esse voluerat, id est filia acquisita ex ea causa cuius capax erat filia (tametsi genero non filia dotem tradere pater debuisset) matrimoniū autem, inquit Papin. post mortem quoque patris steterat. Ut intelligamus non nisi constante matrimonio dotis capacem esse filiam, aut certè, si moriente patre iam solutum fuisset matrimonium, aliud responsurum fuisse Papinianum: Cum tamē si donatio valeret, nihil planè interesset an solutum esset matrimonium necne, sicut nec referret an filia ipsa an coheredes possiderent. Semel enim perfecta donatio neque ex superueniente casu, neque ex possessionis amissione irrita fieret. Denique tria sunt quibus concurrentibus mouetur Papinianus ut pro filia respondeat, quod esset illa in possessione bonorum donatorum ex voluntate patris, quod facta esset filia traditio ex ea causa cuius capax fuisset, id est, dotis nomine. Postremò quod post patris quoque mortem matrimonium consisteret. Quæ si omnia non concurrant, dico legis sententiam rationemque correre. Sanè quod ibidem Papin. ait non cogi filiam ea prædia fratribus iisdemque coheredibus conferre, nil iuuat receptam nostrorum interpretationem. Non enim rationem illam habet quod donatio valuerit, quæ autem ab iniurioso valet simplèxque est donatio conferenda non sit l. illud 20. §. fin. C. de collat. sed quia pater testatus proponebatur. Iure autem Pandectarum cessabat factò testamento necessitas collationis, nisi eam testator expresse iniunxisset. l. 1. & Auth. ex testamento C. de collat. Cæterum inte-

e. j.

stato mortuo patre qui prædia filiæ in dotem tradiderat, aliud proculdubio Papin. respondisset, quoniam quæ ratio cessante collationis necessitate tribuit filiæ retentionem, scilicet voluntas patris, & fauor possessionis ac matrimonij, ea sanè non impediret collationem, cum donatio non valuerit. Nā quod à nonnullis traditum video, dotem olim conferri non debuisse, si non id testator nominatim iussisset ex l. Theopompus 14. D. de dot. præleg. & que postea iure Codicis immutatum ex l. si soror 8. C. de collat. prorsus à ratione alienū est. Siquidē in l. Codicis tractatur de successione intestati, in qua conferri dotem debuisse apparet ex l. filiæ dotem 4. l. dotis 5. l. filiæ licet 12. C. eod. & ex tot. tit. Digest. de collat. dot. At in l. Theopompus, de successione testati, sicut & in d. l. Pomponius Philadelphus. In qua tamen obseruandum est non de illo Papinianum quærere, an donata prædia conferre fratribus deberet, de quo certum ius erat factum per patrem testamento. Nec rursus an donatio fauore dotis valeret, quam utique nemo ex Iurisperitis eorum temporum valere dixisset. Sed de eo duntaxat, quod erat longè difficilius & elegantius, An prædia donata perinde posset filia in paternæ hereditatis diuisione retinere, ac si donatio valuisset. Quod certè vix quisquam admitteret, si Papiniani responsum non haberemus.

Ad l. si vir 3. D. pro donat. & l. nunquam 31. D. de vsucap.

C A P. XIII.

VRI s quidem error in vsucapionibus & ad acquirendum nemini prodesse solet, l. iuris ignoratiam 4. D. de iur. & fact. ig. nor. Sed si tamen errorem facti immixtum habeat, non super existentia, vt nostri loquuntur, sed super validitate tituli, vulgò creditum est post glos. Bart. & alios in l. si vir 3. D. pro donat. prodesse errorem iuris ad inchoandam complendamque vsucapionem, & omnis generis præscriptionem. Cuius rei ratio illa redditur, quòd quicquid fit de iuris errore, facti error planè bonam fidem inducat contingentem absque vlla culpa errantis in iure, qui etsi ius omnino cognitum habuisset, nihilominus ob ignorantiam facti bonam fidem haberet, quæ non tantum ad præscriptionem sufficit, sed etiam ad vsucapionem, cum adest titulus licet inualidus. Exemplum verò sumitur ex d. l. si vir 3. D. pro donat. & l. sed etsi 25. D. de donat. int. vir. & vxor. quibus locis responsum est, si vir vxori rem alienam donauerit quam vxor donatoris esse putabat, procedere vsucapionem pro donato, tametsi error iuris interueniat ex parte vxoris existimantis valere donationes factas inter coniuges. Mihi neque traditio hæc probari potest, neque exemplum. Nā in specie d. l. si vir & d. l. sed etsi, error mulieris existimantis mariti fuisse rem donatam quæ erat aliena tantum abest vt inducere possit bonam fidem, vt potius inducat malam. Facit enim vt tantò magis opinari mulier debeat se eam rem accipere contra leges, & iure prohibete ex quo mala fides nascitur, l. quemadmodum 7. C. de agric. & censit. lib. II. tit. 47. Quod & Didacus Conarruias obseruauit in 2. part. relect. cap. possessor. §. 7. num. 10. post Castrensem, cui nec communis sententia placuit, nisi eo demum casu quo error facti bonam fidem inducat, non quòd ad existentiam tituli quem subesse semper necesse est l. Celsus 27. D. de vsucap. (nisi in eodem facti errore concurrant, & qui tradit & qui accipit, quæ specialis ratio est d. l. si existimans 48. eod. aliàs l. 3. D. pro solut. l. hominem 3. D. pro suo, quamuis ex d. l. Celsus non obscurè appareat

pareat dissensisse hac in re veteres Iureconsultos) sed quòd ad ipsius tituli validitatem. Atque ita ego quoque sentio. Nam quod scriptum est in d. l. si vir, non eam rationem habet quòd mulier erraret in facto. Quid enim si non errasset, ac alienam rem sciuisset? Minus certè peccasset contra leges quæ donationem inter coniuges prohibent. Quanquam alia ratio vsucapioni obstisset, nempe quòd in mala fide fuisset ob alienæ rei scientiam. Illa igitur ratio legis est, quòd plus sit hoc casu in re quàm in existimatione. Sufficit enim non esse prohibitam donationem, cum res sit aliena. d. l. sed etsi 25. in fin. iis verbis *quæ quia aliena est vsucapi potest*. Nam ita fit vt nullus sit error iuris in muliere putante contractum hunc valere, quamuis error sit ni causa, vt Castrens. loquitur, aut potius in genere, quoniam ignorabat mulier prohibitam esse inter virum & vxorem donationes. Eadem ergo ratione admitendum est, quod tamen idem Castrens. & post eum Didacus negat eum qui rem alienam à pupillo emerit non adhibita ea solennitate quæ iure necessaria est, posse eam rem vsucapere aduersus verum dominum, non propter errorè iuris aut facti (vterque enim malæ fidei potius quàm bonæ præsumptionem hinc inducit) sed propter factum ipsum rei que veritatem, quòd reuera non sit res pupilli, sed aliena. Nam & hinc quoque vt & in specie d. l. si vir, plus est in veritate quàm in opinione l. regula 9. §. qui ignorauit D. de iur. & fact. ignor. l. si pater 4. §. quoties de manum. vind. §. si quis rem suam II. Instit. de legat. licet aliquando contingat ex contrario plus valere quod in opinione est, quàm quod in re l. qui putat 15. D. de acquir. hered. d. l. 2. §. si à pupillo D. pro emptor. Sic enim eo loco legendum esse *vt hinc plus sit in existimatione quàm in re*, ingeniosè Iacob. Cuiacius vt alia innumera obseruauit. Et sanè nihil est quod prohibeat vsucapionem alienæ rei quam quis à pupillo sine tutoris auctoritate comparauerit. Non rei vitium, quia est aliena, non persona ipsa pupilli, quoniam non est hac parte fauorabilis pupillus, cuius nimirum nihil interest, cum neque fiat pauperior, qui alienam rem vendit, neque ex contractu sine tutoris auctoritate inito de euictione obligetur, l. Iulianus 13. §. si quis à pupillo D. de act. empt. §. 1. Instit. de auctor. tutor. Quin & si quis à pupillo rem ipsius pupilli emerit sine tutoris auctoritate poterit vsucapere, dummodò puberem eum fuisse crediderit, sicut & qui emit à furioso, què mentis compotè esse putabat, l. 2. §. si à pupillo & §. si à furioso D. pro emptor. Quòd si error facti prodest ad eam vsucapionem, quæ reuera & pupillo, & furioso damnū adferat, quantò facilius admittendum est, prodesse debere, cum res est aliena, nec pupilli interest, hoc est, cum non emptoris sola opinio, sed ipsa rei veritas vsucapioni patrocinatur? Sed & facilius hoc admitti possit, quàm quod Pōponius respōdit in d. l. si vir. Ibi enim iuris error talis est vt si rei veritas cum mulieris donatarie opinione in facto cōcurreret, hoc est si donatoris mariti res esset, non aliena, nullomodo valeret donatio tanquā moribus improbata. At in specie de qua disputamus, etiā si pupilli res esset quam is vt suam vendit, cum sit aliena, nihilominus valeret contractus etiam sine tutoris auctoritate initus. Non quidem ex parte pupilli qui certè non obligatur sine tutore, sed ex parte emptoris, vt aperte scriptum est in d. §. si quis à pupillo, quamuis non idcirco vsucapere emptor posset, nisi puberem credidisset d. §. si à pupillo. Ergo cum res est aliena cur non vsucap. & emptor re possidēs ex contractu què nec rei veritas, nec ipsius emptoris opinio inualidū fecerit? Neq; obstat quòd ex Proculo Paulus scribit

in l. nunquam in vfucapionibus 31. de vfucap. si per errorem initio venditio- nis tutor pupillo auctor factus est, vel post longum tempus venditionis pe- ractum vfucapi rem non posse, quia iuris error est. Non enim tractatur eo loco de aliena re per pupillum vendita, vt Castrensis, Didacus, & ceteri exi- stimant, qui ex illo textu mouentur, sed de re pupillari quam pupillus sine tutoris auctoritate vel ea male interposita vendiderit ei qui impuberem ef- se non ignorabat, sed putabat sufficere vt tutoris auctoritas quodocunque interueniret, siue ab initio, siue ex interuallo. In quo nimirum emptor er- rat in iure. Tutoris namque auctoritas interponi debet in ipso negotio, id est, statim atque perfectum est, absque vilo interuallo l. obligari 9. §. tutor statim D. de autor. tutor. lunct. l. si quis mihi bona 25. §. iussum D. de acquir. hered. Quod si aut ab initio interposita est aut ex interuallo, perinde est ac si non esset l. 2. ill. tit. de autor. tutor. Itaque error ille iuris emptori non pro- derit vt rem pupilli possit vfucapere, quem proculdubio vfucaperet si esset aliena, quamuis pupillarem credidisset arg. d. l. Sed & si 25. de donat. int. vir. & vxor. & d. l. 3. pro donat. Id enim & ipsi pupillo utile est vt acceptum pre- cium restituere non teneatur, nec si locupletior factus sit l. qui alienam 54. D. de euct. l. si obligata 19. C. eod. l. 2. C. de reb. alien. non alienand. quod alioqui eo casu restituere teneretur l. eatenus 10. D. de instit. act. l. 1. §. an in pupillum D. deposit. l. naturaliter 13. §. vlt. cum l. seq. de condi. ind. deb. Pro- inde hoc etiam casu verum est, quod Accurs. ad l. Pomponius 13. §. si iussu D. de acquir. poss. adnotauit verum esse in specie d. l. si vir. non esse hic locum re- gulæ iuris, quæ habet, Eum qui alienam rem vendit ita demum transferre in emptorem vfucapiendi condicionem, si propriam rem vendendo transla- turus ille esset dominium. Et miror reprehendi hoc nomine Accursum à Didaco d. §. 7. in fin. Sed illud magis miror, quod vir doctissimus scripsit, in specie d. l. si vir, translaturum fuisse maritum dominium si rem propriam donasset. Quod est aperte contra d. l. sed etsi 25. de donat. int. vir. & vxor. Nisi forte eum fefellit quod in d. l. si vir scriptum est, vfucapionem ita de- mum procedere posse si pauperior is qui donasset non fieret. Quo vno casu constat receptas esse inter virum & vxorem donationes. d. l. 25. At conside- rare debuerat, aliena re donata debuisse condicionem illam adiici, quia va- riis modis contingere possit, vt etiam qui alienam rem dat pauperior ex eo fiat, puta si alienam sciat, & ad exonerandam forte conscientiam aliam pre- ciosiore postea dedit domino, qui suam alioqui vindicaturus erat. Pro- pria verò re donata non nisi absurdè distinctioni huic locum esse, quia fieri sanè nequeat vt pauperior non sit, qui rem suam donat l. filiusfamilias 7. D. de donat. & qui de bonis suis aliquid erogat l. si sponsus 5. §. cum igitur 16. de donat. int. vir. & vxor. Quæ ob causam Iurisc. in d. l. sed etsi donationem va- lere defendit: Ea sola ratione quod res aliena esset, significans apertissime non fuisse valituram si donatoris res propria fuisset.

Ad l. si vnquam 8. C. de reuoc. donat. & l. cum auus 102.

D. de condic. & demonst.

CAP. XIII.

Constantini rescripto quod extat in l. si vnquam 8. C. de reuoc. do- nat. reuocantur ipso iure donationes omnes, quas patronus fi- lios non habens in libertum contulerit, si postea liberos suscepit: Fa-

Fauore, vt apparet, liberorum superuenientium, Et vt vulgo nostri sentiunt, Ea pietatis coniectura, quod credibile sit non fuisse donatorem liberto do- natorem si de liberis postea susceptis cogitasset. Quis enim tam inhum- nus, vt sine causa solobem alienam propria præferre velit? l. cum acutissimi 30. C. de fideic. l. cum auus 102. de condic. & demonst. Hinc verò mouentur interpretes ferè omnes vt quod in patronorum donationibus specialiter Constantinus induxit, ad quolibet donatores protrahendum existiment, quod in omnibus donatorum personis eadem pietatis coniectura locum ha- beat, nec in pari causa diuersum ius constitui debeat, cum diuersitatis ratio reddi non potest l. illud 32. D. ad leg. Aquil. l. 3. §. vnde etiam D. de iniust. rupt. & irrit. fact. Sed & quod magis mirum est, ita iacto principio inferunt idem quoque admittendum esse si quis alteri vxorem ducenti fauore nu- ptiarum donauerit. Secutis enim nuptiis susceptisque ex matrimonio liberis non eò minùs reuocandam donationem si donator quoque post donationem sibi nuptias liberisque legitimos quæsiuerit. Eadem nimirum pietatis con- iectura. Quod in Parisiensi senatu pro Carolo Molineo iudicatum restatur Paponius lib. n. syntagm. tit. j. *De donations* §. 20. & Molin. ipse in eo tra- ctatu, quem propriae litis instruendæ gratia conscripsit *De donat. matrim.* vbi & seipso propter victoriam factus audacior & elatior, contendit tanta æquitate niti hanc sententiam vt iam olim longè antè Constantinum placuerit Papiniano in l. tale pactum 40. §. vlt. D. de pact. In cuius eleganti specie cum proponeretur pater qui dotem promiserat pactum esse, vt post mor- tem suam si in matrimonio sine liberis filia decederet, dotis portio apud he- redem suum fratrem remaneret: Respondit Papinianus eam conuentionem liberis à locero postea susceptis & heredibus testamento relictis per exce- ptionem doli prodesse debere, Ratione illa, quod inter contrahentes id ac- tum sit vt heredibus defulatur, & eo tempore quo pater filios non habuit in fratrem suum contulisse supremum iudicium videatur. Et verò si assa ra- tio non est Constantinianæ legis quam coniectura pietatis, negari non po- test quin Iurifconsultorum temporibus eadem reuocandæ donationis causa subesset. Nam & eadem ratione motus Papinianus in d. l. cum auus 102. de condic. & demonst. respondit defecisse videri condicionem fideicom- missi quod auus à nepote reliquerat si intrà trigésimum ætatis annum mo- reretur, cum nepos ille grauatus, relictis liberis intrà eam ætatem decessis- set. *Coniectura*, inquit, *pietatis, & quod minus scriptum quam dictum fuerat inue- niretur.* Cuius responsi æquitatem & subtilitatem admiratus Iustinianus in d. l. cum acutissimi 30. C. de fideic. idem generaliter constitutum voluit, quo- ties aliquis ex descendantibus alteri hereditatem post obitum suum resti- tuere rogatus proponatur. Addita etiam ratione illa *ne videatur testator alie- nas successiones proprijs antepone.* Quibus verbis videtur Iustinianus explica- re pluribus verbis voluisse quod breuius suo more Papinianus expresserat *coniectura pietatis.* Sicque vulgo interpretes omnes existimant, quasi pietas cuius cõiectura motus est Papin. in eo eluceat, quod non sit credendus testa- tor alienas successiones velle proprijs antepone. In quo vereor ne Papi- niani elegantiam Iustiniano ducè errandi præceps occasio nata sit. Nam si verum ama- mus, non potuit Papinianus ea pietatis coniectura moueri, quod non esset verisimile testatorem auum qui nepoti fideicommissum iniunxerat, alienam

fobolem propria præferre voluisse. Siquidem proponebatur in ea specie rogatus nepos ut hereditatem non alicui extraneo, sed patruo suo restitueret, ac proinde ipsi soboli testatoris adeoque proximiori. Est enim filius vno gradu proximior nepote, tametsi iam olim obtinuerit, ut in causa successio- nis aut concurrerent patrisque personam aut saltem gradum nepos repræ- sentaret §. cum filius Instit. de hered. quæ ab intest. defer. Coniecturam igitur pietatis eam Papinianus intellexit, quæ faciat ut non videatur auus nepo- rem de restituenda hereditate rogasse in eum casum, quo nepoti adnascere- tur liberi, propterea quod pietatis causa suadeat, liberis potius quam patruo hereditatem nepotis relinquere debere, neque credendus sit auus pro nepote id consilium cepisse quod nepos ipse non nisi impiè capturus esset. Impius enim ille sit qui heredem sibi patruum potius quam proprios liberos eligat. Vnde & inofficiosi testamenti querela quæ liberis immerenter exheredatis competet, impietatis querelam continere dicitur, furorisque improprium, quasi furiosus nec sanæ mentis fuerit pater qui propriis liberis eam iniuriam fecerit, quibus hereditatem non solum ex communi voto parentum, sed etiã piè relinquere debuerat l. 2. l. nam etsi 15. D. de inoff. testam. Quod si propo- nas rogatum filium aut nepotem hereditatem restituere extraneo, poterit eo demum casu locus esse rationi Iustinianæ, ut si liberos grauatus susceperit fideicommissum evanescat: ne alioqui alinas successiones propriis ante- posuisse testator videatur. Sed mala tamen ratio erit, quia nec generalis, nec à contrario sensu capta contrarium ius inducere poterit: cum etsi propriam sobolem per fideicommissum testator vocasset, non aliud iuris constitui de- beret. Itaque non solum superuacuum, sed etiam stultum est tam elegantis respon- si Papiniani aut duplicem rationem quærere, aut aliam quam quæ à Papiniano expressa est. Ex qua porro apparet, malè nostros eo respõso abuti ut probent reuocari donationes ex liberorum superuenientia, coniectura illa pietatis quod non sit credendus donator alienas successiones propriis antepone- re voluisse. Sanè quemadmodum in l. cum auus, potior est causa li- berorum heredis grauatam quam fideicommissarij, ex ea pietatis coniectura, quod liberis potius quam collateralibus aut ascendentibus piè relinqui here- ditas debeat: Ita videatur non malè dici posse ex eadem coniectura præferen- dos donatario præsertim extraneo liberos donatoris de quibus donationis tempore donator non cogitauerit. Multo magis in donatore vsurpari, quod in testatore Iustin. scribit in d. l. cum acutissimi, non fuisse verisimili- ter donatorem prælatum extraneos liberis si de liberis cogitasset. At vi- deamus ne in hoc ipso quoque nostri decipiantur existimantes eadem pie- tatis aut voluntatis coniectura donationem reuocari, & fideicommissum ex- cludi. Quasi verò vtrumque sit æquè facile, ac non longè difficilius semel per- fectam donationem reuocare aut pro donatoris arbitrio interpretari, quam fideicommissarium iusta dubiæ voluntatis interpretatione excludere. Etsi enim dici solet donationem non esse contractum, propterea quod inter don- nantem, & donatarium nullum negotiū geratur l. interdictum 14. D. de pre- car. (quid enim, obsecro, negotij est in conferendo aut suscipiendo benefi- cio?) perinde tamen irrevocabilis est atque si esset cõtractus vltro citroque obligatorius, cum donatio pura & inter vivos sic fiat ne donator recipiat, l. j. §. j. D. eod. & ut statim res fiat accipientis donatarij, nec vllò casu ad dona- torem reuertatur, ut Iulianus loquitur in l. j. D. de donat. & post eum Paulus in l.

in l. Senat' 35. §. sed mortis causa D. de mort. caus. don. vbi addit eum qui verè & absolutè donat, malle donatariū habere id quod donatur, quàm se ipsū. Proinde cur non admittamus malle eum re donatā ad donatariū quàm ad liberos suos pervenire: nisi forè quis putet donatorē liberos suos magis quàm seipsū dilexisse, quod sanè ordo charitatis non patitur, quæ à seipso incipere quisque debet. Et quavis liberorū amor & cõiunctio faciat ut pater & filius vna eademque persona existimetur, l. vlt. C. de impub. & aliis substit. filiūque dicatur pars corpo- ris paterni l. cum scimus 22. C. de agric. & cens. lib. II. tit. 47. id tamē eò pertinet ut patris propter liberos eadē cõdicio sit quæ propter seipsū, ut in specie listi quidē 8. §. vlt. D. quod met. caus. vbi quod lex ait cum pro affectu parentes magis in liberis terreantur, non sic accipiendū est ut parentes magis terreantur in li- beris quàm in seipsis. Quis enim, si in malis electio detur, stuprum pati malit quàm filium suum? sed ut per filij corpus pater penè magis quàm filius pe- riclitetur, ut Iustin. loquitur in §. vlt. Instit. de noxal. act. Denique quod sibi licere nemo vult vix est ut liberis suis etiam heredibus exceptum velit. Nam & qui mortis causa donat, licet malit se habere quàm donatarium, mauult ta- men donatariū habere quàm heredem l. j. & d. l. Senatus §. j. de mort. caus. donat. quamvis quod de liberis dicitur, idem de herede quoque dicatur, ut eadem cum defuncto persona censeatur l. vlt. C. de hered. instit. nec fauora- bilior causa esse debeat liberorum quàm extranei heredis, siue sint illi here- des siue non sint. Nam si heredes sint, cur non defuncti factum præstare te- neantur? si non sint, cur eorum favore reuocetur donatio bonorum quæ ad alios quàm ad ipsos perveniant? Aut cur ipsi donatori liceat reuocare dona- tionem propter liberos, quibus non cogatur ille relinquere quæ extraneo donauerat? Illud siquidem fateri omnes coguntur quod Constantini lex di- fertis verbis expressit, donationem ex superuenientia liberorum reuocatam non liberis acquiri, sed in donatoris arbitrio ac ditione manere. An verò li- berorum qui nondum nati sint præsentiam requiremus ut firma & irrevoca- bilis fiat donatio, cum & absentibus iis qui iam nati sunt, firma ac irrevoca- bilis fieri possit? l. velles necne 8. C. eod. tit. de reuoc. donat. An potius dona- tionem puram & absolutam sic enim nostri appellant d. l. Senatus §. j. l. Seia 42. §. vlt. de mort. caus. donat. sub tacita conditione factam dicimus? si do- nator liberos postea non suscipiat? Atqui sunt hæc pugnantia, Puram & ab- solutā esse donationē, Et, tacitā vllā habere cõdicionē. An verius quis dixerit purā quidē & absolutā esse donationē, sed sub cõdicione reuocabile? Exemplo vditionis factæ sub pacto additionis in diē aut legis commissorie l. 2. D. de in diē addit. l. j. D. de leg. commiss. At donationis inter vivos non magis propriū est ut purè fiat, quā ut nullo casu reuocari possit d. l. j. de don. l. vbi ita 17. D. de mort. caus. don. Idque nimirū est quod dicimus fieri eā absolutè, hoc est abiecta omni spe reuocationis. Quod non cõtingeret si reuocabile eā faceret tacita illa cõdicio, si donatori non adnascatur liberi. Deinde cum saltē verbis pura & abso- luta sit donatio, non potest ea tacita cõdicio induci nisi per interpretationē. Atqui quoties in donationibus ambiguitas aliqua est quæ interpretationē requirat, am- plissima semper fieri debet interpretatio cõtra donatorem cap. cum dilecti Ext. de donat. nempe quoniam in eius potestate fuit legem apertius dicere arg. l. veterib. 39. de pact. Quam ob causam generaliter traditū legimus per- fectam donationem condiciones nullas recipere l. perfecta 5. C. de donat. quæ sub mod. quod ego generaliter quoque sic intelligo, ut neque expres- sam conditionem adicere testator possit, neque tacitā per interpretationē,

Alioqui nunquam censeretur perfecta donatio si quoadocunque liceret donatori pro arbitrio comminisci quid ille cum donaret senserit, quamue liberalitati suae condicionem tacite inesse intellexerit. In quo potissimum sane differunt donationes, praesertim inter viuos, contractusque omnes ab ultimis voluntatibus, quae quoniam ab vnius tantum hominis voluntate dependent, eaque libera (nulla enim ex testamento actio nascitur contra testatorem, sed tantum contra eius successores) recipiunt interpretationem ex sola coniectura voluntatis, morientium desiderii ex viuientium arbitrio aestimatis, ut ait l. quoniam 4. C. de natural. liber. Nec in eo aliqua fit iniuria ei qui capit ex vltima alterius voluntate, si non plus ei detur quam dare testatorem voluisse appareat, aut verisimile sit. In contractibus vero quoniam obligatio statim nascitur, quae nisi mutuo contrahentium consensu dissolui non potest l. sicut 5. C. de obligat. & action. nulla potest fieri interpretatio ex sola alterutrius voluntate. Illud certe inspicere praecipue debet quid actum sit, at non quid ab hoc aut ab illo, sed quid inter vtrunque. Alioqui ferè est ut à contractu pro arbitrio recedere possit qui contractum pro arbitrio interpretari potest. Eademque, ut dixi, purae donationis causa est, licet proprie contractus non sit. Est enim contractui simillima quod ad vim & potestatem obligationis pertinet, ut semel perfecta nunquam possit reuocari siue ex poenitentia d. l. velles necne l. possessionem 3. C. de reuoc. donat. siue alio villo casu d. l. j. D. de donat. Quam in rem extat quoque Iustiniani constitutio in l. vlt. C. eod. *Generaliter*, inquit, *sancimus omnes donationes lege confectas firmas illibatasque manere, ut nec eueri possint nisi ex certis tantum causis ea lege comprehensis, & limitatis: sic enim subiicit ex his enim tantummodo causis inter quas porro superuenientia liberorum non enumeratur, quae non erat praetermittenda, si Constantini legem, quam Iustinianus non ignorabat, tam generaliter accipiendam putasset ille, quam nostri volunt.* Nullus enim hodie frequentior modus est aut facilius via euertendae donationis quam si donator uxorem ducat liberisque suscipiat: aded ut multos videas quos inconsideratae liberalitatis poeniteat uxorem ducere, donatarij odio & in eius fraudem potius quam desiderio suscipiendae prolis, quod & ipsi Molineo vsuuenisse constat, nec ipse diffitetur. Et verò si quo vnquam casu verum esse potest quod dici solet, Propositum in mente retentum nihil operari, An non in contractibus maxime, & iis obligationibus quae inter viuos contrahuntur locum id habere debet? l. Lucius 88. aliàs l. codicillis §. insulam de legat. 2. Nam in vltimis voluntatibus non utique semper obtinet d. l. cum auus 102. de condic. & demonstr.

Ratio & sententia d. l. si vnquam, & l. tale pactum 40. §. vlt. D. de pact.

C A P. X V.

RESTAT ut respondeamus ad l. si vnquam, ex qua omnes mouentur. Ea verò sententiam nostram manifestissimè comprobabat. Nam, ut initio diximus, & verba ipsa demonstrant, non de donationibus omnibus generaliter loquitur, sed de iis duntaxat quas patronus in libertum contulisse proponatur, quarum sane diuersa ratio est faciliorque reuocatio si patrono superuenerint liberi. Cum

Cum & si quid libertus de propriis bonis in fraudem patroni eiusue liberorum alienasset, reuocari id posset per Fanianam, nec tantum à patrono, sed & à patroni liberis qui in bonis liberti idem ius habent quod patronus ipse l. 2. l. libertinus §. cum seq. & pass. de bon. libert. l. j. in princip. §. vlt. & l. 3. D. si quid in fraud. patron. Quotò igitur facilius est si profusa liberalitate patronus liberos non habens bonorum suorum partem liberto donauerit reuocari donationem fauore liberorum? Atqui, inquires, aliud esset si donationis tempore liberos iam natos patronus habuisset. Fit igitur reuocatio ex tacita illa voluntatis coniectura, quod credibile sit non fuisse patronum liberto donaturum si de liberis cogitasset. Quae ratio perinde in ceteris donatoribus ac in patrono locum habet. Et hoc nimirum est quod interpretes nostros praecipites egit. Sed animaduertere debuerunt, Esse quidem hanc causam propter quam aequum visum est indulgeri patrono ut donationem in libertum collatam reuocare possit, sed non esse tamen satis validam & sufficientem. Ideoque cum iuris ratio patroni desiderio refragaretur, Constantini lege opus fuisse, quam apertum est praese ferre ius nouum, & prioribus Iureconsultis ac Imperatoribus incognitum: Constantinum autem non in omnibus donatoribus, sed in solis patronis hanc reuocandae donationis rationem adprobasse. Alioqui cur de patronis tantum locutus esset? An quia ex facto inciderat ut de donatione per patronum facta quaereretur? Atqui generalis lex est ad Praefectum Praetorio, non ad patronum aliquem aut certam facti speciem rescripta. Quid item si non patronus liberto, sed contra libertus patrono donauerit deinde liberos susceperit? Quis admittat legem fauore patroni latam in ipsius odium retorqueri, ut perinde ex superuenientia liberorum liberti donatio reuocetur? Eadem tamen reuocandae donationis ratio subesset in liberto quae in ceteris donatoribus. Fatendum itaque est specialem esse legis illius rationem in patrono, hoc vno aequitatis potius quam iuris praetextu fultam, quod natis patrono liberis, de quibus donationis tempore non cogitauerat, iniuri sit libertum donationis viribus subnixum summo iure agere cum patrono cui non solum reuerentiam debeat, sed etiam vitam, & quae vita dulcior est, libertatem. Nec defuerunt ex veteribus interpretibus qui sic senserint: sed tamen leuioribus rationibus quam ut alios in suam sententiam trahere potuerint. Iam verò quod Molineus scripsit beneficium dictae l. si vnquam non esse nouum, idemque iam olim Papiniano in donatore quolibet quod Constantino in patrono visum ex l. tale pactum 40. §. vlt. de pact. Deus bone quam ridiculum est, & ineptum! Quasi verò tractetur eo loco de donatione inter viuos vel mortis causa in fratrem collata, ac non potius de pactioe quam focer cum dotem promitteret fecerat, ut heredi suo fratri consuleret, conferens nempe supremum iudicium in fratrem suum quod nullos eo tempore liberos habebat. Quare nec ait Papin. susceptis postea liberis reuocari vel inutilem effici conuentionem. Quinimò vtilè manere vult, ut ex ea, non quidem fratri qui nominatus fuerat, sed liberis postea susceptis, & heredibus testamento relictis, detur exceptio, non pacti, quia fratri non liberis pactus fuerat pater, sed doli quae subsidiaria est exceptionis pacti l. rescriptum 10. §. vlt. cum seq. eod. Ratione illa quod inter contrahentes id actum esset ut heredibus consuleretur: neque enim potuerat in ea specie frater fratri pacifici aut stipulari nisi tanquam heredi l. stipulatio ista 38. §. alteri l. si mihi & Titio 10. de verb. obligat. Porro supremam voluntatis proprium illud est ut siue in

testamento siue in contractu expressa sit, ad mortem vsque sit ambulatoria l. 4. D. de adim. legat. l. cum hic status 32. §. pœnitentiã de don. int. vir. & vxor. l. j. C. de sacros. eccles. Et reuocatã fuisse eam constabat non solum ex coniectura voluntatis propter susceptos postea liberos, (quanquam sufficere hoc poterat mortuo patre, cum intelligatur quisque legitimam hereditatẽ spõte relinquere iis qui proximiores sunt ab intestato, præsertim liberis l. conficiuntur 8. D. de iur. codicil.) Sed ex testamento ipso quo liberos pater heredes scripserat. Sed si donatio aut inter viuos aut etiam mortis causa in fratrem collata fuisset, nihil est apud Papinianum ex quo possis colligere admissurum eum fuisse, vt propter susceptos postea liberos ipso iure reuocaretur, quia nec per voluntatem expressam pura & absoluta donatio reuocari posset. Illud verò quàm absurdum existimare donationem quam quis in contractu alieni matrimonij in sponsum, sponsamue contulerit reuocari etiam ipso iure si donatori adnascantur liberi! An non ita sit fraus non tantum donatario aut donatariæ, sed etiam eius coniugi adeoque liberis ex eo matrimonio susceptis? Quis autem ex veteribus illis iuris prudentibus admitteret id quod donatũ esset ob causam, id est fauore nuptiarũ, quibus nihil est fauorabilius, reuocari post causam secutam, id est post secutas nuptias quæ nec amplius dissolui possint & quibus ipsa donatio causam dederit? Cum non aliter contracturus fuisset alter ex coniugibus quàm si donatio illa in coniugem collata esset l. si donaturus 9. §. si quis indebitam D. de condict. caus. dat. l. pen. §. sed & si quis D. quod fal. tutor. l. si remunerandi 6. §. planè si tibi D. mandat. Itaque non possum satis mirari ab amplissimo ordine probatam hæc tam absurdam iniquamque sententiã. Nunquã enim apud supremos rectosque iudices communis error ius facere debet. Neque ex iuris ratione defendi potest aliud vllum remedium superesse liberis post donationem susceptis, quàm vt querelam proponant inofficiosæ donationis, si nihil superfit in bonis donatoris mortis tempore, aut agant ad supplementum si minus legitima ex bonis paternis consecuti sint tot. tit. C. de inoff. don. & Nouell. 92. Ipsi autẽ donatori nullomodo consulitur, nisi hæctenus vt de donationibus immensis tantum detrahat quantum necesse est, ne per querelam inofficiosæ donationis reuocentur l. si totas 5. C. ill. tit. de inoff. don. quæ donatario fauorabilis reuocatio est, cū fiat ob hoc ipsum ne donatio tota reuocetur, aut pro ea parte quæ liberos ab intestato contingeret, vt pluribus docui lib. 3. cap. 17. An autem in filium aut in extraneũ collata donatio sit nihil planè interest. Quãuis ea sit receptissima nostrorũ sententiã, vt concilient d. l. si totas cū l. si vnquã, quæ tamẽ, secundũ ea quæ diximus, nec pugnat nec ad rẽ vllomodo pertinet.

Malè ab omnibus intellectam & à nonnullis emendatam l. debitor 59. D. ad SC. Trebell. Et ad l. 3. de separar.

CAP. XVI.

EXISTIMANT nostri omnes post Bartolũ, in huius legis specie remanere propter pignus naturalem obligationem etiã facta confusione per hereditatis aditionem. Hoc autem ideò quoniam creditor idẽmque debitoris heres suspectam hereditatẽ dixerat eamque coactus iussu Prætoris adierat. Nam certè de herede recusante Paulus tractat, & ad finem quæstionis ita scribit *remanet ergo propter pignus naturalis obligatio.* In quo duplex, meo iudicio, nostrorũ error est.

est, vnus ille, qui in proposita quæstione aliã rationẽ cõstituunt creditoris qui coactus adierit, aliã eius qui spõte, Alter quòd creditore iussu Prætoris hereditatem debitoris adente naturalem obligationem propter pignus superesse arbitrantur. Nam vt hinc nostra incipiat disputatio, certũ est confusione perimi omnem prorsus obligationem, nec minùs naturalem quàm ciuilem l. heres à debitore 21. §. quòd si stipulator D. de fideiuss. siue hereditatem vltro heres adierit siue coactus. Quod & apertissimè Paulus docet in hac lege, cū ad propositam quæstionem respondet his verbis, *aditione quidẽ hereditatis confusa obligatio est. Videamus autẽ ne & pignus liberatũ sit sublata naturali obligatione.* Ex quibus apparet nec dubitare Paulum quin sublata sit naturalis obligatio, sed de illo duntaxat, an idcirco pignus liberatum dici possit. Non esse autem liberatum probat hac ratione. Nam aut possidet creditor idẽmque heres rem pignoratam, inquit, aut non possidet. Si possidet, nulla actione à fideicommissario conueniri potest. Non ex testamento, quasi fideicommissum non restituerit sicut debuit qui minùs restituit, (quod eueniret si nullũ pignus intercessisset.) Possidet enim eã rem quasi creditor. Multò minùs pignoratitia, quoniam hereditaria actio est, id est, quoniã fieri nequeat vt alio iure quàm hereditario ea actio fideicommissario competat, cū descendat ex contractu per defunctum inito, tametsi defuncto nunquam competierit, qui quandiu vixit, debitor mansit, cū non nisi soluto debito aut si aliter eo nomine satisfactum sit pignoratitia actio nascatur l. si rem 9. §. omnis D. de pignor. act. Atqui hæc eadem ratio faceret viuo debitore vt non posset ille pignoratitia agere ante solutum debitũ. Ergo neque fideicommissarius ex ipsius persona poterit, ne alioqui plus iuris habere videatur successionis iure quàm defunctus habuerit, quod sanè fieri non potest. Atque ita ratio hæc Pauli explicanda est, non quomodo vir doctissimus Iacob. Cuiacius docuit tractat. 9. ad Africanum, existimans deesse hęc negationem eaque addita legendum, *quoniam hereditaria non est actio*, quasi sensus sit, pignoratitiam actionem hoc casu non competere fideicommissario, quia nec defuncto nec hereditati vnquam competierit, cuiusmodi actiones si quæ post aditionem aut restitutionem emergat, in fideicommissarium non trãseunt, sed noua cessione opus est l. si heres pecuniam 73. D. hoc tit. Nam esse hanc hereditariam actionem, licet defuncto nunquam competierit, negari non potest, cū fuerit ei competitura si debitum soluisset. Alioqui nec posset cõpetere fideicommissario etiam debitũ offerenti, quod tamẽ à Pauli sententia alienũ est. Eo siquidẽ demum casu negat cõpetere illã fideicommissario, quo nolit fideicommissarius debitũ soluere, causatus sublata omnem obligationẽ cõfusione per aditionẽ hereditatis debitoris. Sed etsi rẽ ipsam & effectũ intueare, idẽ nostrẽ interpretationis qui huius emendationis sensus est: ille nimirũ, vt fideicommissario non cõpetat pignoratitia, quia nec defuncto cõpeteret citra solutionẽ. Proinde nulla hac parte vulgaris lectionis emendanda ratio est. Sequitur verò apud Paulũ, quod ad alterã distinctionis partẽ attinet, si nõ creditor idẽmque heres, sed fideicommissarius pignus possideat, Seruianę actioni locũ fore, quemadmodũ dicimus, inquit, cū amissa est actio propter exceptionẽ, puta si creditor vitio suo & culpa ceciderit à causa. Quo tamẽ casu minor dubitandi causa est, cū longè plus sit obligationẽ extinguĩ quã actionẽ amitti, variisq; ex causis amitti possit actio culpa & vitio actoris, subsistente nihilominus obligatione l. qui occidit 30. §. i. D. ad leg. Aquil. l. si f. ij.

superatus 3. in princip. & §. l. l. seruum quem 27. D. de pignor. l. si per imprudentiam 51. D. de euct. l. Stichum aut Pamphilum 95. §. pen. de solut. Itaque non tantum retentionem dat Paulus creditori sublata quoque naturali obligatione, sed etiam, quod difficilius est, petitionem pignoris nomine. Verum dicat hic fortasse quispiam, nec immerito, rationes istas omnes quibus mouetur Paulus non probare id de quo disputat. Pignus scilicet liberatum non esse, sed ad ea potius pertinere quæ essent consequentia si pro explorato haberemus, non esse liberatum. Quomodo enim fieri queat ut pignus possideat heres quasi creditor post aditionem & restitutionem, si verum est nullam prorsus obligationem superesse? Siquidem creditores eos appellamus quibus debetur ex quacunque actione l. creditores 10. cum seq. de verbor. signific. Aut cur non fideicommissario post restitutionem detur pignoratitia quasi soluto debito & extincto iure pignoris si tota obligatio confusio, ne sublata est per hereditatis aditionem? Etsi enim ea actio hereditaria est, nihil tamen vetat eius condicionem, quæ illa est, si debitor solutum sit, defuncto debitore existere, & consequenter actionem successorii competere quæ defuncto nec vnquam competierit, nec citra solutionem competere potuerit arg. d. l. si per imprudentiam 51. §. non mirum, Iunct. l. qui à pupillo 7. de euct. l. reperitur 84. D. ad leg. Falcid. & tit. C. ut action. ab hered. & contr. hered. incip. Præsertim cum dici soleat non tantum confusione perimi obligationem debitoris cui succedit creditor, sed etiam solutionis potestate, quasi sibi soluere videatur qui agnoscit debitoris sui hereditatem, l. quæ dotis 33. D. solut. matr. l. debitori 50. D. de fideiuss. Nam cum ea solutionis species talis sit quæ non nisi mortuo debitore possit contingere, adeoque ipsius hereditate per creditorem adita. Quis miretur pignoratitiam ex ea causa dari fideicommissario quæ viuo debitore nunquam nata fuerit? Igitur fatendum est mancam esse totam illam Pauli ratiocinationem. Nisi aliam rationem addas quam nec ipse prætermisit, sed ut prioribus omnibus inseruiret vltimo loco subiecit iis verbis *Verum est enim non esse solutam pecuniam*. Cuius, meo iudicio, hic sensus est, Oportere quidem, ad pignoris constitutionem, ut præcedat obligatio aliqua siue naturalis tantum illa sit, siue etiam ciuilis, sed eo semel constituto tandiu durare ipsius nomine actionem quandiu verum est non esse solutam pecuniam, aut aliter eo nomine satisfactum: tametsi tota obligatio quæ præcesserat iuris & confusionis potestate interciderit & penitus extincta sit. Habet enim hypothecaria & quasi Seruiana perpetuas illas suas condiciones, si soluta pecunia aut satisfactum sit, quibus cessantibus tenet l. grege 13. §. etiam vbi Bart. l. si fundus 15. §. in vindicatione D. de pignor. adeo ut nec pignorum liberatio competat, si qua ratione solutio facta reuocetur. l. Titius 21. D. de iur. fisc. Itaque quoties queritur an liberatum sit pignus, necne, non illud inspiciendum est: an aliqua superfit obligatio, sed illud duntaxat, an solutum sit debitum, vel aliter satisfactum necne. Inde nimirum est quod in specie l. cum quis 38. §. vlt. de solut. hoc est cum debitor fideiussori qui pignus dederat heres fuit, placet Africano pignoris obligationem durare, quamuis fideiussoria obligatio prorsus extincta sit. Esse enim extinctam vel ex eo maxime constat quod ibidem Africanus probat, si fideiussor ille alium fideiussorem dederat, liberatum eum intelligi, quod vtiq; falsum esset si vel naturalis obligatio subsisteret, cum naturali quoq; obligationi fideiussor accedere possit l. stipulatus 6. §. vlt. l. fideiussor

fussor 16. §. fideiussor de fideiuss. l. l. D. de nouat. multo magis vero propter naturalē solā superstitē in obligatione retineri arg. l. eo tempore 50. §. etiā de pecul. Et sanè non possum videre qua ratione fieri queat, ut sibi ipsi naturaliter quis obligatus videri possit potius quam ciuilitè, aut cur propter pignus naturalis obligatio remanere debeat potius quam ciuilis. Maxime vero cum & aliis plerisque casibus nihil commune habeat causa pignoris cum iure obligationis naturalis. Finge rerum debitorem per iniuriam iudicis absolutum, nihilominus manet naturaliter obligatus l. Iulianus verum debitorem 59. D. de condict. indeb. ideoque nec solutum repetere poterit ut ibidem Paulus ex Iuliano scribit. Et tamen pignus ab eo datum liberatur l. si deferente 13. D. quib. mod. pign. vel hypoth. soluit. Nempe propter rei iudicatarum autoritatem. Et quia res iudicata pro veritate habetur l. res iudicata 207. de regul. iur. Vnde illud etiam fit ut si pluris condemnatus sit debitor non restituendo pignus, quam fortis & vsurarum computatio faciebat, non sufficiat ad exonerandam hypothecam tantum soluere debitorem quantum reuera debebat. Nisi præterea offerat quanto plus est in condemnatione, licet contraria sententia humanitatis intuitu aduersus strictam iuris rationem obtineat l. si fundus 16. §. si pluris D. de pignor. An, ut quidam putant, quod si creditor ab extraneo plus suo debito exegisset, cogeretur debitori reddere pignoratitia actione l. si inter 21. §. vlt. eod. ut proinde iniquum sit plus debito exigere eum à debitore? Minimè. Neque enim debitori redderet creditor, quod ab extraneo plus debito exegisset autoritate rei iudicatarum, quasi quod ex iniuria aut stultitia iudicis potius quam ex re debitoris habuisset arg. l. 3. l. alienus 61. D. ad leg. falcid. Sed quia verum est non nisi pro ea summa quæ naturaliter & reuera credita est contractum pignus fuisse. Eadem ergo æquitas multo magis facere debet ut quauis confusione sublata sit obligatio adita per creditorem hereditate debitoris Seruiana tamen actio duret si hereditas ad alium peruenierit ex Trebelliano, nec pecunia soluta fuerit. Nam & quod magis mirum est si pignus nullum datum sit, & debitor fideiussori heres extiterit, eiuq; bona venierint, respōsum est à Papiniano in l. 3. De separat. extinctam quidem fideiussoriam obligationem, sed nihilominus posse creditorem impetrare separationem siue solus sit hereditarius creditor, siue alii concurrat. In qua specie illud quoque tractari potest. Qua ratione separationem bonorum fideiussoris impetrare possit hic qui fideiussoriam obligationem amisit, cum verum sit non nisi creditoribus concedi separationem l. l. eo. ti. Sed ratio est quam & Papi. exprimit, quod ratio iuris quæ causam fideiussionis exclusit propter principalem obligationem maiorem, & pleniorē, non debeat creditorem damno afficere qui sibi diligenter prospexerat. Dices fortasse non eandem esse rationem confusionis quæ sit obligationis fideiussoriarum, cum debitor succedit fideiussori aut fideiussor debitori, & illius quæ contingit adita per creditorem hereditate debitoris. Illa enim sit inuito creditore in cuius scilicet potestate non est facere ne debitor hereditatem adeat fideiussoris, aut ex contrario fideiussor debitoris. Facto autem vnus perimi actionem alterius siue ignoratis siue inuiti iniquissimum sanè fuerit. Quæ pculdubio Papiniani ratio est in d. l. 3. de separ. At in creditoris potestate est ne hereditatem adeat debitoris à quo heres scriptus sit l. nec emere 6. C. de iu. delib. sibi ergo imputet si vltro adeat. Quod si per Preteritorem cogatur adire ut restituat ipsi quidē imputari minus potest qui par esse habeat necesse, sed tamē quoniam factum eius interuenit, difficiliter. iij.

lius videtur ut ei subueniatur contra iuris rationem quæ obligationem omnem confusione perimit siue pignus eo nomine datum sit siue non. At respondeo utroque casu eandem esse iuris rationem quæ faciat ut obligatio confusione perimatur. Illam videlicet, quod fieri nunquam possit aut intelligi ut sibi ipsi quis debeat siue per propriam siue per alienam aditionem ea confusio acciderit. Utrique etiam casu eandem æquitatis rationem facere ut per huiusmodi confusionem damno affici non debeat creditor, cui reuera solutum non est, quisque sibi diligenter prospexerat, si modò nihil ei imputari possit, quomodo sanè nec imputandum quicquid est illi qui suspectam adire iussus, & coactus fuerit. Restituta igitur ex Trebelliano hereditate tametsi nullum pignus interueniret, succurrendum utique; ei esset ne damno afficeretur, quemadmodum & ob eam causam ius illi competere petendæ bonorum separationis ex rescripto Diui Pij docet Vlp. in d.l. 1. §. Sed si quis suspectam eod. tit. de separat. Non quidem ut restituantur ei actiones confusæ per aditionem (est enim mancipium minusque sufficiens in eam rem separationis remedium,) sed ut creditoribus hereditariis non teneatur. Quod verò ad confusam actionum restitutionem pertinet, manco remedio separationis, nullum certè auxiliū competit, si pignus non interuenit: sed interueniente pignore dico saluam manere actionem Seruianam, & perinde creditori eidemque heredi consuli siue agat de pignore siue conueniatur, quanuis tota obligatio & naturalis, & civilis confusione perempta sit, atque ei consuleretur ad impetrandam separationem si à creditoribus hereditariis urgeretur. Non igitur remanet naturalis aut civilis aliqua obligatio propter pignus, cum debitori qui pignus dederat creditor heres extitit, sicut nec in specie d. §. sed si quis suspectam & d.l. 3. de separat. remanet vlla obligatio propter separationem. Sed pignus facit, ut quamuis confusione sublata sit tota obligatio, supersit tamen remedium quo creditori succurratur, siue pignus possideat siue non, hoc est ut æquitas illa quæ non patitur ob solam iuris subtilitatem dano affici creditorem cui nihil imputari potest, non omnimodo destituatur iuris auxilio (quomodo aliter nonnunquam euenit ut destituatur, ut in d.l. 1. §. quæsitum eod. & in l. 2. §. quanquam D. de aqua, & aquæ plu. arc.) Quemadmodum & in specie d.l. 3. remedium separationis quod creditori datur efficit ne in damno moretur creditor, cui noceret alioqui confusio, cum propter sublatam obligationem fideiussoriam non posset ille contra debitorem agere ex causa fideiussionis l. cum reus 14. D. de fideiuss. de cuius sententia & emendatione scripsimus lib. 1. cap. 5. Et verò quid absurdius est quam putare naturalem obligationem propter pignus remanere, propter cæteras verò res non remanere? An non id perinde est ac si quis diceret creditorem ratione eiusdem debiti, & creditorem esse & non esse? Esse ratione pignoris, Quod ad alias verò res non esse. At sicut creditoris persona indiuidua est, ita & personalis obligatio in vno eodemque homine non potest non esse indiuidua. Alioqui quid dicemus si à pignoris obligatione creditor postea discesserit, nec tamen nisi solius pignoris ius remiserit? An idcirco extinctam dicemus naturalem illam obligationem, quæ, si Diis placet, propter pignus tantum remanserat? Id utique esset consequens, sed tamen absurdissimum. Nemo enim dubitat quin sublata pignoris obligatione personalis tamen remaneat l. soluitur in princip. & l. item liberatur D. quib. mod. pign. vel hypoth. soluit.

Vera

Vera emendatio & interpretatio d.l. debitor. 59.
ad Trebell.

CAP. XVII.



Utrum ex superioribus appareat quid Paulus senserit, reliquum est, ut legis verba ad auctoris sententiam iurisque rationem accommodemus. Id verò facile fiet, si quæ imperitus quidam interpretis audacior in textum contulit, ea nos pari sed feliciore audacia deleamus. Totum illum versiculum intelligo qui haud dubiè Bartolo cæterisque interpretibus omnibus imposuit *remanet ergo propter pignus naturalis obligatio*. Neque enim dubito quin irrepserit ex glosa, mali & inepti cuiusdam glossatoris, existimantis posse ita inferri ex iis quæ Paulus dixerat, præsertim verò ex proximis illis præcedentibus & *solutum non repetitur*. Cum ea potissimum vis sit obligationis naturalis ut soluti repetitionem impediatur l. naturales 10. D. de obligat. & action. l. quia naturalis 10. D. ad SC. Maced. l. si non fortem 26. §. libertus l. si id quod 64. & pass. de condict. indeb. At cur non idem credidit civilem quoque obligationem propter pignus remanere? Siquidem Paulus ait non tantum soluti debiti aut possessi pignoris retentionem creditori competere, sed etiam petitionem pignoris nomine. Constat autem ex ea obligatione quæ non nisi naturalis sit dari actionem non posse, sed tantum exceptionem & retentionem l. 1. §. id quod natura D. ad l. falcid. l. iuris gentium 7. §. sed cum nulla D. de pact. Etsi enim non ignoro aliam esse rationem naturalis obligationis, aliam pignoris pro naturali obligatione accepti, quæ quævis ex naturali obligatione peti nihil possit, pignus tamen quod pro ea datum est peti potest, sicut & fideiussor conueniri qui naturali tantum obligationi accesserit l. 1. l. si stipulatus 6. in fi. l. Græcè. 8. §. 1. l. fideiussor 16. §. fideiussor. D. de fideiuss. Attamen semel extincta per confusionem utraque obligatione & naturali & civili, aut saltè eadè subsistente utriusque; extinguendæ ratione, cur naturalem retinemus potius quam civilem? Aut cur non utraque simul, cum non idcirco durior futura sit condicio fideicommissarij, cui debitoris hereditas est restituta. Verum ille sæper scrupulus manet, quod naturalis obligatio remanere omnino videatur, si admittamus quod apertissimè Paulus scribit, non repetiturum fideicommissarium quod heredi post restitutam hereditatem soluerit. Et hoc sanè est quod interpretem præcipit egit. Sed animaduertere debuerat, non esse rectam consecutionem: nam ut soluti repetitio impediatur non ex eo fit quod naturalis obligatio subsistat, sed quia, ut superiori capite docuimus, perempta quoque naturali obligatione saluū maneat ius actionis hypothecariæ, propter illam perpetuam condicionem quam adnexam habet, si debitum non solvatur nec eo nomine satisfiat l. grege 13. §. etiam D. de pignor. Verum autem sit restituta hereditate per hæredem nec solutum fuisse heredi eidemque creditori, nec aliter satisfactum. Neque minus absurda sit hæc consecutio quam si quis inferat in specie l. 3. de separat. de qua etiam diximus, remanere fideiussoriam obligationem, postquam debitor fideiussori heres extitit, nec naturalem tantum, sed etiam civilem: Ex eo quod lex ait, competere creditori ius petendæ separationis quod solis creditoribus competit l. 1. eod. Neque rursus obstat, quod Paulus sic loquitur. *Possidet enim eam rem quasi creditor*. Nam id munus proprietatis dictum videri debet, & ad præteritum potius quam ad præsens tempus referri si cum Papiniano loqui volumus cuius longè exactior fuit in bene & partitè loquendo

diligentia. Sic enim ille scribit in d.l.3. *petente eo cui fideiussor fuerat obligatus.* vt ostendat creditorem amplius non esse eum qui antea fuerat. Quem tamen possis etiam creditorem dicere apud Paulum, quia, quod ad pignus vel retinendum, vel persequendum attinet, non minus iuris habeat, quam si creditor maneret. Alioqui si verè creditorem velis dicere etiam post restitutam hereditatem qualis erat antè aditam: probabis æquè facile non tantum naturale, sed etiam civilem obligationem manere, quia ab initio fuit: nam nec propriè creditor dicitur is cui natura tantum debetur l. creditoribus 10. de verb. signific. Porro si extincta omni obligatione nihilominus Seruiana durat & competit pignoris nomine aduersus fideicommissarium possessorem, idque propter naturam & condicionem propriam obligationis pignoratitiæ: Quis iam miretur cessare repetitionem si debitum fideicommissarius soluerit? Si quidem nec indebitum, nec sine causa solutum videri potest quod si non ad liberandam soluentis personam iam ipso iure liberatam, saltem ad liberandum pignus profuit. Alioquin eadem ratione dicendum esset tertio possessori qui creditori Seruiana agenti soluerit vt pignus liberaret, competituram repetitionem, cum nihil ipse debeat, quod sanè & falsum est & absurdum. Non enim liberaretur pignus si conditio soluti competeret l. cum quis 38. §. de peculio & seq. D. de solut. l. si non fortem 26. §. si decem de condict. indeb. Atqui pignus liberatur l. Paulus 12. §. vlt. & pass. quib. mod. pign. vel hypoth. soluit. Nec dicita comparatum ob eam causam quod repetitio nulla sit ab eo qui suum recepit, tamen si ab alio quam vero debitore solutum sit l. repetitio 44. de condict. indeb. Nam etsi verus debitor reuera nullus esset forte quod à solo fideiussore datum esset pignus cui postea debitor heres exitisset, non eò minus impediretur repetitio, quamuis extincta esset obligatio fideiussoria cui pignus accesserat d. l. cum quis 38. §. vlt. de solut. Sed & adita per creditorem hereditate debitoris qui pignus dederat, vt in d. l. debitor, si poneres tertium pignoris possessorem soluere ereditori eam pecuniam pro qua pignus interuenerat, certè non repeteret, tamen si principalis obligatio nulla subesset, quoniam & Seruiana conueniri posset. Etenim si conditio aduersus eum locum non habet qui solutionem petere non potuerat, subsistente licet naturali obligatione, quantum minus locum habebit aduersus eum qui agere poterat, quamuis nec naturalis nec civilis subesset obligatio? At vt deamus quid in ea specie quam Paulus tractat, responderi debuerit si heres idemque creditor, non coactus sed sponte hereditatem debitoris adiisset, tum restituisset? Quanquam enim ad induendam confusionem obligationis tam naturalis quam civilis nihil refert an sponte an coactus hæres adeat, cum utroque casu eadem sit vis & potestas aditionis, hætenus tamen interesse videretur quod ei qui coactus adit imputari nihil potest cur eius facto obligatio confusa sit, quod ipsum imputari potest ei qui vltro adiit: propter quam causam, & in separatione bonorum impetranda nemo dixerit idem privilegium spontaneo heredi competere debere, quod coacto dat Vlpianus in l. 1. §. sed si quis suspectam ill. tit. De separat. Sibi enim imputet qui sponte adierit l. quæ dotis 33. D. solut. matrim. Sed tamen in proposta questione aliud est. Nam quod dicimus creditori eidemque heredi post confusionem, & extinctam obligationem, superesse ius petendi an persequendi pignoris, non fit ex sola æquitate quasi ei succurrendum sit contra iuris rigorem, quod euenit in Edicto *De separationibus.* Sed ex mera iuris ratione naturaque

Seruiana

Seruianæ actionis, quæ ipso iure tamdiu tenet quandiu solutum non est aut aliter satisfactam. Ergo cum eo quoque casu quo heres sponte adiit, verum sit pecuniam solutam non esse, fatendum est eo etiam casu idem admitti debere vt saluum habeat ius pignoris siue retinendi siue persequendi. Non enim de illo quærendum est, An ei imputari quicquam possit, sed an ipsi solutum sit necne. Cur ergo, inquires, tam exactè tractat Paulus de eo qui suspectam adire iussus est, si in spontaneo herede non aliud respondendum existimauit? Nam & hoc errandi causam maximam nostris præbuit, An quod non debeat coacta aditio damno esse heredi, vt vulgo creditur. l. quia poterat 4. eod. tit. Minimè. Sed quoniam qui coactus adit, eum certum est nihil profusus lucri & commodi ex hereditate retinere posse l. ita tamen 27. §. qui suspectam & §. si præceptum l. si patroni 55. §. qui fideicommissam eod. vers. quid ergo eod. idèoque minus dubitari potest quin hereditatis aditio vim & potestatem solutionis non obtineat. Cum si vltro ille adiisset, quærendum esset an quartam ex Pegasiano retinuisse, aut quid aliud ex voluntate testatoris quod non adita hereditate non habuisset. Id enim Seruianam utique perimeret, quod hoc casu non tantum cõsula obligatio, sed etiam solutum debitum videretur aditionis potestate. l. debitori 50. D. de fideiuss. iunct. l. Stichum 95. §. aditio l. de solut. l. 2. §. cum quis de hered. vendit. l. irritum 6. C. ad leg. falcid. ex quibus locis apparet aditionem confusionis quidem vim semper habere, sed non semper solutionis: at eo duntaxat casu quo effectu heres maneat creditor qui debitoris hereditatem agnouerit non inspecto eo, An damnosa sit hereditas an lucrosa, quia cum videatur soluendo esse quælibet hereditas quæ inuenit heredem l. 3. D. ad leg. falcid. l. libertus 36. D. de bon. libert. sibi ipsi soluisse intelligendus est quisquis heres sit, nullo alio existente quem pro debito conuenire possit l. quæ dotis 33. D. solut. matrim. l. & aliam quoque rationem ibi Africanus adferat quod secum pensasse intelligatur. Quam sanè nimis imperitè & barbarè explicant qui sic interpretantur. Quod priusquam hereditatem damnosam heres adiret, intelligatur secum deliberasse, tum maturo consilio & iudicio adiisse. Quasi *pensare* Latini dicant pro eo quod Galli *pensere*. Nam imò *pensasse* dixit African. pro *compensasse*, vt & Papin. in l. vnum ex familia 67. §. sed si vno, & §. si duos de legat. 2. & alibi passim. Et sensus est videri heredem secum compensasse quod ei defunctus debuerat, quia hereditatem adeundo cœperit obligatus esse creditoribus omnibus hereditariis etiam supra vires hereditatis. Quæ ratio eodè sanè recidit, quo superior. Paria enim sunt, Videri heredem secum compensasse, & videri eum sibi soluisse, cum compensatio instar solutionis habeat l. si constat 4. cum seq. l. inuicem 12. & pass. C. de compensat. l. si ambo 10. D. de compensat. l. amplius 19. D. rat. rem haber. Cum ergo dicimus heredem qui vltro adierit perinde Seruianam habere debere atque si coactus adiisset, de illo intelligimus, qui totam hereditatem restituit, plenamque fidem voluntati testatoris exhibere maluit, quam ex hereditate aliquid retinere: de quo in l. patrem 19. & l. debitorem 20. D. quæ in fraud. credit. l. si heres ab eo 68. §. vlt. ad Trebell. quod hodie facilius euenire potest, postquam placuit falcidiam, quam Trebellianicam vocant, non minus quam eius quæ ex legatis debetur deductionem prohiberi posse, Auth. sed cum testator vbi DD. C. ad leg. falcid. Cur enim deterioris conditionis sit hic qui sponte totam hereditatem restituit, quam si suspectam dixisset, & adire tum restituere coactus

g j

fuisse? Cùm ex restitutionis effectu appareat non sui sed alieni compendij causa eum adiisse. Aut qua fronte obsecro imputare fideicommissarius possit heredi cur vtrò adierit, cùm non solum huiusmodi aditionis commodum ipse sentiat, sed etiam inuitum eum si recusasset adire, coacturus fuerit per Prætorem. Nam etsi sponte aditam hereditatem heres vtrò vendiderit, placet ex æquitate consulas actiones ei restitui debere in emptorem hereditatis l. 2. §. cùm quis de hered. vendit. At magis mirum illud est quod Paulus subiicit, Re integra non esse compellendum creditorem adire nisi prius de indemnitate illi cautum esset vel soluta pecunia. Hoc enim cur ita? Si etiã non factò eo saluum ipsi manet ius pignoris siue possideat siue non. Et putò duplicem rationem adferri posse. Priorem illam quòd creditoris interfit, vel ob id maximè ne dubium timeat litis euentum, nec de eo disputare cogitur quod satis obscuri & controuersi iuris esse, vel ex ipsa Pauli disputatione nostrorumque erroribus intelligitur. Alteram vt perituræ obligationis personam damnum effugiat, indemnitate scilicet cautionem vel pecuniam pro personali obligatione habiturus. Siquidem ipsius interest non tantum actionem habere in rem, sed etiam in personam, vt tantò facilius debitum consequatur, cùm plerunque difficile sit emptorem pignoris inuenire, ius autem dominij impetrare multò difficilius & longioris moræ vt constat ex hac ipsa lege in illis verbis *cùm emptorem pignoris non inueniret*, Iunct. l. vlt. C. de iur. domin. impetr. l. si dubitet 10. D. de fideiuss. sicut & interest creditoris plures reos habere licet singuli soluendo sint l. 3. §. vlt. de liber. legat. Id verò eleganter Paulus confirmat ea ratione quòd etiam cum de lucro heres scriptus agit fortè qui legatū acceperit sub ea cõdicionē si heres nō extitisset, placuit non esse cogendum adire nisi legato præstito. Quãtò minus ergo cogendus erit adire, nisi cautione indemnitate præstita aut soluto debito si non de lucro certet sed de damno? Quamquam non putat Paulus defendi posse in proposito exemplo aliorum sententiam: vt fuit ille vir acris ingenij & ad dissentendum à cæteris satis facilis, nec plerunque sine magna ratione, vt colligere licet ex l. lecta 40. de reb. credit. l. Æmilij 38. De minor. l. Clodius 97. de acquir. hered. l. debitor 82. de legat. 2. l. Paula 27. §. Pompeius l. quæsitū 78. §. cùm vir ita de legat. 3. Mouetur autē fortissimo argumẽto, quòd cõtrà defuncti voluntatē illud esse videatur vt cogatur adire heres in cuius voluntate testator posuit aditionem legando illi si non adiret: Et cùm alterutrum testator dederit nos ei vtrumque præstamus, nimirum legatum & hereditatem, quod sanè absurdum est. Neque enim in rebus testatoris debet vnquam iudex liberalior esse testatore. Qui certè Pauli sensus est in illis verbis *sed cùm testator alterutrum dederit nos vtrumque ei præstamus*: quæ nostri malè sic accipiunt, quasi aliorum sententiam subsequi Paulus velit, quam ex cõtrario impugnat euidentissimè. Si tamen receptiorem aliorum sententiam tueri quis velit, poterit fortasse non malè respondere, non vtrumque hic dari legatario, sed legatum duntaxat, cùm inuitus hereditatem adeat, nec suo commodo aut periculo sed fideicommissarij cui totam restituere debeat: nec quicquam in eo fieri contrà voluntatem testatoris quem credibile sit ei legando si non adiisset, id potiùs animo agitasse vt ipsi consuleret si voluntarius heres non esset, quàm vt præmium ei daret suæ perfidie si supream defuncti preces omnino & effectu ipso destitueret vt Papinian. loquitur in d. §. qui fideicommissam vers. quid ergo l. si patroni

patroni 55. ad Trebell. Maximè cùm nec verisimile sit voluisse eum legare vt iudicia sua euerteret arg. l. 3. D. de testam. milit. nec legatum valere possit non adita hereditate ex testamento l. ea quam 14. C. de fideic.

Ad l. 2. C. de iur. pignor. & l. penult. §. j. D. de except. rei indicat.

CAP. XVIII.

MIRANTVR plerique quod scriptum est in l. 2. C. de iur. pignor. etiã submota personali actione vincula pignoris dure, cùm certi iuris sit pignoris vinculum accessoriũ esse ad personale actionem, sublato autem principali non posse accessoria consistere l. cùm principalis De regu. iur. cap. accessorium cod. in 6. Nec habent nostri quod pro tuenda legis huius sententia proferrant, nisi Iustiniani constitutionem in l. cùm notissimi 7. C. de præscr. 30. vel 40. annor. qua factum est vt licet & personalis actio quæ creditori aduersus debitore competit triginta annis finiatur, hypothecaria tamen in quadragesimũ vsque annum extēdatur. Ita enim fit vt toto vltimo decennio submota personali actione duret tamē vinculum pignoris. Sed cū d. l. 2. sit Imperatoris Gordiani qui multis annis floruit antè Iustinianum adeoque ante Anastasium qui primus induxit ius tricenarię præscriptionis in l. sicut 3. & l. omnes 4. C. de præscr. 30. vel 40. annor. non video qua ratione ex posterioribus legibus petere liceat interpretationem ad priorem & antiquiorem. Nec felicior hac in re vir doctissimus Iacob. Cuiac. qui lib. 15. Obser. cap. 23. scripsit coniungendam esse d. l. 2. cum superiore, quæ est de duobus heredibus debitoris sub pignore obligati, quorũ alterutro soluente, licet pro eius parte tollatur omni iure personalis actio & obligatio, hypothecaria tamen remanet qua singuli heredes in solidũ tenentur propter indiuisam pignoris causam l. rem hereditaria 65. D. de euct. l. j. & 2. C. si vnus ex plurib. hered. debitor. vel credit. Nã in huiusmodi specie cùm subsit adhuc pro parte personalis actio minus mirũ est durare vinculum pignoris in solidũ. d. l. 2. C. si vnus ex plurib. At Gordianus eum casum significasse videtur quo duret pignus etiã submota in totũ personali actione. Accomodatius igitur exemplum illud est si bonã litē creditor vitio suo amiserit, & ob malè dictatam actionem aut quia litem deseruerit causa ceciderit. His enim casibus nō idcirco liberatũ pignus intelligitur, tametsi personalis actio submota sit l. qui occidit 30. §. j. D. ad leg. Aquil. l. si superatus 3. in princ. & §. j. l. seruũ quẽ 27. D. de pign. l. si p imprudentia 51. D. de euct. l. debitor 59. D. ad SC. Trebell. l. Stichũ aut Paphilum 95. §. si mādatur de solut. Cuius rei ratio illa reddi potest, quòd licet personalis actio submota & amissa sit, ipsa tamē obligatio durat cui pignus potest accedere. Separatã enim est obligatio ab actione, nec nouũ est accedere pignus obligationi etiã si nulla actio sit, vt cõtingit cū principalis obligatio naturalis tantũ est, ex qua cõstat actionē nō dari sed tantũ exceptionē & retentionē. At illud magis mirũ est quod in superioribus pbauimus, sublata quoq; & extincta prorsus obligatione omni tã naturali quàm ciuili, su pesse nihilominus vinculum pignoris, & actionē Seruianã, vt in specie d. l. debitor 59. D. ad Trebell. Iam verò videamus ne & illud admitti possit, quod longè difficilius est, sublata etiam obligatione pignoris, & extincta, durare tamen quasi Seruianã & hypothecariã quæ nō nisi pro pignore cõpetit. Est enim, meo iudicio, textus in

eam rem, non minùs elegans quàm apertus in l. ex sextante 30. §. Latinus largus D. de except. rei iudicat. In cuius specie negari non potest quin prorsus extinctum sit ius pignoris propter acquisitum creditori dominium rei pignoratæ, vt pote quæ domino suo obligata esse nullomodo possit l. neq; pignus 45. de regul. iur. l. si rem alienam 29. D. de pig. act. Et tamen si res illa quæ pignorata fuerat euicta sit per creditorem posteriorem, quo tẽpore antiquior creditor ius suum ignorabat, deinde antiquior quæsitum sibi ius ex causa anteriore postea compertum exequi velit, placet Paulo cõpetituram ei hypothecariã, quam eo loco pignoratitiã vocat, quod datur pro pignore. Rationem verò adfert illã ipsam qua idem mouetur in d. l. debitor, quod verum sit & pignori datam rem fuisse & satisfactum nõ esse. Sufficit enim personã extare in quam dirigi possit actio, nec solutione aut alia satisfactione quæ solutionis loco cedat, sed qua alia ratione extinctum esse ius pignoris, Nempe quoniam qui agit quasi Seruiana nec dicit nec probare debet rem sibi pignoris iure teneri eo tempore quo agit, sed illud tantum vtiliter contractũ fuisse pignus eo tẽpore quo fuit cõstitutũ, nec secuta esse postea solutionem, aut satisfactionem. Neque verò recipi illud potest quod nostris placere video: Pignoris obligationem in propofita specie non omnino perimĩ ex dominij acquisitione, propterea quòd ea acquisitio nõ sit prorsus irreuocabilis. Repugnant enim apertissima illa Pauli verba *Neque enim potest pignus perseverare domino constituto creditore*: quæ etiam si non essent, ipsa tamen iuris ratio, quã diximus, manifestè id euinceret. Multò minùs autem admittẽdum fit, si quis tentet obligationẽ pignoris, quæ ex dominij acquisitione perempta sit, euictio dominio reuiuiscere, Quasi potestas euictionis tollat intellectũ acquisitionis, vt Papinianus loquitur in l. si patroni 55. §. vlt. D. ad S. C. Trebell. Obstat enim certissima & perpetua iuris regula quæ obligationem semel extinctam nunquam patitur reuiuiscere l. qui res 98. §. aream D. de solut. l. cum ex causa 9. C. de remis. pignor. Illud igitur necessariò consequens est, quod nescio an adhuc quisquã obseruauerit, vt sublato prorsus vinculo pignoris, citrà solutionem tamen aut satisfactionem, duret nihilominus hypothecaria. Sanè quod notauit Bart. ad d. l. debitor & verũ est & ex vtroque Pauli loco rectissimè probatur, dominium rei pignoratæ quæ ad creditore peruenit reuocabiliter non perimere hypothecariam. Sed distinguẽdum est, vt dixi, ius pignoris à iure hypothecarię in fideiussore nõ similiter tractari hoc potest. Nam debitore quoquomodo liberato fideiussorem quoque liberari necesse est, licet creditori solutum non sit, nec aliter satisfactum; quia non eam condicionem habet fideiussoria actio quam hypothecaria si debitum solutum nõ sit. Quæ Africani sententia & ratio est in l. cum quis 38. §. vltimo de solut.

Emendatio l. si pignore 22. §. si prado D. de pignor. act.

CAP. XIX.



VIREM alie nam pignori dedit non eò minùs potest pignoratitia agere soluta quandocunque pecunia l. si rem 9. §. is quoque D. de pignor. act. Et si enim alienæ rei pignus non consistit l. & quæ nondum 13. §. quod dicitur & pass. de pignor. pigno-

pignoratitia autem competit ad eius rei repetitiõnem quæ pignoris nomine fuerat obligata tot titul. De pignor. act. Sufficit tamen ad pignoratitiam quòd in causam pignoris res tradita sit, debitiq; solutionem creditor acceperit. Cùm si reuera contractum esset pignus restitui nunc deberet. Alioqui melioris esset condicionis qui alienam quàm qui debitoris rem pignori accepisset. Et cùm debitori pro re aliena competere non possit vindicatio, multòque minùs condicitiõ (nam aduersus extraneum, id est qui dominus non sit, etiam vitiosa possessio prodest. l. vlt. de acquir. possess. Et in pari iure aut potius non iure, melior est condicitiõ possidentis quàm condicentis l. si ob turpem 8. D. de condict. ob turp. caus.) alienam rem pignoris nomine retineret impunè creditor si pignoratitia conueniri non possit. Nec distinguemus an qui rem alienam pignori dedit sciens dederit: An verò suam existimans, puta quam paulò antè bona fide emisisset ab eo quem dominum esse existimabat, vt in l. si rem alienam 29. D. de pignor. act. Nam etsi prado rem pignori dederit, ac deinde debitum soluerit aut aliter eo nomine satisfecerit, competit ei pignoratitia, nec tantum de pignore, sed etiam quod magis est de fructibus, si quos fortè creditor ex pignore perceperit l. si pignore 22. §. si prado D. eodem. Competit enim pignoratitia non tantum ad rem ipsam, sed etiam ad accessiones, puta fructus & vfuras l. quamuis 6. §. vlt. & l. seq. eod. tit. l. i. C. eodem. In quo tamen, quod ad pradonis personam attinet, dubitationem illud facit, quòd fructus lucrari nullomodo possit. Nam si extent eo tempore quo rem suam dominus ab eo vindicabit, venient etiam in causam vindicationis, si consumpti erunt condicentur l. certum 22. C. de rei vindicat. de quo scripsimus lib. 4. cap. 17. Cur ergo ei permittatur fructus petere à creditore quos omnimodo alteri prestare debeat? arg. l. dolo facit 8. D. de dol. except. Sed respondendum est dolo non facere eum, qui petit quod redditurus est alij quàm illi à quo petit l. si focer 44. §. Lucius D. soluto matrimonio. Neque æquum esse propter personam pradonis qui creditori satisfecerit, remanere fructus penes creditorem nullo iure & sine causa facit l. si vrbana 55. D. de condict. indeb. Ita enim fieret creditor ipse prado ratione fructuum, eoque odiosior, quòd pradandi causam captaret ex contractu bonæ fidei, cui prado alius, scilicet debitor, ex sua parte satisfecisset. Sed & generaliter traditum est eum qui ab aduersario suo possideat, nunquam debere, propter hoc quod possideat, vincere l. i. §. vltimo & l. 2. D. vti possidet. Nec nouum est antiquiori pradoni aduersus posteriorem pradonem competere actionem sicut & interdictum l. i. §. qui à me D. de vi, & vi armat. Idque est quod Vlpianus scribit in d. §. si prado, vbi tamen quod sequitur, *proderit igitur ei quod creditor bona fide possessor fuit*, non possum ego intelligere. Nam si verum est quod paulo ante Vlpianus dixerat, pradonem hunc qui actione pignoratitia fructus consecutus sit non posse eos suos facere, quoniam & extantes vindicari & consumpti condici poterunt, quænam obsecro ea in re pradonis vtilitas futura est? Debuerat igitur sic potius Vlpianus scribere, *non proderit igitur, &c.* Quanquam ne hoc quidem placeret. Quis enim admittat creditorem bonæ fidei possessorem videri ratione fructuum, quos ex pignore perceperit, præsertim post datam pignoratitiam, hoc est soluto debito? An non scit ille se pro-

alieno possidere ob idque nec usufructu potest? l. pignori 15. D. de usufructu, nec ad eos fructus retinendos longi temporis prescriptione se defendere, l. ult. C. de pigno. act. aut quid si creditoris mala fides aperiens sit in eo quod rem alienam sibi à pignore datam esse sciuerit? An eo minus tenebitur ad fructuum restitutionem? Imò tantò magis quòd ex duplici aliena rei scientia duplicem quoque malam fidem habuerit. Non igitur pignore eidemque debitori prodest ad fructus pignoratitia actione consequendos, quòd creditor bonae fidei possessor fuerit, quin potius, quòd cum pro alieno sciens possederit rem obligatam, in mala fide sit, si fructus ex ea re perceptos nullo iure retinere velit. Proinde fatendum est imperiti interpretis esse totum illum versiculum *proderit igitur ei quod creditor bona fide possessor fuit*: nec potest meo iudicio duci quicquam aperiens: fiet autem verisimilius, si ea coniungas quae de simili mendae correctione scripsimus ad l. debitor 59. D. ad SC. Trebell. cap. 17. supra.

*Vera lectio & interpretatio l. post contractum 15.
D. de donat.*

CAP. XX.

FLORENTINA lectio habet, *Post contractum capitale crimen donationes facta non valent ex constitutione Diuorum Seueri & Antonini, nisi condemnatio secuta sit.* Omnino male: ita namque sequeretur à contrario sensu valere huiusmodi donationes si condemnatio secuta sit, quòd absurdum est. Vt enim non valeant potius quam ut valeant facere condemnatio debet, quandoquidem secuta. Rectior vulgata *donationes facta valent, nisi condemnatio secuta sit.* Vt sensus sit donationes post contractum capitale crimine factas non valere, si condemnatio secuta sit: valere, si condemnatio secuta non sit. Secutam verò intellige non eam quae donationem praecesserit, ut nimis imperite Accursius interpretatur, (alioqui scribendum erat *nisi condemnatio praecesserit*, non quo modo scriptum est, *nisi condemnatio secuta sit*) sed eam quae ut verba sonant secuta sit non solum post contractum capitale crimen, verum etiam post factam donationem. Sed omnium rectissima lectio est Haloandrina, quae retenta negatione quam habent Pandectarum Florentinorum legit tamen in sequentibus *si condemnatio secuta sit.* Et si enim huius idem, qui vulgatae lectionis sensus esse videtur, & iam olim ab Odofredo vetere interprete traditus, est tamen haec elegantior, & probabilior, propterea quòd nulla opus erat Imperatorum constitutione ad inducendum ut valeret donatio, quae à domino facta esset, cum certi iuris sit etiam post contractum capitale crimen dominum manere eum, qui deliquerit, adeoque reum laesae maiestatis l. quaesitum 15. D. qui & à quibus manumit. Nil autem sit tam naturale quam voluntatem domini res suas in alium transferre volentis ratam haberi l. qua ratione 9. §. haec quoque res D. de acquir. rer. domin. Vt verò donationes haec non valerent licet factae à domino, constitui necesse fuit, cum subesset causa sic constituendi, & tamen communes iuris regulae resisterent. Sicut & necessarium fuit Diui Pij rescriptum ut impedirentur libertates ab eo datae qui aut iam lege Cornelia damnatus esset, aut futurum prospiceret ut damnaretur. l. qui poenae 8. D. de manumiss. Ex cuius loci coniunctione cum

cum d. l. post contractum (est enim uterque locus ex Marciani Institutionum libris, quamuis inscriptio fortasse mendosa diuersos locos praese ferat) apparet tractasse Marcianum, non quae donationes valeant, quae fuisset superuacua, & infinita tractatio, sed quanam non valeant, ex quarum speciali enumeratione constaret caeteras omnes valere. Cur non enim valeant omnes quae non sunt prohibita? Id igitur Marcianus docere voluit, cum quaeritur: an post contractum capitale crimen factae donationes valeant, eam duntaxat adhibendam esse distinctionem, utrum condemnatio postea secuta sit, necne. Si condemnatio secuta sit omnimodo non valere, si secuta non sit, valere. Huius verò distinctionis quam Imperatorum constitutio induxit, illa ratio non est quam nonnulli adferunt, quòd in bonis delinquentis fiscus habeat ius taciti pignoris à die commissi delicti (id enim falsum esse vel ex eo maxime constat quòd caeterae alienationes ex causa onerosa non ob id solum reuocari possunt quòd post contractum capitale crimen factae sint, ut mox videbimus) sed quòd non sine suspitione poenae factae videantur donationes quae post contractum capitale crimen factae sunt, quandoquidem vix est ut ab eo tempore non suspicetur is qui deliquit vel in perditissima Republica fieri posse ut delicti poenam aliquando sentiat. Quòd non obscure Marcianus significat in d. l. qui poenae, iis verbis *vel cum futurum prospiceret ut damnaretur.* Eodemque pertinet quòd Ulpianus scribit in l. si aliquis 7. D. de mort. caul. donat. donationes quae inter viuos factae sunt valere, tamen si donator capitis poena postea affectus fuerit dummodo sine suspitione poenae factae sint, id est, ut ego interpretor, ante contractum capitale crimen. Propter quam causam & in l. si quis posthac 9. C. de bon. proscript. scriptum est *ea etiam quae ab innocuo adhuc marito.* Et in vers. si quid etiam, *ante tempus criminis,* & alio loco, *ante iniuriam actus.* Vt intelligamus secutam condemnationem ex causa capitalis criminis non posse facere quin valeant donationes ante contractum capitale crimen perfectae, sed facere ut non valeant quae post contractum factae sint. Itaque sicut in pendenti est an donatio secutura sit, ita donationis quoque validitatem in suspenso manere necesse est, quousque certum sit vel secutam esse condemnationem, vel sequi amplius non posse, puta defuncto eo qui deliquit ante condemnationem, unde illud etiam fit quòd Papinianus scribit in l. donationes 31. §. ult. D. de donat. ratas esse non posse donationes post crimen perduellionis contractum, id est non esse in his donationibus locum illi distinctioni, an secuta sit condemnatio, necne, neque incerto eo manere donationes istas in suspenso, sed indistincte & statim irritas haberi debere, ratione illa quòd singulari iure perduellionis crimen heredem quoque teneat, etsi nondum postulatus vita decesserit l. ult. D. ad leg. Iul. maiest. l. penult. & ult. C. eod. d. l. si quis posthac C. de bon. proscript. Ex quo magis apparet quòd volumus, in caeteris criminibus quorum persecutio aduersus heredem non similiter competit, adeoque in crimine laesae maiestatis extra perduellionatum, illam semper distinctionem obtinere, an condemnatio viuo donatore secuta sit, vel non, at eo casu, quo viuo donatore secuta non sit non distinguimus: An aduersus heredem sequi possit propter factam, cum defuncto litis contestationem, quia crimina publica ferè omnia morte finiuntur, nisi condemnatio praecesserit, nec perpetuantur per contestationem licet actum sit ad poenam pecuniariam l. 3. l. defuncto 6. vbi Bart. de publ. iudic. l. defunctis 5. & pass. C. si reus vel accusat. mort. fuer. Dixi *ferè omnia*, quoniam

excipitur crimen perduellionatus d.l.vlt.D.ad leg.Iul.maieft.peculatus, de residuis & repetundarum l.vlt.D.ad leg.Iul.pecul.l.ex iudiciorum 20. D.de accusat. quibus nostri comparat crimen hereseos & ἀποστασίας quod ad laesam maiestatem diuinā pertineant l.4.C.de heret.l.4.C.de apostat. Itēque si quis sibi ipsi mortē cōsciuerit cōscientia delicti d.l.defunctis l.1.& tot.ti. De bō. eor. qui mort. sibi consc. Addunt aliqui crimen desertæ militiæ ex l. defunctorum 4.C.de re milit.lib.12.tit.36.vbi refert Imp. Alex. constitutum esse ab Imperatoribus Marco & Antonino vt defunctorum in desertione bona confiscanda sint, quod sanè antea non obtinebat, cum desertionis crimen, sicut cætera morte solueretur l.1.C.si reus vel accus. mort. fuer. Addunt & crimen veneficij si maritus ab vxorē veneno interfectus esse dicatur ex l. Lucius 9. in fi. D.de iur. fisc. Sed omnino malè, nam & crimen hoc morte extingui Modestinus eo ipso loco scribit his verbis, *morte re a crimine extincto*. Persecutionem tamen eorum quæ mulier sibi per scelus quæsiuisset fisco cōpetere posse respondit. Non quod pecuniariæ pœnæ persecutio competere possit aduersus heredem non condemnati, sed quia longè aliud sit pœnā pecuniariam persequi, aliud verò id agere ne ex defuncti scelere heres ditetur. Nam sicuti pœna ex delicto defuncti heres teneri non debet, ita nec lucrum facere si quid ex ea re ad eum peruenerit l. sicuti 38. de regul. iur. l. nunc. C. ex delict. defunct. aliisque innumeris. Sufficit enim non in damno versari heredē, non etiam lucrum subire, quomodo legenda fortasse est ratio Vlpiani ad hanc rem pertinens in l. 3. in princip. D. de vi & de vi armat. Sanè priuatorum delictorum alia ratio est. Quæ enim ex iis actiones competunt pœnales, non solum ciuiles, sed etiam criminales transeunt aduersus heredes, si modò contestatæ sint, licet non sit secuta condemnatio, vt apertè scriptum est in d.l. ex iudiciorum in fin. de accusat. vbi differentia hæc traditur inter crimina publica & priuata, quæ tamen nulla erit si quod lex ait, ex priuatis delictis pœnam incipere posse ab herede, si viuo reo accusatio mota sit, licet non fuerit condemnatio secuta, tu cum Accursio & Bartolo sic intelligas, si ciuilitè agatur: nam ex iudiciorum publicorum admissis ciuilitè agi nunquam potest, sed tantum criminaliter. De priuatis verò delictis & ciuilitè, & criminaliter l. vlt. D. de furt. l. vl. de iniur. Si qua igitur hac parte differentia est inter crimina publica & priuata, eam tunc subesse necesse est, cum de priuato crimine agitur criminaliter: quod & significant verba illa, *si viuo reo accusatio mota sit*, quibus apertè vim facit Accursio. accusatorem pro actione accipiens, vt subinde actionem ciuilem intelligat, cui accusatorem nomen nullo modo conuenit. Et huc etiam pertinet, meo iudicio, quod scriptum est in l. constitutionibus 33. de oblig. & act. Constitutiones enim de quibus Paulus eo loco, de priuatis delictis sunt non de publicis, vt innuit l. 1. D. de priuatis delict. facit l. omnes 26. l. sciendum 58. eod. tit. d. l. vnic. C. ex delict. defunct. Quod non intelligens Haloander malè negationem addidit in illis verbis, *transmissam videri*, rectè verò Paulus, *quasi lite contestata cum mortuo*, quia quado de crimine agitur criminaliter nulla propriè sit litis contestatio, cum agatur ad vindictam potius quàm ad rem, ex quo magis apparet debere Paulum intelligi de actionibus criminalibus ex priuatis delictis descendentibus. Nam in ciuilibus, licet ex delicto descendant, perinde ac in iis quæ ex contractu vera sit litis contestatio. Et de iis accipiendæ sunt suprascriptæ leges quæ loquuntur de pœnalibus actionibus post litem contestatam aduersus heredē

dandis.

dandis. Idem quoque probatur non malè ex d. l. 31. defuncto 6. D. de public. iudic. d. l. defunctis 5. & pass. C. si reus vel accus. mort. fuer. aliisque locis innumeris qui cum morte crimen extingui aiunt de publicis tantum criminibus loquuntur vt appareat aliud esse in priuatis, Nil obstante eo quod scriptum est in d. l. j. De priuat. delict. Ciuilem esse constitutionem, pœnalibus actionibus nec heredes teneri nec cæteros successores. Debet enim id intelligi, Nisi his de crimine contestata sit vel quasi cum defuncto d. l. constitutionibus l. 26. l. 58. de oblig. & act. d. l. nunc. C. ex delict. defunct. & d. l. ex iudiciorum 28. D. de accusat. Sed superuacua est de priuatis delictis tractatio in interpretatione l. post contractum, quippe quæ locum non habeat nisi in delictis quorum pœna sit bonorum aut vniuersorum aut partis publicatio, quæ ex priuatis criminibus numquam irrogatur. At neque hodie ex publicis nisi per paucis de quibus tractant nostri ad Auth. bona dānatorū C. de bon. proscript. & ad Auth. incestas C. de incest. & inutil. nupt. Vt proinde rarissimus hodie sit vsus dictæ l. post contractum, Nisi proponas ex donationibus post contractum capitale crimen factis ita diminutum delinquentis patrimonium vt fraus fiat pœnæ pecuniariæ quæ in locum publicationis successit. Alioqui quid in fraudem fisci factum videri potest cui tota pœna soluitur? Itaque non sunt hic separanda vt olim crimina capitalia à non capitalibus, sed ea tantum quæ publicationis pœnam retinuerunt à cæteris, ex quibus non nisi pecuniaria infligitur. Quænam verò illa sint scriptimus in Codice fabaudito, nec proprius hic est de iis dicendi locus. Vt igitur ad rem redeamus. Ratio propter quam irritæ fiunt donationes post contractum capitale crimen factæ, si postea secuta sit condemnatio illa sola est, quod factæ videantur in fraudem fisci, cum non sine suspitione pœnæ fieri potuerint. Ideoque nihil planè interest an factæ sint antè motam accusationem an post, sicut nec vtrum antè cōdemnationem an post, dummodo post capitale crimen contractum. Neque rursus an aliæ fraudis coniecturæ & præsumptiones concurrant necne quas hic Bartolus diligenter congerit. Illa enim sola sufficit, quod à die commissi delicti suspicio pœnæ nata sit. Sufficit autem si modò postea secuta sit condemnatio. Neque enim iusta est coniectura suspitionis pœnæ, nisi constet de crimine, & quidem per sententiā. Quid enim si absolutio licet iniusta sequatur? An non res iudicata pro veritate habebitur? Quid item si interea reus moriatur? Quis fiscum audiat allegantem pœnæ suspitionem perempto crimine? Eadem verò ratio facere debet, vt libertates ab eo datæ qui capitalis criminis reus factus fuerat interim valeant, nec aliter irritæ fiant quàm si secuta sit condemnatio. Vt quod scriptum est in d. l. qui pœnæ. 8. de manumiss. capitalium criminum reos manumittere seruos suos non posse ex Senatusconsulto, ita accipi debeat. Si postea quodcumque secuta sit condemnatio arg. d. l. post contractum. Nam & ibidem statim sequitur, Diuum Pium rescripisse non competere libertates ab eo datas qui iam lege Cornelia damnatus esset, vel cum futurum prospiceret vt damnaretur. Cum igitur eadem ratio impediatur libertates quæ impedit cæteras donationes l. si aliquis 7. D. de mort. caus. donat. secuta nimirum condemnatione, d. l. post contractum, Cur non ex contrario eadem ratio confirmabit manumissiones si condemnatio non sequatur? An non absurdum sit & iniquum libertates quibus nihil in toto iu-

h j

re fauorabilius est deterioris condicionis esse quam res cæteras. Atqui, in-
 quiunt nostri, Libertates quæ semel competierunt reuocari postea non pos-
 sunt: ideoque difficilius admittendum est competere eas ne fraus fiat fisco.
 Imò verò possunt esse in pendentem, & perinde reuocari si in fraudem fisci
 datæ probentur, atque aliarum rerum donationes & alienationes l. si cum
 fideicommissa 16. §. Aristo l. si mortis 18. l. si quis habens 24. l. pignori 26. D.
 qui & à quib. manum. l. in fraudem 45. §. à debitore D. de iur. fisc. Quia
 & tentari posset in eo fauorabiliores esse manumissiones quæ non ali-
 ter impediuntur quam si in reatu factæ sint vt loquitur Marcianus in d. l.
 qui pœnæ, nisi ratio illa obstatet quod etiam quæ antè reatum post admis-
 sum crimen factæ sunt, non sine suspitione pœnæ factæ videntur. Ita-
 que admittam facillè non esse libertates hac parte melioris condicionis: sed
 illud non patiar, esse eas deterioris. Cum autem secutam condem-
 nationem dicimus, eam intelligimus à qua non sit appellatum, & quæ
 transferit in rem iudicatam. Alioquin si à condemnatione appellatum
 sit, pendente appellatione pendebit quoque vis & effectus donatio-
 nis, quandoquidem appellatio extinguit iudicatum l. j. §. vlt. D. ad SC.
 Turpill. In cæteris alienationibus quæ causam habent onerosam, puta in
 venditionibus, permutationibus & similibus, non idem est. Omnimodo
 enim valent etiam si post contractum capitale crimen factæ sint, & secuta sit
 postea condemnatio: adeoque licet pendente reatu interuenerint. Quia re-
 gulare illud est vt pendente accusatione reus bonorum suorum non solum
 dominium non admittat sed neque administrationem, quam ob causam &
 creditoribus suis soluere potest, & vicissim à debitoribus suis solutionem
 accipere l. reo 41. & seq. D. de solut. l. aufertur 46. §. in reatu de iur. fisc. l. 2. de
 bon. damnat. l. quod autem 6. §. apud Labeonem D. quæ in fraud. credit. l.
 summa 21. D. de pecul. Exceptis criminibus læsæ maiestatis & repetunda-
 rum, in quibus speciali iure constitutum est vt reus licet rerum suarum do-
 minus maneat antè condemnationem, earum tamen administrationem
 habere desinat statim à die commissi delicti, dicta lege ex iudiciorum 20.
 D. de accusat. lege quisquis C. ad leg. Iul. maiest. lege quæsitum 15. D.
 qui & à quibus manumiss. in quo etiam magnus nostrorum error est exi-
 stimantium ex his causis confiscari bona ipsa iure statimque dominium a-
 mitti: quod si ita esset, non erat cur reo interdiceretur rerum alienarum
 administratione & alienatione. Dissimilitudinis autem ratio inter dona-
 tiones & alienationes ex causa onerosa, euidens illa est, quod vix sit vt
 fraudis consilium non habeat qui sibi conscius res suas donat. & vltro
 perdit, cum donare nihil aliud sit quam perdere lege filiusfamilias 7. in
 princip. D. de donat. licet benè merenti donatum fuerit lege semper 23.
 D. qui & à quibus manumit. Qui verò vendit aut permutat non tam per-
 dendi consilium habere videri potest quam sibi suisque rebus subuenien-
 di, quod si non permitteretur delinquenti adeoque reo iam criminis po-
 stulato, eueniret sanè vt innocentium plerique necessario sumptu egerent
 vt Papin. ait in d. l. reo 41. de solut. Et si enim secuta quodcumque con-
 demnatione apparet non fuisse innocentem eum, qui vendidit, cum
 res iudicata pro veritate habeatur. Ita tamen posito iure vt aliena-
 tionum robur penderet ex dubio iudicij euentu qui in causis potissi-
 mum

mum criminalibus incertissimus est, non facillè reperiretur, qui ad em-
 ptionem vellet accedere, nec si reuera innocens & absoluendus es-
 set reus, arg. l. ait Prætor 7. §. quæsitum D. de minor. Cum non minùs pe-
 riculosum & proclive sit innocentem ex falsis instrumentis aut testimo-
 niis condemnari, quam nocentem absolui. Inde verò fit vt solis quidem in-
 nocentibus debitus fauor ius hoc extorserit, d. l. reo, sed tamen ad eius com-
 munionem delinquentes quoque vocari necesse sit. Occasione scilicet po-
 tiùs quam iure vt Paulus loquitur in l. 2. de riuis. Neque tamen ita accipien-
 da est ratio illa Papiniani in d. l. reo, *alioquin plerique innocentium necessario*
sumptu egebunt, vt eatenus, duntaxat reus criminis publici rerum suarum ad-
 ministrationem retineat, quatenus ad vitæ litisque sumptus necesse est. Ha-
 bet enim liberam & omnimodam: in eoque nimirum singulare ius est eo-
 rum criminum quorum odio receptum est vt à quo tempore commissæ sunt,
 interdicitur reo administratione, qualia sunt læsæ Maiestatis diuinæ aut hu-
 manæ, & repetundarum d. l. ex iudiciorum. Non enim idcirco necessarias ta-
 men alienationes interdictas esse credendum est, quæ cum sint necessariæ
 non possunt esse non iuste, vt vulgo nostri sentiunt & rectè ex l. alienationes
 13. de famil. ercisc. l. peto 69. §. prædium de legat. 2. l. j. D. de fund. dotal. Hoc
 ipsum tamen quod dicimus, valere alienationes ex causa onerosa factas post
 contractum capitale crimen, tametsi condemnatio postea secuta sit, ita in-
 telligi debet si non in fraudem factæ proponantur, probeturque emptor
 fraudis consilium participasse arg. l. ait Prætor 10. §. quod ait Prætor & §. si
 quis particeps l. quod autè 6. §. hoc edictum & §. simili modo D. quæ in fraud.
 credit. l. ignoti 5. C. eod. Quinimò fortasse etsi emptor ignorauerit, vt hac
 parte melior sit condicio fisci in cuius fraudem alienatum est quam credito-
 rum arg. l. deferre 18. §. vlt. l. Titius 21. l. in fraudem 45. D. de iur. fisc. cum etsi
 in fraudem patroni alienatio facta sit, detur patrono Faniana etiam contra
 ignorantem l. j. §. solum D. si quid in fraud. patron. Fraudis autem coniectu-
 ræ potissimum hæc probantur à nostris, si is qui delictum admisit siue in re-
 atu iam constitutus siue non, bona omnia sua vèdiderit arg. l. omnes 17. §. Lu-
 cius D. quæ in fraud. credit. Si quibusdam tantum venditis in eorum posses-
 sione remanserit, fructusque sibi perceperit l. sicut §. superuacuum D. quib.
 mod. pign. vel hypoth. soluit. l. si is qui bonis 91. de acquir. hered. l. si quis na-
 turalè 3. vers. & quod de subeunda C. de natur. liber. si clam aut vilissimo pre-
 cio distraxerit. arg. l. vlt. D. de rit. nupt. l. non existimo 54. D. de administ.
 tutor. l. si quis donationis 38. D. de contr. empt. l. j. §. sed si fortè D. si quid in
 fraud. patron. Si denique sub ea condicione alienauerit, si condemnari eum
 contingat bonâq; ipsius publicari arg. l. vlt. D. de stipul. seruor. l. summa cum
 ratione 21. D. de pecul. Nam & ex superioribus causis fraus præsumeretur si
 antè contractum capitale crimen sic factæ alienationes, & multò post tem-
 pore secutum delictum proponeretur arg. l. sed si maritus 14. vers. sed & si
 constante D. qui & à quibus manum. l. si mulier cum de iuri 21. D. rer. amot. Ni-
 si delinquendi occasionem nouus & emergens casus peperisset, vt Bart. scri-
 bit ad d. l. post contractum. Sanè si à condemnatione appellatum sit, & pen-
 dente appellatione facta sit alienatio, non distinguemus donationes à ven-
 ditionibus, sed id perpetuò obseruabimus, vt confirmata quodcumque
 sententia reuocentur alienationes quælibet, quia negari non possit quin
 saltem à die sententiæ quæsitum sit fisco ius pignoris quod ei auferri non

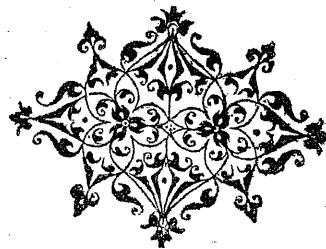
potuit per appellationem quam ex post facto frustratoriam & inutilem esse apparuit. Nunquam enim frustratoria appellatio prodesse debet appellanti l. tutor 41. in princip. de vsur. l. vltim. D. de re iudic. l. negotiorum 24. D. de appellat. Textus est in hanc rem perelegans in l. chirographis 57. §. j. de administ. tutor. *Et hac quidem* in contractibus & donationibus inter viuos obtinent. At in mortis causa donationibus aliud iuris est. Non enim valent, etiam si factæ sint antè contractum capitale crimen, si postea capitis pœna affectus sit is qui donauit d. l. si aliquis 7. D. de mort. caus. donat. l. cum hic status 32. §. si maritus D. de donat. inter vir. & vxor. Nam qui capitis pœnam patitur non potest cum vltima voluntate decedere d. §. si maritus, l. eius qui 8. §. j. D. qui testamen. facer. poss. l. si quis filio 6. §. irritum de iniust. rupt. & irrit. fact. test. donationes autem causa mortis proximè accedunt ad vltimas voluntates l. vltim. C. de mort. caus. don. Excipiuntur tamen singulari iure donationes quas vir in vxorem contulerit ex lege Constantini in l. res vxoris 24. Cod. de donat. inter vir. & vxor. non solum si ex pœna mortuus sit maritus, sed etiam si deportatus tantum si non liberalitatem suam post deportationem reuocauerit. Nec ex tantum donationes quæ mortis causa factæ sint, sed illæ etiam quæ inter viuos iam constante matrimonio. Nam & hæ similes sunt donationibus causa mortis, in eo quod cum moribus improbatæ sint, non prius valent, quam donatoris morte confirmatæ fuerint l. j. 2. & 3. dict. l. cum hic status in princip. & pass. D. de donat. inter vir. & vxor. l. donationes quas parentes 25. Cod. eodem: ob eamque causam in id vsque tempus pro imperfectis habentur dict. l. si aliquis 7. & l. non videtur 32. D. de mort. caus. donat. Quamquam inter has donationes & illas hæcenus interest, quod quæ mortis causa fiunt statim valent, dummodo earum effectus in id vsque tempus excurrat quo vir & vxor esse desinant, nec interea velit donator fieri rem accipientis l. si eum 9. §. vltimo cum duob. seqq. eodem titul. Quæ verò inter viuos fiunt, non valent nisi ab eo tempore quo reuocari posse desierint, id est à die mortis: ideoque prohibita est inter coniuges illa quoque species donationis causa mortis ex qua dominium statim transferatur licet reuocabiliter l. sed interim 10. eod. iunct. l. 2. & l. Senatus 35. §. mortis causa D. de mort. caus. donat. Sed si antè mortem reuocatæ non sint, valent omnes irrevocabiliter, licet eo tempore quo reuocari posse desinunt, fieri non possent, id est licet capitis pœna & summo supplicio affectus sit is qui donauit, ac si maritum non pœna sed natura subduxisset vt lex ait. In hoc enim elucet priuilegiū quod huiusmodi donationibus tributum Constantinus voluit, cum alio qui inspecta iuris ratione donationes hæc non valerent d. §. si maritus. Nec aliud meo iudicio admittendū erit etsi maritus lege maiestatis cōdemnatus fuerit, quāuis vulgò interpretes cōtrā putent ex d. §. si maritus, iuncta l. quisquis C. ad leg. Iul. maiest. Nam quod scriptum est in d. §. si maritus, dubitandū non est quin correctum sit per d. l. re vxoris. Quod autē constitutum est in d. l. quisquis nullū ius nouū cōtinet, nisi in donationibus factis à die cōmissi aut cogitati delicti. Itaq; quod ad eas pertinet quæ antè cogitatū maiestatis crimē factæ sunt, incorrecta proculdubio manet lex Constantini, cui tamen non perinde locus erit si quid viro donatum sit ab vxore quæ postea capitis pœna affecta sit: sunt enim fauorabiliores hac parte mulieres, vel ob eam maximè rationē quam lex exprimit: *quia pudicitie præmio cessit.* Quod si bona mariti fiscus occupet

cupet, non ex causa delicti & condemnationis, sed tanquam vacantia, donationes ab eo factæ si vsque ad finem in ea voluntate perseuerauerit, saluæ sunt mulieri non ex priuilegio, sed iure communi, idque iam obtinuit l. i. C. de donat. int. vir. & vxor. sed si proponas post contractum capitale crimen factas inter coniuges siue inter viuos, siue mortis causa donationes, vtique non valebunt, nec ad hunc casum Constantini lex pertinet vt constat ex illis verbis: *antè tempus criminis ac reatus.* Vt quod in eadem lege præcedit, *antè reatum,* sic accipi debeat, non solum antè reatum, sed etiam antè crimen contractum donationem factam esse oporteat ad eius legis priuilegiū inducendum, quia nec valeret si inter viuos facta esset post contractum capitale crimen, secuta quocumque condemnatione d. l. post contractum. quasi non sine suspitione pœnæ facta ab eo qui propter facinoris sui cogitationem iam de pœna sua certus esse potuit d. l. si aliquis, & d. l. quæsitum 15. D. qui & à quib. manum. Id verò Constantinus dumtaxat egit

vt eodem iure censerentur donationes inter virum & vxorem quo essent si inter personas non prohibitas factæ proponerentur, nisi quod ad nutum donantis sunt reuocabiles. Sed vt melioris sint conditionis nec constituit, nec constituendi ratio vlla fuit.

FINIS LIBRI SEPTIMI.

h iij





ANTONII FABRI SEBV-
SIANI SABAUDI SENATORIS
CONIECTVRARVM IVRIS CIVI-
LIS LIBER OCTAVVS.

De sententia & emendatione l. si Titius 48. D. de fideiuss.

C A P. I.



VM quæritur an totum fideiussionis onus irrogandum sit ei qui cum minore fideiussit, si minorem postea in integrum restitui contigerit, distinguendum est, an simpliciter ille fideiussit cum minore, & sine contemplatione iuris Prætorij, quomodo si duo maiores cõfideiussissent, an verò post minorem propter incertum ætatis ac restitutionis, id est eo intuitu, & ex illa causa, quòd alius cõfideiussor talis esset qui propter ætatẽ posset quandoque in integrum restitui, priore casu non est irrogandum illi totum onus fideiussionis, sed pro sua parte datur, non quòd minoris restitutio ei prodesse debeat (neque enim pro minore sed cum minore fideiussisse eum ponimus, & illa disputatio, an minoris restitutio fideiussori prosit alium tractatum habet, suasq; distinctiones) sed quia ex beneficio epistolæ Hadriani diuidatur inter cõfideiussores obligatio l. inter fideiussores 26. D. de fideiuss. dummodò sint illi soluendo tẽpore litis contestatæ l. inter eos 51. §. cum inter eod. quamuis iure aliquo speciali alter ex iis tutus sit, ne cum effectu conueniri possit, puta si aut tempore liberatus sit aut aduersus obligationem fauore ætatis restituendus: nam inopi fideiussori, & qui nihil habeat, non rectè comparabitur is qui alia iusta ratione nititur ne cogatur soluere, sed ei potius qui satisfecit, cum habeat quod obiiciat petitori, vt eleganter Papinianus scribit in l. si pupillus 45. D. de de administr. tutor. Itaque sibi imputare creditor debet, cur minorem pro fideiussore acceperit, quem sciebat, aut scire debebat posse restitui, aut cur non petierit cõfideiussorem contemplatione iuris Prætorij, aut de nique cur non curauerit vt cõfideiussor ille beneficio epistolæ renunciaret. Siquidem renunciari posse constat, vt & aliis ferè omnibus exceptionibus fauore renunciantis introductis l. penult. C. de pact. l. pactum inter heredem 46. D. eod. Posteriore verò casu, id est si cõfideiussor acceptus sit, non solum vt pluribus fideiussoribus cautum esset creditori, sed etiam ne restitutio quam impetrare minor posset, creditoris damno cederet, vtique totum fideiussionis onus ipsi irrogari oportebit, quoniam id inter eos actum videatur, ac si beneficio diuisionis nominatim hic renunciasset, estq; hic valde singularis casus in quo citrà expressam renunciationẽ cessat epistola Hadriani De cõfideiussionibus, cum regulare sit vt expressam & specialem renunciationem fieri oporteat. Ratio autem est, quia hoc casu cõfideiussor iste

iste minoris habetur pro ipsius minoris fideiussore: siquidẽ nihil prohibet fideiubere quem & pro debitore, & pro debitoris fideiussore quemadmodum & plures possent l. si plures 27. §. vlt. D. de fideiuss. ideoque succedit iuris regula quæ habet fideiussorem qui minoris obligationi accessit contemplatione iuris Prætorij, non esse iuuandum restitutione, quam minor ex causa ætatis impetrauerit. l. 1. & 2. C. de fideiuss. minor. l. 3. §. sed vtrum l. in causa 13. D. de minor. l. Stichum aut Pamphilum 95. §. quod vulgò D. de solut. Paul. lib. 1. sentent. ti. 9. §. 5. Hoc ipsum verò, vt minoris cõfideiussor pro minore ipso fideiubere videatur, fieri nullomodo potest quin interueniat post minorem, non quidem ordine scripturæ, qui certè numquam impedit causam iuris ac voluntatis l. cum pater 77. §. fidei tuæ committo, de legat. 2. cum ex iure non ex scriptura sumendum sit id quod agi videtur. l. nec enim 6. D. de solut. l. quidam 14. de pecul. legat. sed ordine, vt vocant, intellectus. Nam qui fideiubet intuitu & contemplatione restitutionis quã minor impetrare posset, eum prorsus necesse est intuitu minoris fideiubere, & consequenter post minorem, quamuis prior fortasse in scriptura nominatus sit, arg. l. quamuis 8. §. quoties D. ad SC. Velleian. In quo tamen obseruandum est tractare nos de cõfideiubentibus, non de iis qui ex intervallo intercesserint. Inter eos namque solos beneficium diuisionis locum habet qui simul & alter alterius contemplatione sic fideiusserunt, vt periculi societatem contraxisse videantur, quomodo Papin. loquitur in l. si plures 38. D. de administr. tutor. l. si à Titio 43. D. de fideiuss. Ceterum nihil vetat alterum alterius contemplatione sic fideiubere, vt tamen restitutionis alteri competituræ periculum alter in se suscipere velit. Et hæc nimirum Papiniani sententia est in l. Si Titius 48. vers. huic similis eod. tit. de fideiuss. vbi concludit ille non insubtiliter, hoc demum casu totum fideiussionis onus restituto quandoque minore cõfideiussori irrogandum esse. Quod tamen ex vulgari receptaque lectione colligere nulla ratione possis. Sic enim habet, *sed ita demum alteri totum irrogandum est si postea minor intercessit propter incertum ætatis ac restitutionis.* quæ sanè nullius sensus lectio est, nec apud me dubitationẽ vllam res hæc habet, quin legendum sit, *si post minorem: nato fortassis errore ex inciticia librorum posteriorum, cum priores scripsissent, post minor. subiecto puncto, pro minorem.* quod non intelligentes posteriores & malæ Grammaticæ vitium subesse existimantes pro *post* reposuerunt *postea*, & pro *minorem* scripserunt *minor*, sine puncto. Nam & simili errore, sed manifestiore in l. cum apparebit 47. D. locat. scriptum legimus, *vendentem vel locantem*, pro eo quod scribi debuerat, *vendentibus vel locantibus*, cum veteres libri, vt verisimile est, scriptum haberent, *vendent. vel locant.* Præcedit enim pluralis illa dictio, *pluribus*. Neque emptor dicitur aut conductor qui vendit vel locat, sed qui ab aliis siue singulis siue pluribus vendentibus vel locantibus causam habet: & loquitur ea lex de emptore & conductore qui cum pluribus cõtrahens singulorum personam in solidum intuitus est, quod non nisi pluribus vendentibus vel locantibus euenire potest. Sic & in l. cum mandatu 23. D. de minor. scriptum legimus, *si procurator nomine minor circumscriptus sit*, pro eo quod legendum est, *si procuratorio nomine*, cum breuius & commodius esset scribere *procurator*. subiecto puncto, quàm *procuratorio*, videreturque sufficere vt ex dictione sequenti vel præcedenti assequi lector posset quid punctus significaret. Faciunt sanè parum cautè qui Papinianum sic emendant vt pro *postea*, legat *sponte*, qua in

sententia est Franciscus Conanus lib. 6. Comment. iur. ciuil. Quasi eam distinctionem Papinianus probauerit. An sponte minor intercesserit an dolo creditoris. Idque propter sequentem legis clausulam in qua de minore agitur per dolum creditoris circumuento. Longè enim alia sequentis illius clausulæ sententia est quam sequenti capite docebimus. Nec illi rectius qui post Iacobum Cuiacium lib. 10. Obseru. cap. 23. eam Papiniani mentem esse existimant, ut si simul cum minore intercessero, & is restitutus fuerit, tum demùm mihi totum onus irrogetur si primo loco interuenerim, nisi dolo creditoris minor in fideiussorem assumptus sit, rationem duplicem adferentes. Vnam quòd minorem ex eà fideiussione teneri iniquum sit, cum eius ætas fragilis & exposita captionibus restitutionem mereatur. Alteram quòd mea fideiussio ante minoris fideiussione tenuerit, ob idque vitari eam ab inutili minoris fideiussione non oporteat. Etenim animaduertere debuerunt, quod suprà monuimus, tractare Papinianum de confideiussoribus ut constat ex primis verbis legis, *si Titius, & Seia pro Manio fideiusserint*. Item ex postremis illis *aduersus confideiussorem*. Confideiussores autem non esse nisi qui eodem tempore & alter alterius contemplatione non separatim & ex interuallo fideiusserunt. d. l. si plures 38. de administr. tutor. l. si à Titio 43. de fideiuss. Itaque cum inter eos periculi societas contrahatur quæ sola beneficium diuisionis inducit, manca erit & inepta ratio illa quam Papiniani esse volunt, quòd minorem ex sua fideiussione teneri iniquum sit. Neq; enim ex eo sequitur totum onus alteri irrogandū esse qui diuisionis beneficium non idcirco abiicere voluit. Potiusque ex eo interas minoris restitutionē nocere debere creditori, quā confideiussori. Ut taceam falsum esse quod illi ponūt iniquum fore si minor ex sua fideiussione teneatur. Nam imò verò iniquū non esse ex eo constat, quòd nec doli nec alterius exceptionis auxilium habere minor potest priusquā sit in integrum restitutus, tamen si subit æquitas & causa concedendæ restitutionis l. exceptiones 7. in fin. D. de except. Altera autem ratio quam ex ingenio suo comminiscuntur, non solū ineptior est, sed etiam apertè falsa. Nā quod aiunt fideiussione meam antè minoris fideiussione tenuisse & utilem fuisse, non potest verū esse, cum ego & minor simul fideiusserimus. Vtramque enim simul cōtrahi, & tenere necesse est, ut periculi societas contracta videatur. Quare & in illa specie quā à Papiniano prætermittam Cuiacius putat, & de qua tamē sola Papin. tract. si vnā cum minore fideiussero, fatetur ille non nisi pro parte me teneri. Quod sanè verissimum est si simpliciter intercessero: sed non item si cōtemplatione iuris Prætorij, propter incertū ætatis ac restitutionis minoris: hoc est, cum creditor dubitaret de ætate mei confideiussoris an minor esset annis viginti quinque, aut cum minorem eū esse sciret eiq; fidē nō haberet, veritus ne postea restitutionē impetraret, ut pluribus explicat Vlp. in d. l. in causæ 13. D. de min. quomodo si locutus fuisset Pap. sententiam eius quilibet facillimè percepisset. Sed quā sibi placeat ille cōcisa ista elegantiq; breuitate nemo ignorat. Tantòq; magis miror virū doctissimū non percepisse vim eorū verborum *si intercessit propter incertum ætatis ac restitutionis*: nec animaduertisse quantū intersit an sic loquere, an ita potius quomodo ille intelligit & quasi ratio dicti illa sit, *quia fauor ætatis meretur restitutionē*. Sed & in eo errat, quod verborū illorum contextum interrumpit, ponitque virgulam post *intercessit*, ac si sequentia contineant rationem præcedentiū, cum tamen

vua

vnā oratio sit, vsque ad illam clausulam *quòd si dolo*. Fefellit eum corrupta lætio in verbis iis quæ emendamus *si postea à minor intercessit*, quæ nullum certè sensum habet, si quod sequitur, *propter incertum ætatis ac restitutionis* benè intelligas. Nec verò interpretationi nostræ repugnat, si quis obiiciat, ita posita facti specie ut ego post minorem fideiusserim propter incertum ætatis ac restitutionis, futurum ut non simus confideiussores, si verum est quod diximus confideiussores esse eos duntaxat, qui simul & eodem tempore fideiusserunt. Iam enim monuimus verba illa *post minorem* non ad ordinem temporis & scripturæ referenda esse, sed ad ordinem intellectus. Finge debitore à quo fideiussor petebatur obtulisse fideiussorem minorem: creditorem verò non quidem recusasse, sed tamen propter incertum vel ætatis cum dubitari posset maiorne esset an minor, vel restitutionis, cum minorem esse constaret petiisse ut alius quoque fideiussor ob eam causam accederet, meque in illam rem fidem meam & operam exhibuisse, deinde tractatu isto habito simul eodémque tempore minorem & me fideiussisse. An non hîc verum est nos esse confideiussores, eodémque tempore periculi societatem subiisse? Ita sanè. Nec minùs tamen verum quoque est me fideiussisse post minorē & iuris Prætorij contemplatione. Ordine nimirum tractatus, & intellectus, quia minor oblatu prior fuerat in fideiussorem, & quidem solus. Nā si eodem tempore minor, & maior offerantur tum demùm dici potest maiorem simpliciter acceptum intelligi, ideòque nec vllò casu totum fideiussione onus ei irrogandum esse. Idémque est, si maior primus offeratur priusquam de adiiciendo minore tractetur, si modò postea vterque simul eodémque tempore fideiubeat.

Ad prima & postrema verba eiusdem legis.

CAP. II.



EQVITVR apud Papinianum. *Quòd si dolo creditoris, inductus sit minor ut fideiuberet, non magis creditori succurrendum erit aduersus confideiussorem, quam facta nouatione circumuento minore, desideraret in veterem debitorem utilem sibi actionem dari*. Quæ verba pessimè etiam explicant qui sic interpretantur ut restituto minore aduersus fideiussorem alius confideiussor perinde possit in solidum conueniri, atque solet conueniri prior debitor restitutoria actione, posteaquam minor aduersus nouationem à se factam restitutus est. l. minor. 48. in princip. l. vlt. D. de minor. Nam imò verò prorsus ex contrario Papin. vult neutro casu succurrendum esse creditori qui dolo induxit minorem ut fideiuberet, aut ut nouationem faceret, hoc est neque restituendā ei actionem in veterem debitorem, utpote quam dolo malo amiserit, (ut hæc adhibeatur exceptio ad supradictas leges quæ haud dubiè procedunt, cum creditoris dolus nullus interuenit) neque ad eum ei fauendum ut totum onus confideiussione alteri confideiussori irrogetur. Quod intellige, etiamsi confideiussor accesserit contemplatione iuris Prætorij, & propter incertū ætatis ac restitutionis, ut differat casus hic à præcedente de quo superiore capite diximus. Est enim æquissimum deteriore esse cōdicionem creditoris dolosi quàm eius contra quē minor restitutus sit ex causa duntaxat ætatis & læsionis, quod contingit

i j

quoties non dolo aut calliditate creditoris sed sua tantum inconsulta facilitate læsum se allegat. At in priore huius legis specie, hoc est si Titius & Seia pro Mæuio fideiusserint, non similiter Papinianus distinguit, An simpliciter Titius confideiusserit, an verò post Seiam & contemplatione Senatusconsulti Velleiani, sed indistinctè ait subducta muliere dandam in solidum aduersus Titium actionem. Ratione illa quòd scire potuerit, aut ignorare non debuerit mulierem frustra intercedere. Error enim hic iuris est quem ei omnimodo nocere conuenit, si nesciat improbatas esse Senatusconsulti Velleiani auctoritate huiusmodi fideiussiones: adèd vt nulla mulieri necessaria sit in integrum restitutio, sed sufficiat Senatusconsulti beneficium implorare l. j. & tot. tit. ad SC. Velleian. In quo melior est condicio mulieris quàm minoris in re ipsa decepti, qui nullum habet auxilium priusquam sit restitutus, vt suprà diximus ex l. exceptiones 7. §. vlt. de except. Itaque non potest Titius dicere se confideiussisse cum Seia vt periculi sociam haberet, cum persona Seia auctoritate Senatusconsulti subducatur, solusque Titius fideiussisse videatur, & ea mente ad fideiussionem accessisse vt solus teneretur. Quid ergo si dolo creditoris Seia interuenerit? An non hæcenus puniri dolum creditoris æquum erit vt totum fideiussionis onus Titio non irrogetur? Minimè. Neque enim plus potest creditoris dolum quàm auctoritas Senatusconsulti ad subducendam ex obligatione personam mulieris. Imò nec tantundem. Dolum enim ille facere nequeat vt mulier non obligetur, sed tantum vt doli exceptionem habere possit citrà restitutionem exemplo minoris d. l. exceptiones. At Senatusconsultum impedit obligationem ne ab initio contrahatur l. quamquam 7. l. aliquando 13. §. vlt. l. si mulier 14. l. si mulier 16. §. vlt. l. debitor 24. §. si Senatusconsulti & pass. D. ad Velleian. Ita vt neque eius obligationis nomine vtiliter accipi fideiussor possit, nec si nullam ille aduersus mulierem habiturus sit mandati actionem: adèd totam obligationem senatus improbat d. l. si mulier 16. §. vlt. Ob idque nihil interest an quis fideiussorem det mulierem, an nullum det l. quamuis 8. §. si conuenerit eod. Et quod magis est, etiam si iudicium suscipere mulier parata sit, non aliter tamen audiri debet quàm si caueat se exceptione Senatusconsulti non vsuram l. vlt. §. penult. eod. Quin etsi soluerit repetit d. l. quamuis §. interdum d. l. debitor §. j. l. qui exceptionem 40. l. ex his 54. de cond. et. indeb. nimirum si per errorem non si sciens soluerit l. si is qui 24. l. si non fortem 26. §. indebitum eod. Cuius enim per errorem soluti repetitio esset eius consultò dati donatio est l. cuius per errorem 53. de regul. iur. Senatus autem obligatæ tantum & intercedenti mulieri succurrere voluit, non etiam donanti l. sed si ego 4. §. j. D. ad SC. Velleian. Nec est contrarium quod supradictis locis aliisque innumeris, auxilium Senatusconsulti exceptio appellatur, præsertim in l. vir uxori 17. & l. tutor 19. eod. Exceptioni verò locus esse non potest, quin prius locus sit actioni l. 2. de except. nec actioni quin præcedat vtilis obligatio & efficax l. licet 42. §. ea obligatio de procurat. Nam respondeo idcirco sic comparatum quòd plerunque facti quæstio fit, An Senatusconsultum locum habeat, siue quòd dubitetur an mulier intercesserit, siue quòd dicatur in rem suam intercessisse, aut etiam creditorem decepisse: quibus casibus constat Senatusconsulto iuuari eam non posse. Proinde quousque appareat eam intercessisse, non potest prætextu Senatusconsulti denegari creditori actio, ne alioqui omnes mulierum obligationes impro-

improbatae viderentur: quod verum non est l. 2. 4. & pass. C. ad Velleian. Ea siquidem tantum improbatæ sunt quæ intercedendi animo fiunt d. l. j. d. l. quânis 8. §. j. & pass. D. eod. l. Stichum aut Pamphilum 95. §. aditio in fin. D. de solut. quomodo accipi debet quod scriptum est in l. 2. §. omnis omnino D. ad Vell. Idque est quod Pöponius scribit in d. l. vlt. in prin. eo. nō per omnia habendam mulierem loco minoris circūscripti, cum nec ipso iure tuta sit nisi cum intercessit, nec auxilium restitutionis mereatur nisi cū dolo aduersarij decepta est, aut ex qua alia causa, quæ edicto perpetuo cōtineatur, & propter quā masculis quoque licet maioribus succurri oporteat. Porro cū aduersus mulierem impetrata est actio, necessarium est ad eā elidendā exceptionis auxiliū d. l. 2. & pass. D. de except. Ceterū statim atque probatū est mulierem intercessisse, succedit vis & potestas Senatusconsulti, quæ ipso iure facit irritā obligationē, nec exceptionis opē ampliùs requirit. Quomodo & in cōpensatione dicimus fieri eam ipso iure l. si constat 4. cum l. seq. l. vlt. C. de compensat. l. 4. l. si ambo 10. l. posteaquā 21. D. eod. l. eius quantitatis 7. C. de solut. Et tamen cōpensatio exceptio dicitur, quia petitionem & actionē præsupponit, requiritque factum & voluntatem compensare volentis, vt ita demū fiat si obiiciatur. l. 2. l. neque 6. cum seq. l. quoniā 10. & seq. C. eo tit. de compens. Ex his igitur concludi potest, summā rationem habere quod Papiniano placet si Titius & Seia pro Mæuio fideiusserint indistinctè totum onus irrogandum esse Titio, nec distinguendum, an contemplatione Senatusconsulti intercesserit necne, aut, vt Papiniani verbis vtatur, *propter incertum Senatusconsulti*: Ius enim Senatusconsulti, semper certum est etiam si non opponatur: adèd que tamen si mulier parata sit iudicium accipere nisi caueat se exceptione non vsuram, vt diximus ex d. l. vlt. §. penult. ad Velleian. sicut & sexus ipse mulieris semper certus est, nisi fortè cauillandi animo hermaphroditum proponas. At ius restitutionis quæ minori competit incertissimum est, & quia etas ipsa cui succurritur plerumque incerta est, & quia factio minoris opus est vt restitutionem petat, quod an facturus sit necne in euentu & ipsius arbitrio positum est d. l. exceptiones 7. in fin. de except. Qua etiam impostulata causæ cognitio adhuc requiritur an concedi debeat l. j. §. j. l. in causæ 13. l. in causæ 16. D. de minor. Nec rursus distinguimus apud Papinianum an dolo creditoris inducta sit Seia vt cum Titio fideiuberet pro Mæuio, an non. Quia dolum creditoris ita demum ei nocere æquum esset si peteret succurri sibi aduersus Titium. Nunquam enim succurrendum est ei qui propter dolum suum damni quid senserit, cum neque ei succurratur cui culpa sola citrà dolum imputari possit l. quod quis ex culpa 203. de regul. iur. At vt possit creditor hic in solidum agere contrà Titium, nullo auxilio indiget, sed suo iure perinde facit atque si Titius solus fideiussisset. Neque pugnat quod Papinianus mulieri minorem similem facere videtur iis verbis *huic similis & illa quæstio videri potest*. Nam imò dissimilem ait eo loco *sed ita demum alteri totum onus irrogandum est*, nec nisi de confideiussore minore loquitur, cum in sequentibus distinguit, an creditoris dolum intercesserit necne. Sed & ita nihil differt mulier à minore, quòd nihil interest an pro minore fideiubeas, an pro muliere, dummodo contemplatione iuris Prætorij confideiubeas, vt superiori capite tractauimus. Perinde enim vtroque casu totum fideiussionis onus tibi incumbit si cum tecum aut antè te fideiusserat in integrum restituatur. At si quis pro muliere intercedente fideiusserit, an cum ea fideiubente con-

fideiufferit. Ille enim nullomodo obligatur, sed iuuatur exceptione Senatusconsulti, licet nullum fortasse mandatum à muliere habeat, nec proinde contra eam mandati agere possit, quia totam obligationem Senatus improbat d. l. si mulier 16. §. vlt. ad Velleian. Hic verò nec Velleiani nec alia vlla exceptione iuari potest quominus totum confideiussionis onus sentire debeat, ac si solus fideiussisset, cum subducta persona mulieris propter auctoritatem Senatusconsulti, alia persona nulla superfit confideiussoris, sed tantum debitoris principalis pro quo interuenisse videri possit. Itaque non habetur pro confideiubentis mulieris fideiussore, licet contemplatione Senatusconsulti intercesserit, quia nec si vellet pro ea fideiubere vtiliter posset. Proinde consequens est ut ex sua tantum persona & confideiussione in solidum conueniatur. Atque ita locum sanè perobscurum necdum fortasse ab villo hactenus rectè explicatum interpretandum arbitramur.

Quibus casibus restitutio minoris profit fideiussori, & ad l. exceptiones 7. in fin. D. de except.

CAP. III.



QUÆSTIONEM illam, Vtrum restitutio in integrum p̄ minorem impetrata profit eius fideiussori, simpliciter & indistinctè responderi non potest. Verfatur enim id in causæ cognitione ut Vlp. ait in l. in causæ 13. in prin. D. de minor. Causæ autè cognitio in eo cōsistit ut inspiciamus an restitutioni causam præbeât dolus aduersarij, an verò sola læsio cū minoris ætatis priuilegio iūcta. Priore casu certū est prodesse restitutionē fideiussori l. 2. C. de fideiuss. minor. idq; perpetuè & indistinctè, quoniā & citrà restitutionis auxiliū doli mali exceptio ei prodesset l. si testamento 49. in prin. de fideiuss. l. exceptiones 7. ad fi. de except. vbi verba illa *pro minore circumscripto* idem sonant, quod *pro minore per dolum decepto*, aut quod idè est, *circumuento*. Nā & circumuenire idem ferè est quod dolo malo decipere l. si Titius 48. D. de fideiuss. quā nos superioribus capitibus explicauimus. Ob eamq; causam Paulus in d. l. 7. in fi. opponit minori circumscripto eū, qui deceptus sit in re & naturaliter ut Vlp. loquitur in l. in causæ 16. §. idè Pōpō. de mino. Plus enim est & grauius circumscribere vel circumuenire, quā decipere. Factū siquidē p̄sonę demonstratur iis verbis propter adiectionē illā *circū* proinde doli personalis significationē præ se ferūt, nec ad deceptionē in re tā facilè restringi possūt. Ratio autē quæ facit ut doli mali exceptio quę cōpetere posset reo si cōueniretur, cōpetat fideiussori, illa est, quod generaliter exceptiones omnes quę rei nō p̄sonę coherēt trāsēūt in fideiussorē etiā inuito debitore d. l. exceptiones §. j. cuiusmodi sanè est exceptio doli. Nā licet ex parte actoris cui obiicitur sit omnino p̄sonalis, tamē ex parte obiicientis est in rē cōcepta, l. 2. §. j. & 2. D. de dol. except. nō minùs quā eę, quę ex iurandi, aut rei iudicatę, aut metus aliãve simili causa profiscūtur, de quibus accipi debet quod scriptū est in l. omnes 19. D. de except. l. defensiones 11. C. eo. l. si stipulatus 15. in prin. l. ex p̄sona 32. D. de fideiuss. l. vlt. D. de pact. Posteriore verò casu quo nec dolus nec quid aliud simile, sed sola læsio cum minori ætate coniuncta restitutionis beneficium inducat (neque enim solo ætatis fauore vnquam restituitur minor nisi læsus probetur l. verum 11. §. sciendum & seqq. l. quod si minor 24. §. j. D. de minor. l. nam posteaquam 9. si minor D. de iureiur.) subdistingendum est an si-

an fideiussorem minor simpliciter dederit, id est, non tanquam minor, sed tanquam alius quilibet, & eo modo quo etiā maiores fideiussorem dare solent, quod in dubio credendum est, cum præsumatur potius pro causa quæ fouetur iure communi quàm pro ea quæ speciali l. 3. §. 1. D. de tutel. l. si miles 7. D. de iniust. rupt. testam. An verò minoris obligationi fideiussor accesserit tanquam suspecta propter incertum ætatis & restitutionis ut Papinianus loquitur in d. l. si Titius 48. de fideiuss. & quod idem est contemplatione iuris Prætorij l. Stichum aut Pamphilum 95. §. quod vulgo de solut. quod plerumque euenit cum sibi prospicere vult creditor qui scit minorem esse eum quocum contrahit, aut an minor sit dabitur. Priore casu prodest fideiussori restitutio minoris, atque ita accipi debet quod scriptum est in l. minor 51. D. de procurat. & quod Vlp. ait in l. 3. §. sed vtrum vers. sed an hoc auxilium. D. de minor. interdum restitutionem minoris quam ratione ætatis impetrauerit (de illa enim loquitur) prodesse fideiussori ut ad hunc nimirum casum coarctetur. Ratione illa quod minor qui eo modo fideiussor rem dedit quo dedisset si maior fuisset pro maiore hac parte haberi debeat, eiuſque fideiussor pro maiore fideiussore. Atqui ius certum est, restitutionem à maiore impetratam eius quoque fideiussori prodesse debere cum ex re ipsa, non ex personæ qualitate restitutionis æquitas profiscatur d. l. omnes d. l. ex persona, & aliis supradictis. Ut puta si is qui fideiussorem dedit siue maior ille sit siue minor restitutus sit aduersus venditionem ex causa enormis, ut vocant, læsionis. Hic enim quantumuis minor sit, non tamē quasi minor, sed tanquam maior restituitur, & aduersus talem conventionem quam ineunt plerumque etiam qui in maiori ætate sunt constituti, arg. l. minor 48. §. vlt. D. de minor. Nec distinguemus, quod parūm cautè quidam faciunt, an futurum sit necne ut creditori res depereat si restitutionis beneficium ad fideiussorem quoque protrahatur, arg. d. l. minor 51. de D. de procurat. & l. si pupillus 89. de acquir. hered. Non enim illud inspiciendum est, an damnum sensurus sit creditor ex restitutione fideiussori profutura: sed an æquius sit in damno morari fideiussorem an creditorem ut Vlp. scribit in d. l. in causæ 13. de minor. Nam cum æquè facilè minor possit restitui aduersus fideiussorem ne mandati actione teneatur, atque contra creditorem d. l. in causæ & l. 1. in fin. C. de fideiuss. minor. sola quæstio relinquitur inter creditorem & fideiussorem. Nemo autem negauerit æquius esse in dubio succurri fideiussori simpliciter accepto ut eodem quo debitor iure censeatur, quā creditori, cui saltem hoc imputari potest, quod legem apertius nō dixerit, cum vtique potuisset præmonere idè se accipere fideiussorem ut obligatum illum haberet siue in integrum minor restitueretur, siue non. Quo facto imputaretur sanè fideiussori cur ea lege ad fideiussionem accessisset, magisque creditori quàm ipsi consuli oporteret. Probatūque manifestè hæc nostra sententiam non solum ex Vlp. in d. l. in causæ 13. de minor. sed etiam ex Paul. l. 1. sent. tit. 9. §. 5. Nec pugnat quod scriptū est in d. l. minor 51. de procurat. & in d. l. si pupillus 89. de acquir. her. Nā ut fideiussor minoris qui pro alio defensionem susceperat iuuetur auxilio restitutionis per minorem impetratæ non ideo fit ut isti putant, quod salua creditori sit actio contra eum quem defendere minor voluit, sicut nec ut succurratur fideiussoribus datis à pupillo qui se paterna hereditate abstinuit si ex hereditario contractu conueniatur: in causa illud est quod creditorum ius integrum maneat aduersus

eum qui eam hereditatem agnitus sit : sed quia ex iuris communis regula æquum sit fideiufforem ex persona rei eandem habere defensionem quas reus ipse haberet, si conueniretur. Alioqui quid dicemus si primus ille debitor cuius defensionem minor susceperat in specie d. l. minor, adeò inops sit ut ab eo suum consequi creditor nequeat? Quid item si neque nouus ille heres quem hi ipsi comminiscuntur in specie d. l. si pupillus, neque hereditas ipsa sit souendo? Id enim plerumque contingit cum hereditate paterna pupillus abstinet. An non valdè interest creditorum obligatos manere fideiuffores, quos minor vel pupillus dederat? Ita sanè, cum ferè sit ut nullam actionem habere videatur qui talem habet quam debitoris inopia inanem & illusoriam possit reddere l. nam is nullam 6. D. de dolo. l. si apud minorem 12. D. de minor. Nec eò minùs tamen verum erit succurrendum esse fideiufforibus. Præsertim verò in specie d. l. si pupillus, quia fieri certè nequeat ut ex hereditario contractu condemnari debeant tanquam fideiuffores eius qui licèt ipso iure heres maneat etiam post abstentionem l. cum quasi 30. §. sed et si suus de fideic. libert. heredis tamen loco non habeatur. l. si filius 12. D. de interrog. in iur. fac. l. necessariis 57. de acquir. hered. Sed & finge pupillū aut minorem qui fideiufforem dederat non abstinuisset, sed in integrum restitutum esse: an fideiufforibus succurreretur? Vtique si Vlpiano credimus in l. 2. §. ult. D. de administr. & peric. tutor. Et tamen cessat hęc ratio illa, quæ mouentur isti, quòd creditoribus nulla iactura imminet, cum restituto minore eiusque fideiufforibus per consequentias liberatis, nulla supersit persona in quam dirigere actionem suam creditor possit. Sed hęc ita, si minoris obligationi fideiuffor, ut supra dictum est, simpliciter accesserit. Nam si contemplatione iuris Prætorij & propter incertum ætatis ac restitutionis (quæ secunda nostræ subdistinctionis pars est) verius est minoris restitutionem fideiuffori non prodesse, propterea quòd hoc ipsum inter contrahentes omnino actum esse videatur. Atque ita accipiendum esse tituli. C. de fideiuss. minor. hoc est de fideiufforibus minorum tanquam minorum constat ex Vlpiano in d. l. in causâ 13. & d. l. 3. §. sed vtrum de minorib. & ex Iulij Pauli sententiarum loco supra citato. Elegantius autem ex Papiniano in dicta lege Stichum aut Pamphilum 95. §. quod vulgò de solution. vbi ait fideiufforem qui simpliciter non contemplatione iuris Prætorij intercesserat, si debitori minori annis viginti quinque heres extiterit, saluum habere beneficium restitutionis, quæ minori intra petendæ eius tempora defuncto competere poterat. Quod certè falsum esset si restitutio minori viuo concessa fideiuffori profutura non fuerat, aut si nihil interesset, an simpliciter an contemplatione iuris Prætorij fideiuffor interuenisset. Ideò autem tractat Papinianus de fideiuffore, minoris herede, quoniam viuo minore aut alium heredem habente non posset fideiuffor in integrum restitui ex persona minoris. Restitutionem enim ab ipso minore aut ab eius herede impetrari necesse est, non autem à fideiuffore, quippe qui læsus non fuerit, idque eo etiam casu quo à minore impetrata fideiuffori profutura esset. Nam ut profit fideiuffori, non fit nisi per consequentias. Et is proculdubio sensus est dictæ l. exceptiones 7. in fin. de except. iis verbis, quòd *deceptus sit in re tunc nec ipse ante habet auxiliū quam restitutus fuerit, nec fideiuffori dāda est exceptio.* Docet enim Paul. multū referre, cū minor qui fideiufforē dedit deceptus est, an deceptus sit in re, an ex proposito, si ex proposito

non

non tantum competit minori ius petendæ restitutionis, sed etiam excipiendi de dolo si conueniatur. Ea verò exceptio ut rei cohæret non personæ, perinde fideiuffori atque ipsi minori competit, tametsi nec restitutus sit minor, nec adhuc eā exceptionem obiecerit, at cum deceptio non nisi in re est, doli exceptio nec minori competit, nec proinde fideiuffori: superest igitur vnum illud remedium minori ut in integrum restituatur, fideiuffori verò nullum, nisi quòd minore restituto proderit ea res fideiuffori si simpliciter interuenit, non etiā si contemplatione iuris Prætorij propter incertum ætatis ac restitutionis, secundū supradictam distinctionem, quæ tamen ex eo loco sicut non improbat, ita nec probatur, quia de exceptionis iure duntaxat, non etiam de effectu restitutionis tractat Iurisconsultus. Pessimè autem locum illū accipiunt qui vulgatam lectionem cum Haloandro secuti addita negatione legunt, *quòd si deceptus non sit in re*, & eum sensum esse putant, ut minore in re non decepto sed sua facilitate & dolo creditoris, fideiuffori non succurratur, quod planè falsum est, & iis quæ proximè diximus contrarium. Nam imò verò id sibi vult Paulus: Minore non dolo creditoris sed sua facilitate & in re ipsa decepto, nullam dari exceptionem fideiuffori: an autem iuuari debeat restitutione in integrum, si eam fortè minor impeteret, non aperit, quoniam nec de illo tractat. Et certè contraria hęc sunt, decipi minorem sua facilitate, & decipi dolo creditoris. Sua enim facilitate decipi dicitur, cum ætatis fugi imbecillitate potius quam aduersarij calliditate decipitur. Dolo autem, quoties iis artibus decipitur, quibus etiam maior decipi posset. Contrà autem paria sunt decipi minorem in re, & decipi sua facilitate l. si quis cum aliter de verb. obligat. illud tamen obseruandum est quod supra diximus, fideiuffori qui simpliciter interuenit prodesse restitutionem minoris, non esse perpetuum. Quid enim si nullum ille regressum aduersus minorem habere debeat fortè quòd donandi animo aut in rem suam fideiusserit? nemo dixerit prætextu minoris succurrendum esse maiori cuius damno res cessura sit l. quod dictum 32. D. de pact. l. si quis reum 5. de liber. legat. Neque enim Prætori propositum fuit maioribus succurrere ex minorum persona, sed tantum minoribus d. l. 3. §. sed vtrum l. cum mandatu 23. D. de minor. Rursus nec illud perpetuum est ut fideiuffori qui contemplatione iuris Prætorij intercessit, nil profit minoris restitutio: nam si talis casus contingat in quo futura sit inutilis minori restitutio, nisi etiam fideiuffori profit, fieri non potest ut non fideiuffori quoque prodesse debeat, ut putà si contrà fideiufforem mandati actione repetentem quod soluisset, restitutio dari non posset, arg. d. l. in causâ 13. de minor. sic enim Bart. & post eum cæteri ad l. cum filius familias 49. §. 1. de verb. obligat. Ratione illa, ut puto, quòd hoc casu minor sit fideiufforis sui quasi defensor necessarius: quod cum euenit, necesse est prodesse fideiuffori quicquid prodest reo. arg. l. idemque. 10. §. generaliter D. mandat. At quoties aduersus fideiufforem quoque restitui minor potest, nulla ratio est ut fideiufforis sui defensor necessarius videri debeat, licèt contemplatione iuris Prætorij fideiuffor interuenierit: ideòque nec fideiuffori proderit iis casibus restitutio quam ipse minor impetrauerit.

*De emendatione §. quod vulgò l. Stichum aut Pamphilum
95. D. de solut.*

C A P. L I I I.

HAC IVN T ea, quæ in superioribus disputauimus, ut hinc subiicere necesse sit coniecturam nostram de emendatione quod vulgo l. Stichum 95. D. de solut. cuius tam sæpe meminimus. Esse enim locum corruptissimum iam pridem vir doctissimus Iacobus Cuiacius obseruauit, sed quomodo sanandus & restituendus sit, non vidi qui adhuc docuerit, cum tamen quæstionem habeat elegantissimam, & Papiniana subtilitate dignissimam. Sic autem Papinianus præfatur, *Quod vulgo iacetatur fideiussorem qui debitori heres exitit, ex causa fideiussionis liberari, toties verum est, quoties plenior rei promittendi obligatio inuenitur.* & rectè: neque enim alia ratio est propter quam concursu principalis & fideiussoriæ obligationis in vna eademque persona, tollatur fideiussoria, nisi quod principalis plenior sit, & maior, duplex autem obligatio civilis cum eodem esse non possit, ut Africanus scribit in l. heres à debitoribus 21. §. seruo tuo, vers. nec his contrarium. D. de fideiuss. *Duplex, inquam, obligatio, quarum altera sit plenior & maior, & inter quas aliqua sit differentia, nã si vtraque sit eiusdem potestatis vt contingit cum correus debendi correo heres exitit, nihil vetat eandem personam duas species obligationis sustinere, adeoque nec aliter ius constitui possit, cum dici nequeat vtra obligatio ab altera perimi possit, l. si reus promittendi 13. D. de duob. reis.* Plenior enim & maiorem esse necesse est eam obligationem quæ per concursum perimat alteram, & maiorem vicissim eam quæ perimatur. l. debitori 50. D. de fideiuss. Sed illud difficile est inuestigare, quoniam casu fieri possit vt principalis obligatio non sit maior & plenior, cum vel ob id solùm quid principalis est potior & dignior censeretur debet quam fideiussoria, quæ non nisi accessoria est. l. generaliter 5. eod. l. si duo 93. D. de solut. vbi abundat manifestè negatio in illis verbis, *sed si reus heredem fideiussorem scripserit non confunditur obligatio, quæ malè deest in illis præcedentibus, Item si duo rei sint promittendi & alter alterum heredem scripserit, confunditur obligatio:* nam imò verò non confunditur, quia vtraque est æquè principalis quo casu altera alteri potius adiiicitur ad actionem quàm vt confusionem pariat, vt ibidem Scæuola subiicit, contra autem confunditur fideiussoria obligatio quoties fideiussori reus heres exitit, & maior principalis obligatio fuit, tametsi causa aliqua subsit propter quam æquum sit saluam manere fideiussoriam, vt in eleganti illa specie l. 3. de separat. quam nos superiore libro explicauimus ca. 18. An igitur existimauit Papinianus fieri villo casu posse vt fideiussoria obligatio sit plenior? minimè: hoc ipsum enim quod accessoria est, facit vt plenior esse nunquam possit, ideoque nec principalem obligationem vnquam extinguit, quod contingeret si aliquando plenior esset: sed tamen fieri potest, vt nec ipsa principalis obligatio sit plenior, eiusque rei exemplum dare Papinianus voluit in d. §. quod vulgo, cum subiicit, *nam si reus duntaxat fuit obligatus, fideiussor liberabitur.* Qui tamen versiculus neque sensum vllum habet, neque commodam aliquam interpretationem admittit: casum enim querimus, in quo rei obligatio non sit plenior fideiussoria, & in quo fideiussoria per concursum principalis non perimatur, quorum neutrum euenit cum solus reus obligatus est: quare valdè laudo quod ex Græcis Iacobus Cuiacius docuit lib. 10. obser. cap. 34. & tract. 7. ad Africanum, sic potius legendum esse, *nam si reus natura duntaxat fuit obligatus, fideiussor non liberabitur,* Etenim cum reus naturaliter tantum obligatus est, sicut fideiussoris obligatio non potest esse plenior principali, quoniam accessoria

accessoria est, ita nec principalis potest plenior esse fideiussoria, quia ad agendum est inefficax, fideiussoria verò efficax, cum non nisi per stipulationem contrahatur l. blanditus 12. C. de fideiuss. Nisi quis fortè vulgaris lectionis tuendæ gratia putet probabilius, ea verba *si reus duntaxat fuit obligatus,* non sic intelligi debere, *si solus reus obligatus sit,* sed sic potius, si rei obligato nuda sit, & talis quæ stet in puris terminis obligationis, hoc est quæ destituta sit facultate & potestate producendæ actionis. Quod ipsum vi ipsa & in effectu nihil aliud est quàm naturaliter tantum esse eum obligatum, si dictionem illam *duntaxat* non ad præcedentem rem sed ad subsequentem *obligatus* referamus, paulò quidem obcurio locutione, sed concisore, nec ineleganti. Quam qui non percepit malus interpretes, & eum casum tractari existimans, quo solus reus obligatus esset, sustulit fortasse negationem quam Papinianus non prætermiserat in sequentibus illis *fideiussor non liberabitur,* quod fieri non possit vt solus obligatus reus esset, fideiussor verò teneretur. Cæterum quicquid sit de emendatione, conuenit mihi hucusque cum Græcis & cum Cuiacius de legis sententia. Sequitur apud Papinianum *E contrario non potest dici non tolli fideiussoris obligationem si debitor propriam & personalem habuit defensionem.* Sensus est, multum referre, an principalis obligatio sit naturalis tantum & inefficax ad agendum: an verò efficax quidem ad agendum, sed non ad exigendum, hoc est eiusmodi quam reus propria & personali quadam defensione possit eludere. Priore enim casu plenior sanè non est, posteriore verò non eò minùs plenior putanda est, quod per exceptionem aut qua alia ratione elidi possit, & consequenter fideiussoriam perimet, non secus ac si propriam defensionem nullam reus haberet. Exemplum verò principalis obligationis aduersus quam debitor propriam & personalem habeat defensionem, ponit Papinianus, si minor annis viginti quinque mutuum pecuniam acceperit, & ex ea causa fideiussorem dederit, deinde pecuniam illam perdidit. Hunc enim constat restitui posse in integrum ex Edicto de minoribus fauore ætatis, & concurrente læsione l. patri 27. §. si pecuniam D. de minor. nec perinde fideiussori eius beneficium hoc competere, cum sit personale, hoc est quod personæ minoris datur, licet non minùs transeat in minoris heredem quàm ceteræ restitutiones l. non solùm 6. De in integr. restit. l. minor autem 18. §. vlt. de minor. Nec ad rem pertinet quod restitutio per minorem impetrata proderit etiam fideiussori qui simpliciter acceptus fuit, & sine contemplatione iuris Prætorij, vt superiore capite disputauimus. Id enim fit per consequentias posteaquàm minor restitutus est, non quod idem ius competat fideiussori quod ipsi minori petendæ restitutionis: quam Pauli sententiam esse diximus in l. exceptiones 7. in fin. D. de except. Finge igitur minorem hunc qui potuit in integrum restitui decessisse antè petitam restitutionem herede relicto fideiussore: an salua manebit fideiussoria obligatio, quasi principalis idè non fuerit plenior quod restitutionis beneficium implorare minor potuerat, non etiam eius fideiussor? Id verò Papinianus negat, illa, vt puto, ratione, quod confusio fideiussoriæ obligationis quæ fieri solet per concursum principalis, fiat sola iuris ciuilibus potestate, quæ non minorem vim tribuit obligationi minoris, tametsi aduersus eam restitui minor possit, quàm si à maiore contracta proponeretur. Restitutiones enim non à iure ciuili causam habent, sed à iure honorario, id est ab æquitate Prætorij, temperante nimium iuris ciuilibus rigorem. Itaque quod ad ius ci-

uile pertinet tam efficax est actio quæ contrà minorem etiam læsum competit, quàm quæ contrà maiorem: ideoque & perinde utroque casu fideiussoriam obligationem perimet, tanquam minùs plenam & accessoriam. Eò magis quòd tractamus de fideiussore accepto sine contemplatione iuris Prætorij, id est, non eo intuitu quòd minor qui fideiussorem dabat, posset quandoque in integrum restitui, sed eo planè modo quo maioris obligationi accedere potuisset, nulla impetrandæ restitutionis contemplatione. Cur ergo causa iuris honorarij quæ potuit auxilio minori esse retinebit fideiussoriam obligationem quæ sine contemplatione iuris honorarij & Prætorij contracta fuit? Et hoc sanè est quod Papin. sentit his verbis, *nam si minori viginti quinque annis bona fidei quis pecuniam credidit, isque nummos acceptos perdidit, & intra tempora in integrum restitutionis decessit herede fideiussore, difficile est dicere causam iuris honorarij quæ potuit auxilio minori esse, retinere fideiussoris obligationem.* Idèd autem *bona fidei* Papinianus dixit, quoniam si dolus malus creditoris arguatur, puta si sciens pecuniam dederit minori perdituro, & in malos usus, dolus hic lege Latoria vindicatur, ut Cicero lib. 3. De officiis scribit, ac proinde ipso iure, ita ut nec necessaria sit in integrum restitutio, quæ prorsus necessaria est, cum nullus dolus interuenit, solaque ætas cum læsione iuncta inducit beneficium Prætoris. Vnde fit ut dolo creditoris interueniente faciliùs admitti possit fideiussoriam obligationem subsistere, licèt fideiussor minori heres extiterit, quasi plenior, maior, & potentior esse nequeat principalis obligatio quæ ipso iure & legis Latorix potestate infirmatur. Quamuis non inficier posse hoc etiam casu locum esse restitutioni, si minor malit implorare beneficium Prætoris quàm legis l. 2. C. de fideiuss. minor. sed non facit ea res quominùs legis Latorix potestate dolus vindicetur. In quo restitutio minoris differt à cæteris, quæ nec si ex causa doli impetrentur, alio tamen vllò præterquam Prætoris auxilio nituntur, quia dolus contrahentium non impedit quin ex contractu nascatur iure ciuili actio, sed præbet tantùm materiam restitutionis aut exceptionis doli l. j. & tot. ti. D. de dolo, & De dol. mal. except. Idcirco autem fortasse inductum est ut potestas legis Latorix non tollat remedium restitutionis minoris, quoniam minorum restitutio singulari priuilegio iudicem habet Prætozem ipsum, qui eam cognitionem sibi ipsi reseruauit. l. j. D. de minor. cum tamen in cæteris restitutionibus non se ille interponat, sed ipsis Edicti verbis iudicium, id est alios inferiores iudices daturum se polliceatur. Quæ res efficit ut minoribus plerunque succurrat Prætor, non solùm concessa restitutione in integrum, sed etiam denegata creditori actione ut in d. l. si minor 27. §. j. De minor. in quo Prætor legis exemplū & potestatem non solùm imitatur, sed etiam exequitur. Legis enim proprium est actionem vel concedere vel denegare. Potuit etiam eorum verborum *bona fidei* adiectio esse necessaria, quoniam dolo creditoris interueniente non esset locus illi distinctioni quam Papinianus adhibet, an contemplatione iuris Prætorij interuenisset fideiussor, an non, sed indistinctè iuuandus esset fideiussor siue restitutione in integrum, siue doli mali exceptione d. l. 2. C. de fideiuss. minor. d. l. exceptiones 7. de except. lege si testamento 49. D. de fideiuss. ob idque minùs dubitari posset quin principalis obligatio utroque casu plenior esset, ac consequenter fideiussoriam perimeret: cum doli exceptio licèt ex persona debitoris, inuito tamen debitoris fideiussori

sori competat, lege si stipulatus 15. lege ex persona 32. de fideiuss. lege vlt. de pact. l. omnes 19. D. de except. Itaque non potest dici debitoris propria & personalis defensio, de qua tamen Papinianus tractat. Sed illud omnino inexplicabile est, quod Papinianus subiicit, *quæ principalis fuit, & cui fideiussor is accessit.* Nihil enim est in toto contextu ad quod referri possint verba illa nisi ad proximè præcedentia *retinere fideiussoris obligationem.* Atqui dici non potest fideiussoris obligationem esse principalem, & fideiussoris obligationi accessisse fideiussorem. Principalis namque obligatio ea est, quæ debitoris est pro quo fideiussor interuenit. Non enim propriæ sed alienæ obligationi accedit fideiussor. Scio Accursium referre verba hæc *quæ principalis fuit*, ad præcedentia illa, *causam iuris honorarij.* Sed ineptè. Nam præter id quod habent illa suum relatiuum, *quæ potuit auxilio minori esse*, quo sensu obsecro dici potest causam iuris honorarij fuisse principalem? Aut quomodo conuenient quæ sequuntur, *& cui fideiussor is accessit?* Siquidem principali obligationi fideiussor accessisse proponebatur, non autem causæ honorariæ: præsertim verò cum Papinianus de eo fideiussore tractet, qui accesserat sine contemplatione iuris Prætorij, quod ipsum nihil aliud est, ut sæpiùs monuimus, quàm causa illa honoraria. Itaque, ni prorsus fallor, locus hic mancus est, supplendumque; aliquid de obligatione minoris ad quam referri possint ea verba, *quæ principalis fuit, & cui fideiussor is accessit.* Quantum autem coniectura assequi possum, ita emendandus est Papinianus, ut legamus.

Difficile est dicere causam iuris honorarij quæ potuit auxilio minori esse retinere fideiussoris obligationem, ac non potius solam manere minoris obligationem, quæ principalis fuit &c.

Ut duplicis lineæ simile principium, & similis finis mendo causam præbuerit, sicut & in l. in hoc iudicium 14. §. j. D. commun. diuid. quam nos pari felicitate emendauimus lib. 2. cap. 2. Nam & ex contrario accidit aliquando ut ex ea causa eadem linea repetatur, quod librario qui minores Pandectas Gothofredi excusit, vsuuenisse cernimus in l. duos 6. §. vltim. de duob. reis, qui tamen error non ita faciliè contingit. Adicit verò Papinianus, *sine contemplatione iuris Prætorij*, ut intelligamus aliud fuisse eum responsurum si fideiussor accessisset principali obligationi contemplatione iuris Prætorij, hoc est ea mente ut in illum potissimum casum teneretur, quo minor esset in integrum restitutus. An quòd illo casu fideiussore hereditatem minoris adeunte fideiussoria obligatio non perimeretur? Atqui hac parte nihil interest utrum fideiussor contemplatione iuris Prætorij accesserit, necne, cum utroque casu æquè plenior sit principalis obligatio. Hactenus igitur intererit quod si contemplatione iuris Prætorij accessisset, non posset verum esse quod Papinianus concludit, *auxilium igitur restitutionis fideiussori qui adolescenti heres extitit intra constitutum tempus saluum erit.* Quamquam enim hoc etiam casu fideiussoria obligatio per confusionem perimeretur, quasi minor & accessoria, ob idque stricto iure cõpeteret fideiussori restitutio in integrum tãquam heredi minoris, iniquū tamen esset in damno morari creditorem qui ob hoc ipsum fideiussorè accepisset ut sibi cõsuleret aduersus periculū & incertū ætatis & restitutionis, cū hoc casu restitutio per

minorem impetrata non profit eius fideiussori, ut superiore capite docuimus ex l. in causâ 13. D. de minor. l. j. & 2. C. de fideiuss. minor. Ideoq; in factum vel doli mali exceptio aut replicatio creditori danda. effert. Ne alioqui stricta subtilisq; iuris ratio damno afficiat eum qui sibi diligenter prospexerat, ut eleganter idem Papinianus scribit licet in dissimili specie in l. 3. De separat. Nam & si ex contrario reus fideiussori heres extiterit, æquè fatendum est fideiussoriam obligationem perimi, eadem ratione quod minus plena sit & accessoria. Et tamen si reus tanquam reus conuentus ea exceptione utatur, quæ sibi quidem tanquam reo competat, sed quæ ipsi fideiussori si viueret non competeret (quod sanè summo iurè facere reus posset l. si duo 93. de solut.) in factum vel doli mali replicatio creditori prodesse debet. l. cum reus 14. D. de fideiuss. vbi addendam esse negationem legendumque, *exceptione fideiussori non competente*, constat manifestè ex dicta lege si duo, & ex iis quæ pluribus in hanc rem scripsimus libro primo cap. 5. Exemplum verò accommodatum tradit Scæuola in dict. l. si duo, si fortè aut reo aut fideiussori factum sit pactum de non petendo temporarium & personale, hoc acto ut alteri non prodesset: quo casu certum est non prodesse alij quàm ei cum quo factum est l. nisi hoc actum 22. D. de pact. l. 2. l. si quis reum 5. D. de liberat. legat. Quod exemplum non malè etiam quis accommodauerit. ad id quod Papin. ait in dict. §. quod vulgo: cum fideiussor debitori heres extitit non eò minus extingui fideiussoriam obligationem quod debitor propriam & personalem habuerit defensionem. Propria enim & personalis defensio est debitoris, si tutus sit exceptione pacti personalis de non petendo, non secus ac si ex causa minoris ætatis in integrum restitui posset. Idem ergo ius utroque casu statuetur, ut fideiussoria obligatio per concursum principalis tanquam plenioris & maioris confundatur, & perimatur.

De varia lectione & interpretatione l. Marcellus

25. D. de fideiuss.

C A P. V.



STETIAM superioribus consequens, ut dicamus de sententia, & emendatione l. Marcellus 25. D. de fideiuss. quæ ingeniolum meum & sapius torfit, & diutiùs. Vulgata lectio sic habet, *Marcellus scribit si quis pro pupillo sine tutoris auctoritate, obligato, prodigone vel furioso fideiusserit, magis esse ut ei non subueniatur, quoniam his mandati actio non competit.* Hanc verò legis sententiam esse nonnulli putant, ut ei qui pro pupillo sine tutoris auctoritate obligato, vel furioso aut prodigo fideiussit, non subueniatur per in integrum restitutionem, quoniam ipsi mandati actio non competit. Quod si ita esset, non malè quis eadem ratione inferret, minoris restitutionem nullo casu prodesse debere fideiussori tametsi simpliciter & sine contemplatione iuris Prætorij intercesserit, cui nimirum non competat cum effectu mandati actio aduersus minorem, quãdoquidem non solum contrà creditorem, sed etiam contrà suum fideiussorem restitui minor potest l. in causâ 13. D. de minor. l. j. Cod. de fideiuss. minor. At nos superioribus capitibus probauimus, toties restitutionem minoris prodesse fideiussori, quoties principali obligationi accessit simpliciter, & sine iuris Prætorij contemplatione. Non igitur ratio illa sufficit ad denegandum fideiussori auxilium restitutionis ex

nis ex persona debitoris principalis, quod vtilem ille mandati actionem habiturus non sit. Sanè non potest ipsi fideiussori villo casu competere restitutio ex propria persona, nisi proponas eum ipsum minorem, aut aliam subesse causam restitutionis ex qua si debitor principalis esset restitui quoq; posset, puta si dolo aut metu adactus esset ad fideiubendum. Ergo quod ex Marcello Vlp. ait, *magis esse ut fideiussori non subueniatur*, non sic accipi debet ut ei restitutionis auxiliū denegetur, nec ita rursus, ut ad doli exceptionem pertineat, hoc est, ut per doli exceptionem non succurratur fideiussori, cui plerunque ea exceptio prodesse solet, maximè cū à fideiussore petitur quod à reo peti non posset l. si stipulatus 15. l. si testamento 49. D. eod. tit. de fideiuss. Sed sic omnino ut fideiussoria obligatio non impediatur quæ impediri solet aut tolli cū fideiussor datus est pro venditione cui lex occurrit l. cū lex 46. eod. tit. aut pro eo qui non obligatur vtiliter l. fideiussor 16. in princip. eod. Cur autem non liberetur is, qui pro pupillo aut furioso vel prodigo fideiussit, ratio illa redditur, quod nec mandati actionem aduersus has personas habere possit, quippe quæ nec ex mandato, nec qua alia conventionione obligari possint. Quæ tamen ratio plerisque inepta videtur, cū vel idèd tantò æquius sit subueniri fideiussori, quod mandati actionem nullam habiturus sit. Alioqui eueniet ut in damno moretur, quod illi absurdum & iniquum putant. Ob idque sublata negatione sic legunt *magis esse ut ei subueniatur*, existimantes ita fieri ut non solum iniuri & æquitati, sed etiam dicto congruat ratio quæ sequitur *quoniam his mandati actio non competit.* In quo tamen cæcutiunt & labuntur apertissimè. Verum enim est quod ait vulgata lectio, magis esse ut non subueniatur ei qui pro pupillo, vel furioso aut prodigo fideiussit. Nec vlla in eo subest iniquitas: cū imputare sibi debeat fideiussor qui pro talibus personis non adhibito tutore aut curatore vltro intercesserit: scire enim potuit aut ignorare non debuit, nec pupillum nec furiosum, aut prodigum ex mandato obligari. arg. l. si Titius 48. D. de fideiuss. & l. si fideiussor 7. §. si necessaria D. qui satisd. cogant. Propter quã causam Caius scribit in l. si pupillus 35. D. de recept. qui arbitr. si pupillus sine tutoris auctoritate compromiserit & fideiussorem dederit, cogendum arbitrum sententiam dicere, quia licet futurum sit ut à pupillo pœna peti non possit, ab ipso tamen fideiussore peti poterit. Nam ut fideiussor vtiliter & cum effectu obligetur, sufficit obligationem principalem subesse, tametsi sit illa inefficax ad agendum, puta si naturalis tantum fuerit, aut talis quæ per exceptionem pacti personalis aut in integrum restitutionis elidi possit l. Stichum aut Pamphilum 95. §. quod vulgo & §. naturalis de solut. l. stipulatus 6. §. adhiberi l. græcè 8. §. 1. l. fideiussor 16. §. fideiussor de fideiuss. Alij verò sunt qui receptæ lectionis sententiã retinentes, sed rationè Vlpiani improbant pro *quoniã* reponunt *quancquã*. Quasi dubitãdi causa illa sit, propter quã fideiussori subueniendū videbatur, quod mandati actionem non habeat. Parū subtiliter. Nã imò verò decidèdi ratio illa est, & quidè perelegãs. Etenim cū fideiussor accedit obligationi pupilli, aut furiosi, aut prodigi, qui ex mādato obligari non possunt, non tantū æquum esset, sed etiã necessariū succurri fideiussori, si ob id mandati actionem haberet quod ex causa fideiussionis soluisset. Ne alioqui eueniret ut ex mandato illi obligarentur. Igitur ex contrario si mandati actionem habiturus non sit, tantò minus ei subueniendum est, cū non totius debiti, sed solius personæ pupilli aut furiosi

aut proeligi obligatio iure improbetur: quæ sanè magis propria & germana ratio est. Sic dicimus in fideiussore eius, qui propter ætatem aut ex qua alia causa non potest cum effectu conueniri, ut ei ob hanc ipsam causam non subueniatur, d. l. in causâ 13. ibi, *non est æquum fideiussori in necem meam subueniri, sed potius deneganda ipsi erit mandati actio* l. quod dictum 32. D. de pact. l. sed si paterfamilias 9. §. non solum ad SC. Macedon. d. l. cum lex 46. ubi est textus elegans & accommodatus D. de fideiuss. quamuis nihil prohibeat denegari fideiussori actionem mandati cum effectu aduersus debitorem, & nihilominus ei subueniri contra creditorem, ut contingit in eo qui pro minore fideiussit sine contemplatione iuris Prætorij, de quo diximus §. cap. 3. item in fideiussore mulieris quæ pro alio intercesserat l. si mulier 16. §. vlt. D. ad SC. Velleian. quoniam, ut lex ait, totam obligationem senatus improbat. l. si quis reum 5. de liberat. legat. Eodem ergo tramite refellendi sunt, qui pro *quoniam his* malunt legere *quamuis*: etsi enim de fideiussore in singulari numero lex prius locuta est, quia tamen tractat de fideiussore pupilli, vel furiosi, vel prodigi, potuit non malè subiici pluralis locutio, ac si de pluribus fideiussoribus ageretur, hoc est de fideiussore pupilli, de fideiussore prodigi, & de fideiussore furiosi. Proinde quod ait, *his*, sic intellige, *fideiussoribus* scilicet pupilli, prodigi, & furiosi. Sed illud difficilius est quid sibi Marcellus velit cum loquitur de pupillo sine tutoris auctoritate obligato. An quod aliter fuerit responsurus si fideiussor pro pupillo, cum tutoris auctoritate obligato interueniret? Ita plerique putant, existimantes ita demùm denegandam fideiussori aduersus pupillum mandati actionem, si pupillus naturaliter tantum obligatus erat, ratione illa quod alioquin per consequentias ciuilitè & cum effectu obligatus videretur, si à fideiussore conueniri posset l. in causâ 13. l. cum mandatu 23. D. de minor. ob idque subueniendum esset fideiussori, ne contra legem fieret, si conueniretur is quem lex noluit conueniri posse ex contractu sine tutoris auctoritate inito, exemplo eius quod Iauolenus scribit in d. l. cum lex 46. De fideiuss. cum lex venditionibus occurrere voluit, fideiussorem quoque eo nomine datum liberari, eò magis quod per eius obligationem (sic enim malo legere quam ut vulgò, *eiusmodi actionem*) ad reum peruenitur. Atqui constat pupillum non aliter posse obligari naturaliter tantum quam si sine tutoris auctoritate obligetur: accedente enim auctoritate tutoris obligatur ciuilitè ex omnibus causis l. pupillus 5. l. obligari 9. & pass. D. de auctor. tutor. sine tutoris auctoritate non alio villo casu potest obligari ciuilitè quam si factus sit locupletior, quod constitutione Diui Pij aduersus strictam iuris rationem inductum est l. 3. §. pupillus. l. si pupilli 6. l. Nefennius 34. de negot. gest. l. verum 9. cum seq. D. de instit. l. 1. §. an in pupillum D. de posit. Si locupletior factus non sit, obligatur naturaliter, ideòque & fideiussorem dare potest d. l. si pupillus 35. de recept. qui arbitr. l. vlt. de iure iur. l. cum illud 25. §. heres meus D. quando dies legat. ced. l. si pupillus 21. D. ad leg. falcid. l. si pupillus 127. D. de verb. oblig. l. in numerationibus 44. l. Stichum 95. §. aditio & §. naturalis. de solut. l. 1. in fin. D. de nouat. quamuis natura non obligetur, l. quod pupillus 42. D. de condit. indeb. id est ne iure quidem natura si aut gentium l. pupillus 59. D. de obligat. & act. iunct. l. cum amplius 84. §. is natura debet de regul. iur. Nam ut hoc obiter moneamus quod nemo vnquam dixit, & sine quo tamen non possis tot iuris nostri locos qui de pupilli obligatione tractant, conciliare, aliud est obligari naturaliter, aliud obligari

iure

iure naturali aut gentium, sicut & aliud est dicere coniunctionem maris & foeminae naturalem esse, aliud iuris naturalis: naturalis enim est quælibet maris & foeminae coniunctio, sed non iuris naturalis: nisi ea quæ sit cum ratione quam nos matrimonium appellamus l. 1. §. ius naturale, De iustit. & iur. sic & qui edit, aut bibit, aut dormit, hoc ipsum facit naturaliter, nec tamen facit iure naturali, quia ius naturale esse non potest in ea re quæ factum magis quam ius demonstrat: naturaliter enim quid fieri cum dicimus factum solum demonstramus, non ius naturale, ut cum dicimus naturaliter aperiri tabulas testamenti. l. 3. §. aperire D. ad SC. Silan. usufructuarium, conductorem aliasque similes personas quæ nec sibi nec villo iure possident, sed tantum tenent, possidere naturaliter l. naturaliter 12. l. possessio 49. D. de acquir. possess. l. 2. §. quod vulgo D. pro hered. iunct. l. officium. 9. de rei vindic. l. Celsus 5. §. Iulianus. D. ad exhibendum. Simile est quod Ulpianus scribit in l. in causâ 16. §. idem Pomponius de minor. licere contrahentibus in emendo & vendendo naturaliter se decipere, id est in re ipsa & facto ipso, non autem personali circumscriptione: quomodo etiam accipi debet l. item si 22. §. vlt. D. locat. Quis enim dixerit iure naturali id permissum aut, ut quosdam interpretari video, iure gentium? An non ita fieret ut ex iure iniuria nasceretur? Sic igitur & naturalem obligationem cum dicimus factum magis & numerationis aut promissionis quæ intercedit veritatem demonstramus, quam ius vllum obligationis, leg. nec feruus 41. lege non solum 49. §. vltimo D. de pecul. eamque æstimamus ex solo æquitatis vinculo, quod generaliter æquum sit præstari quod promissum, & reddi quod ab alio mutuum acceptum est, dict. l. Stichum 95. §. naturalis de solut. l. 1. de pact. l. 1. de constit. pecun. quæ tamen æquitas non potest tanti esse momenti, ut in persona pupilli inducat obligationem iuris naturalis quam in cæteris personis induceret, quia, ut pupillus sibi propter ætatis lubricum consulere non possit, fit vitio ipsius naturæ, quam ideò æquum est tueri tam diu pupillum, ne proinde iure ipso naturali obligetur. Verum nec ipsa natura facere potest, ut quod pupillus re vera promissit, non promiserit, quod mutuū accepit non acceperit. Ergo nec facere potest quin ex promissione & mutui numeratione naturaliter obligetur. Sed de tota illa quæstione quæ ad pupilli obligationem pertinet, cum & amplissimum tractatum habeat & perobscurum, dicemus alio loco copiosius: nunc ad Marcellum redeamus.

Vera interpretatio & emendatio d. l. Marcellus.

CAP. VI.

SI quis pro pupillo sine tutoris auctoritate obligato fideiussit, obligatur. Pupillum igitur prius obligatum esse necesse est ut principalis aliqua obligatio sit cui fideiussoria possit accedere. At ciuilitè obligatus dici non potest: naturaliter igitur obligatum fuisse ponendum est, has enim tres duntaxat obligationum differentias agnoscimus, naturalis tantum, ciuilis tantum & eiusquæ & naturalis sit & ciuilis, cui consequens est: ut si cum tutoris auctoritate, & ciuilitè obligatus pupillus fuerit, aliud Marcellus existimauerit, in eo scilicet non ut fideiussori illo casu subueniatur, sed ut mandati actio fideiussori aduersus pupillum detur.

Alioqui dici non potest cur ea verba adiecerit, *sine tutoris auctoritate obligato*, quæ tamen non possunt esse superflua. At videamus ne hoc falsum sit, mandati que actio fideiussori deneganda sit, quamuis pupillus ciuilitate, hoc est cum tutoris auctoritate fuerit obligatus. Illud enim apertissimū est, tractare Marcellum de pupillo qui fideiussorem dederit, & fideiussori mandauerit sine tutoris auctoritate, cum si auctoritas tutoris interueniret dubitari non posset quin pupillus ex mandato sicut & ex qualibet alia causa teneretur. Atqui quod pertinet ad mandati obligationem, hoc est, ut pupillus fideiussori obstringatur ex causa mandati, vel non, nihil planè interest, an alteri naturaliter tantum obligatus esset, an etiam ciuilitate: nam et si ciuilitate obligatus esset, non idcirco tamen mandando fideiussori se obligat, si sine tutoris auctoritate mandauerit: ipsa siquidem persona pupilli impedit obligationis natiuitatem, tametsi iustissima sub sit causa mandandi, quemadmodum dicimus, si pupillus sine tutoris auctoritate soluerit quod cum tutoris auctoritate promiserat, & ciuilitate debuerat, locum esse repetitioni, non secus ac si nec naturaliter debitum fuisset quod solutum est, propterea quod ipsa persona indicat conditionem l. interdum 29. D. de condic. in deb. neque enim pupillo magis permissum est ut soluat, quam ut contrahendo se obliget, cum solutione alienari nummos necesse sit, ille autem nullius rei suæ alienandæ potestatem habeat: l. obligari. 9. §. pupillus de auct. & conf. tutor. l. magis puto 5. §. si pupillus de reb. eor. qui sub tutel. l. 3. §. 1. ad Maced. l. quod si forte 14. §. ult. de solut. Et quod Neratius scripsit in l. quod pupillus 41. de condic. in deb. pupillum qui soluerit quod sine tutoris auctoritate stipulanti promiserat, posse repetere, quia nec natura debet, ad eum casum restringi debet, quo solutio facta sit cum tutoris auctoritate, alioqui mala aut saltem minus propria erit ratio illa, *quia nec natura debet*, cum etiam si naturali iure adeoque ciuili obligatus pupillus fuisset, soluta tamè sine tutoris auctoritate pecunia condici posset d. l. interdum, quamuis ex contrario tutoris auctoritas quæ in solutione per pupillum facta interuenit non reddat debitum quod fuit indubitum, & consequenter non impediatur conditionem, quippe quæ etiam maioribus competat indubitum quancumque soluentibus. Sic igitur & cum de fideiussore per pupillum dato disputamus, & quærimus an ei pupillus obligetur mandati actione, non illud inspicere debemus, an sine tutoris auctoritate, & quod idem est naturaliter duntaxat pupillus antea obligatus esset illi qui fideiussorem accepit, an tutore auctore, sed an sine tutore fideiussorè dederit, an cum tutoris auctoritate. Sanè obligatum fuisse pupillum necesse est aut naturaliter aut ciuilitate, cum fideiussorem alicui obligationi accedere oporteat ut obligetur dicta lege fideiussor. 16. in princ. & §. fideiussor de fideiussorib. Idque manifestius est in fideiussoribus furiosi & prodigi, de quibus etiam Marcellus tractat: constat enim differre in eo pupillum à furioso, & prodigo, quod cum ille naturaliter obligari possit, nimirum si sine tutoris auctoritate spondeat stipulanti, aut mutuum pecuniam accipiat, hi tamen nullo prorsus casu obligantur naturaliter tantum, sed vel nullomodo si ipsi spondeant aut mutuum accipiant, vel ciuilitate si eorum curatores promiserint aut mutuum pecuniam acceperint, vel si ex re actio veniat l. furiosus 46. de obliga. & action. iunct. l. heres 25. §. non tantum famil. ercisc. Nam cum naturalis obligatio quantumuis ex solo facto æstimetur, nõ inducatur ex sola promissione aut numeratione, nisi ex parte promittentis, aut

aut accipientis concurrat animus se obligandi l. iuris gentium 7. §. quod fere de pact. l. non omnis 11. D. de reb. credit. l. j. §. eum qui D. de constit. pecun. furiosus autem nullam prorsus mentem, nullumque animum habere intelligatur: prodigus verò nullam voluntatem, propter legis & Prætoris prohibitionem, consequens est ut naturaliter tantum obligari isti non possint, adeoque, quod magis mirum videri debeat, nec si cum curatoris auctoritate stipulanti quid promiserint aut mutuum acceperint, quoniam ad obligandos eos necesse est curatorem ipsum promittere eorum nomine, aut numerationem mutui accipere. Aliud enim est furiosum vel prodigum aliquid facere curatore auctore, aliud verò curatorem ipsum facere nomine prodigi vel furiosi: sicut & aliud est vendere, aliud vendenti consentire l. aliud est 160. de regul. iur. Vnde illud est quod dicimus tutorem non posse hereditatem adire pro pupillo, sed pupillum ipsum adire debere tutore auctore l. pupillus 9. de acquir. hered. Nisi pupillus dari non possit, quo casu tutori eius id permissum est l. si infanti 18. C. de iur. delib. similiter minor curatorem habens solius curatoris facto obligari non potest, sed si accedat curatoris auctoritas promittendo ipse aut mutuum accipiendo vtiliter se obligat l. si curatorem habens 3. C. de in integ. restit. minor. (quamquam verius est, quod nostri vulgo negant, obligari eum etiam sine suo curatore, nisi cum alienat l. puberes 10. l. vbi eleganter Caiacius D. de verb. obligat.) Ex contrario nec furiosus nec prodigus obligari aut alienare possunt curatore auctore, sed curatorem ipsum contrahere oportet ut eos eorumque bona obliget, & ut per alienationem, si modò vtiliter & ex iusta causa facta sit, transferatur dominium l. consilio 7. l. Iulianus 10. cum seq. l. ult. & pass. D. de curat. furios. Propter quam causam, ut arbitror, cum quæritur an fideiussor furiosi vel prodigi habeat contra eum mandati actionem, non distinguimus, an hæ personæ fideiussorem dederint sine curatoris auctoritate an curatore auctore, quia non magis hoc quam illo casu obligarentur. Quid ergo fideiussorem ab ipso curatore dari oportet. Sic & cum quærimus an furiosus vel prodigus solutum condicere possint, non distinguimus an soluerint curatore auctore an sine curatoris auctoritate: utroque enim casu perinde condicatio competit, sed an ipsi soluerint an curator eorum nomine, quia soli curatori permissum est ut soluat & nummos alienet. Cum tamen si de pupillo tractetur necessaria sit illa distinctio an tutoris auctoritas interuenit necne, cum pupillus ipse fideiussorè dedit aut soluit. Id enim significant verba illa *sine tutoris auctoritate* in dict. l. interdum 29. de condic. in deb. & in d. l. Marcellus, si obserues. iisdem locis tractari etiam de furioso & prodigo, nec tamen adiectum similiter *sine curatoris auctoritate*, ut appareat differre hac parte pupillum à furioso & prodigo, & esse fauorabiliorem, quia licet huius ætatis puer neque scire neque discernere quicquam possit non magis quam furiosus, quãdoquidem & ea quæ videt hæc ætas ignorat l. j. C. de fals. monet. hoc tamen fauorabiliter ei præstat, hoc est fauorabilius quam furioso aut prodigo, ut omnia facere ipse possit tutore auctore, atque adeo, quod omnium difficillimum est, hereditatem adire licet adeuntem necesse sit & adeundi animum habere, & causam acquirendæ hereditatis intelligere. Quæ iudicio meo sententia est d. l. pupillus 9. de acquir. hered. iuncta l. furiosus 63. & l. per curatorem 90. eod. l. cum in vna 17. §. j. D. de appell. Nã iure vetere nec furiosus hereditatem sibi acquirere poterat etiã curatore auctore, nec curator ipse eius nomine. Iustinianus verò

et si furioso maximè prospicere voluit aduersus iuris subtilitatem, nullo modo tamè ei permisit hereditatè agnoscere, id est, vt interpretor, ne quidè accedente curatoris auctoritate & cõsensu, sed ipsi curatori licentiã dedit, ac necessitatè imposuit vt nomine furiosi adeat, l. vlt. C. de curat. furios. Cur autem hac parte fauorabilior sit pupillus quàm furiosus aut prodigus ratio illa est, quòd sola ætatis imbecillitas eaq; naturalis ei noceat, certuq; sit naturã ipsã cū ætate cõsiliũ & iudiciũ allaturã: quod in cæteris secus est quibus nulla sanioris iudicij certa spes ex natura aut moribus, priusquàm ad sanos mores redierint. Proinde pupilli imbecillitatè tutoris cõsilio suppleri nihil prohibet ad obligandũ eũ ciuilitè, naturalè verò obligationè etiã sine tutoris auctoritate cõtrahi, quòd negari nõ possit, quin animũ habeat pupillus se obligandũ, qui & interdũ capax est doli & iniuriæ faciendæ, l. pupillũ. in. de regul. iur. idque ita constituit humanissimum fuit. Maneat igitur certissimũ, nec furiosum, nec prodigũ naturaliter tantũ obligari posse, siue stipulanti spõ deant, siue mutuũ accipiant, siue auctore curatore, siue etiã siue curatoris auctoritate: ob idque nec fideiussorẽ pro iis accipi posse, qui vtique accipere vt vtiliter si vel naturalis aliqua obligatio subesset: quod & difertè scriptũ est in l. is cui bonis 6. De verbor. oblig. Quoties ergo legimus datũ pro furioso aut prodigo fideiussorem vt vtiliter, de furioso aut prodigo ciuilitè obligatis intelligere debemus. i. vel ex re ipsa vel ex facto curatoris. Atqui eo casu negat Marcellus fideiussori subueniendũ esse. Negat etiã fideiussori aduersus eos mādati actionè cõpetere. Idem igitur necessariò admittendũ est & si quis pro pupillo ciuilitè & cum tutoris auctoritate obligato fideiussorit. Cur enim melior sit cõdicio furiosi aut prodigi quàm pupilli cū omnes ciuilitè obligati sunt? Hinc autè infero, Marcellum & Vlpianum in d. l. Marcellus non nisi frustra adicere potuisse verba illa *sine tutoris auctoritate obligato*, & tutoris auctoritatem quam illi requirunt, non ad obligationem cui fideiussor accesserit referendam esse sed ad ipsam fideiussoris dationè. Quomodo & in d. l. interdum 29. de cond. indeb. tutoris auctoritas ad impediendam conditionem non in ipso debito contrahendo requiritur, sed in ipso actu solutionis. Itaque, vt tandem dicam quod sentio, non dubito quin sit irreptitia dictio illa *obligato* quæ sola per obscuram & inexplicabilem facit tam elegantis loci sententiam. Irreptitia, inquam, ex glosa imperiti alicuius interpretis existimantis deesse illam in iis verbis *pro pupillo sine tutoris auctoritate*, nec animaduertētis sequi postea *fideiussorẽ*, quod verbũ si fuisset adiectũ post *auctoritate*, effugisset Marcellus interpretis manum. Ea verò dictione sublata sensus erit apertissimus si pupillus qui Titio erat obligatus siue naturaliter tantũ siue etiam ciuilitè, fideiussorẽ dederit sine tutoris auctoritate, obligari fideiussorem, nec ei subueniendũ esse, quoniam mādati actionem cõtrã pupillum habiturus non sit arg. à contrario sensu d. l. cū lex 46. D. eod. ti. quæ tamen cū ait *eo magis* quod per fideiussoris obligationem ad reum peruenitur, ostendit satis aliã quoque rationè facere vt in illa specie fideiussori subueniatur, eamq; magis germanam & propriã, nẽpe quòd cū lex vèditioni occurrit ipsa vèditio improbetur: cõsequens enim est vt fideiussor vèditionis nomine datus liberetur, quia ius ipsum vèditionis totaq; eius obligatio improbat, arg. d. l. si mulier 16. §. vlt. D. ad Velleian. Sic ex contrario cū pupillus fideiussorẽ dedit sine tutoris auctoritate, ratio propter quam fideiussori non subuenitur illa quidè est quã Marcellus tradit, *quoniã ei mādati actio nõ cõpetit*, sed alia etiã est magis propria & germana ei prorsus cõ-

traria quã vsurpauimus in specie d. l. cū lex, nimirũ quòd nõ totũ ius obligationis, & ipsam fideiussionè lex improbet, sed solã obligationè personę pupilli ex causa mādati sine tutoris auctoritate dati. Itaq; vellẽ potius Marcellũ sic scripsisse quomodo Iauo. in d. l. cū lex, *eo magis q. his mādati actio nõ cõpetit*, vt appareret rationè hãc ex abundantia potius adiectã esse quã q. sit propria & germana. Idẽq; dicendũ est, si quis pro furioso aut prodigo fideiussorit, nisi quod hĩc nõ distinguimus, an furiosus vel prodigus fideiuberi mādauerint sine curatoris auctoritate, an verò curatore auctore, sed tantũ, an illi ipsi mādauerint, an verò curatores eorũ nomine, vt hoc posteriore dūtaxat casu mādati actionè fideiussor habeat. An igitur cessante ea ratione qua Marcellus mouetur, hoc est illis casibus quibus mādati actionè fideiussor habere debeat subueniendũ erit fideiussori? Minimè, imò tãtò minũs, hoc casu q. indẽnitati eius satis superq; cõsultũ sit: nec verò vlla dubitãdi ratio super est ex persona pupilli cū fideiussor ab eo tutore auctore datus est. Sed eo casu quo pupillus aut furiosus aut prodigus mādati actione teneri nõ possint, vt debatur subueniendũ fideiussori, ne in dāno remaneret cõtrã bonam fidẽ quę in causa mādati præcipuè spectãda est l. si fideiussor 29. §. quẽdã D. mād. Cū tamè hęc ipsa etiã ratio faciat ne ei subueniendũ sit, quòd mādati actionem nõ habeat, quã si habere hoc casu posset subueniri ipsi oporteret: ne alioqui eueniret vt ppter fideiussoris obligationè teneretur hæ personę, quę tamè ex proprio mādato obligari nõ possit. Verũ hĩc illa dubitatio incurrit, cur nõ mādati actione teneatur fideiussori pupillus, furiosus, & prodigus, qui creditori ciuilitè tenebantur, cū nihil eorũ inter sit an creditori soluant an fideiussori qui pro iis creditori soluerit. Sed ratio est, quia mādati actio ex psona non ex re nascitur, huiusmodi autè psonę obligari nõ possit ex facto suo: facit l. si quis eũ 29. D. cõmun. diuid. An ergo fideiussori tenebuntur actione negotiorum gestorũ, quę dari solet fideiussori qui pro absente & ignorate fideiussit & soluit, ex mādato 20. §. j. D. mād. l. 3. §. vlt. cū ll. seqq. de neg. gest. Minimè: negotiorũ enim gestorũ actio ex re ipsa nascitur nõ ex psona, ob idq; & pupillum & furiosũ & prodigũ, & alios quoslibet quorũ negotia vtiliter gesta sunt etiã ignorates tenet d. l. 3. §. pupillum, aut, vt Cuiacius mauult legere, §. pupilli, & §. & si furiosi, eod. Sed tamè non puto in pposita specie psonas istas negotiorũ gestorũ teneri. Illa enim Marcelli ratio, *quoniã his mādati actio non cõpetit*, haud dubiè sic accipi debet, vt neq; negotiorũ gestorũ cõpetat. Quid enim effectu ipso referret an hæ psonę mādati, aut negotiorũ gestorũ actione teneantur? An nõ vtriusq; actionis eadẽ vis est & potestas? Atqui negari nõ põt, quin vtiliter negotiũ gesserit fideiussor qui soluit. Ita sanè est, sed negotiorũ gestorũ actionè illud impedit, q. mādaturũ intercessit. Qui enim mādaturũ suscipit, & fidei liberãde gratia impleuit, quãuis vtiliter negotia mādatis gesserit, tamè negotiorũ gestorũ agere nõ põt, quia nõ eo animo gessit vt aliũ obligaret sed vt seipsum potius liberaret. d. l. ex mādato §. j. l. j. 2. 3. & §. j. mādaturũ. l. mādaturũ 46. & pass. de neg. gest. d. l. heredes 25. §. nõ tãtũ famil. erc. l. in hoc iudiciũ 14. §. j. d. l. si quis eũ 29. D. cõmun. diuid. Proinde deterior est hoc casu cõdicio fideiussoris qui ex pupilli aut furiosi aut prodigi mādato soluit, quã gestoris, qui sine mādato. Nec ad rẽ ptinet, q. mādati actio locũ hĩc nõ habeat, ac si mādaturũ nullũ interuenisset, sufficit enim interuenisse, ad hoc vt impediatur negotiorũ gestorũ actio licet nõ sit obligatoriũ. Vt quod ait l. 5. de neg. gest. nasci negotiorũ gestorũ actionè, cessante mādati actioe, sic accipi

debeat, cessante mandato. Solū igitur superest remediū illud fideiussori qui pro pupillo furioso & prodigo ciuilitate obligatis intercessit, ut actiones sibi a creditore præstari postulet. Exemplo cōfideiussoris aduersus confideiussorem agere volentis l. ut fideiussor 39. D. de fideiuss. Tantō magis enim tenetur creditor ad præstandas actiones fideiussori, quod nullam fideiussor actionem alioqui habere possit arg. l. Papinianus 28. D. mandat. Quod si pupillus sine tutoris autoritate obligatus fuit & naturaliter duntaxat, eo demum casu verum est nullum fideiussori remedium superesse, cum nec actionem præstare creditor possit, quam non habeat. Itaque sibi imputare debet, non quod pro pupillo fideiussor, & soluerit, (haberet enim, ut diximus, negotiorum gestorū actionem si aliud nihil obstaret) sed quod pupilli mandatum sine tutoris auctoritate secutus fuerit. Et hæc sunt quæ ad Marcellum adnotanda putauimus.

Indicatur, & reprehenditur Triboniani additio in l. 3. §.

ult. D. de condic. caus. dat.

CAP. VII.

RECEPTVM est ut statuliber siue heredi siue alij centum dare iussus sit, peculiares nummos dare possit, atque ita ad libertatem peruenire l. 3. §. j. D. de statulib. l. si filia 20. aliàs l. si vni §. ult. D. famil. ercisc. ne alioqui difficultas implendæ conditionis libertatem impediatur aut remoretur. Nam cū seruus proprium nihil habere possit, extra peculium quod patrimonium eius est l. peculium, & ex eo 39. l. quoties 47. §. ult. D. de pecu. difficillimū est ut aliunde quam de peculio soluere possit. Ita verò fit ut si alteri quā heredi seruus dederit, duplici damno heres adficiatur. Amittit enim seruū qui libertatē consequitur, & præterea nummos qui extraneo soluuntur. Ideò remedij loco inducitur, ut prohibeat heres statulibero ne de peculio soluat. Quauis enim ea prohibitio nec morā, nec præiudicium libertati adferat, cum prohibendi vis heres non habeat, efficit tamen ut salui sint heredi nummi, quasi in eius odium impleta per statuliberū conditione, cum per heredē ipsum stet, quominus impleatur. Idque est quod apertissimè Vlpianus tractat in l. 3. §. ult. De condic. caus. dat. vbi tamen sequitur, *sed is quem testator accipere voluit, aduersus heredem in factum actionē agere potest ut testatori pareatur.* Hunc verò vericulum dico esse Triboniani, & non minùs ab Vlpiani sententia quàm à iuris ratione alienū. Nam ut & Accursius ipse obseruauit, quid obsecro Vlpiani consiliū prodesse heredi potest ad hoc ut nummos saluos faciat, si vtrò in eū competere potest actio illi in cuius persona impleri cōdicio debuit? Aut cur patiamur heredem prohibere seruo ne soluat, si potest heres ipse cogi ut soluat? Nam quod nonnulli comminiscuntur, posse consiliū hoc esse vtile, si fortè heredi naturaliter pecuniā debuit is cui dare seruus iussus fuit, ridiculum est, cū si receptā lectionem sequamur eum casum Vlpianus tractet, quo possit heres in factū actione conueniri. Quod non contingit, cū heredi naturaliter debita pecunia est. Naturalis enim obligatio parit ius retentionis, & deductionis, atque ita prodest ad elidendā exceptione actionē, l. frater à fratre 38. §. quæsitum D. de condi. indeb. l. sed si dānū 9. §. peculū & pass. D. de pecul. Vt taceam hoc etiā casu non esse omnino vtile & efficax Vlpiani consiliū, cum retenta aut deducta per heredem pecunia naturalis obligatio ipsi pereat, ex qua fortasse aliā pecuniam potuisset ille deducere aut retinere. Ide.

Ideò enim tollitur naturalis obligatio, cum naturalis creditor retentione aut deductione vsus est, quod ea res solutionis loco habeatur l. etiam quod natura 6. D. de compensat. l. Stichum 95. §. aditio de solut. Atqui solutio ita demum liberat soluētē, si de soluētis non si de ipsius creditoris pecunia facta sit l. si mādauero 22. §. si mādauerim D. mandat. l. qui sic 55. l. in perpetuum 61. & pass. eod. tit. Alius ergo casus quærendus est qui tamen reperiri nunquam poterit, quo consiliū Vlpiani vtile esse possit, vel inuito eo in cuius persona impleri condicio debuit. Iam verò an non à iuris ratione prorsus alienū est ut ei in cuius persona impleri duntaxat condicio debuit, hoc est cui seruus pecuniam dare iussus fuit, actio vtrò concedatur? Illa autem ratio, *ut testatoris voluntati pareatur*, quàm inepta! Siquidem quod conditionis implendæ causa accipitur, non tam ex iudicio & voluntate testatoris quā mortis causa capitur l. mortis causa 31. §. sine donatione D. de mort. caus. donat. ob idque nec testamēti iure capi dicitur l. Mænius 55. de condic. & demonstr. nec in quartam legatorum imputatur l. in ratione 30. §. tamen si l. id autem 76. l. in quartam 91. §. ult. D. ad leg. Falcid. ut scripsi pluribus lib. 6. cap. 4. & 5. nec rursus pertinet ad Edictum Prætoris si quis omiſsa causa testamenti hereditatē ab intestato possideat l. si quis sub conditione 8. D. ill. tit. si quis omiſs. caus. testam. quamuis eo edicto vnum id agat Prætor ut testatoris voluntatem tueatur l. i. eod. Quæ igitur ratione dari poterit actio in factum ut testatoris voluntati pareatur, ei qui voluntatē testatoris non habeat? Nam si haberet, vique ex testamento potius agere deberet. Et verò in factum actio quam ei dat Tribonianus, subsidiaria quidem esse solet ciuili actioni, quoties negotium aliquod tale gestum est ex quo nasci actionē necesse sit quæ tamen certum nomen non habeat l. i. & tot. tit. de præscr. verb. Sed ut sit subsidiaria actioni ex testamento, fieri sanè, meo iudicio, non potest, quia inter testatorem & eum qui ex testamento aliquid accipit nullum negotium geritur, nec proinde fit συναλλαγμα, ex quo nasci hæc in factum actio solet l. iuris gentium 7. §. i. D. de pact. Quid igitur esse potest quod Tribonianū fefellerit ut actionem in factū in proposito dandam esse existimaret? Neque enim ignorauit, quod omnes sciunt, id quod mortis causa capitur non capi ex testamento. Alioqui non in factum sed ex testamento actionem competere scripisset. Fefellit eum, ut puto, alius Vlpiani locus. Is est in in d. l. 3. §. sed & si iussum D. de statulib. vbi scribit Vlpian. si iussum coheredi dare, non patiatuſ vnus ex heredibus dare, æquè liberum quidem fore. Sed eū cui iussum erat dare & liber esse, familiæ erciscundæ iudicio ab eo qui impedit consecuturum, quod sua intererat prohibitū statuliberum non esse. Eadem enim ratione & æquitate credidit Tribonianus cessante familiæ erciscundæ iudicio inter eos qui non sunt coheredes, concedendam esse in factum actionem aduersus eū qui prohibuit ne statuliber de peculio solueret. Sed obseruare vir bonus debebat longè aliam esse hac parte rationē heredis cui dare statuliber debuit, aliam extranei. Nam quod heredi statuliber soluit de peculio, non rā mortis causa quā iure hereditario per heredē capi intelligitur d. l. id autē §. i. D. ad leg. Falcid. l. quod conditionis 36. vers. certè D. de mort. caus. donat. Nempe quia id ipsum haberet heres tanquam hereditariū, etiam si statuliber nō soluisset. Cum autē extraneo soluitur, nō potest ille videri habere iure hereditario, imò nec legati aut villo alio titulo, quia nec heres est, nec legatarius d. l. si quis sub cōdicione 8. in fin. D. si quis omiſs. l. iij.

caus. test. Consequens igitur est ut mortis tantum causa capere videatur. d. l. mortis causa 31. in princip. de mort. caus. donat. Hinc verò fit, ut quauis extraneo cui dari pecunia debuit, nulla cõpetere possit actio aduersus heredem qui dare prohibuit, vtile tamen sit coheredi contra coheredem iudiciũ familiæ eriscundæ, pro ea nimirum parte, quam de coheredis prohibentis portione hereditaria soluere statuliber debuisset: quoniam perinde sit, ac si quid aliud hereditariũ coheres qui prohibuit retineret, quod ad aliũ coheredem pertinere testator voluisset, cumq; per coheredem prohibentem fiat ut minus ex hereditate consequatur coheres cui soluere statuliber iussus fuit, æquissimum est ut familiæ eriscundæ iudicio eo nomine teneatur. Ideò autem minus cõsequitur, quia si quid de peculio statuliber ei soluisset, id illi coheredi cõmunicare nõ cogeretur. d. l. si filia 20. alias l. si vnus §. vlt. cum l. seq. D. fam. erisc. Illa etiã ratio in coherede afferri posset, quòd prohibere vnus ex heredibus nequeat quin de peculio statuliber soluat, saltem pro parte hereditaria eius cui dare iussus est, cũ pro ea parte iure hereditario, ut diximus, capere coheres videatur d. l. id autem §. i. Atqui non prodesset statulibero partem soluere ad consequendam libertatem, cũ condicio sit prorsus indiuidua, ideòque in totum implenda l. cui fundus 56. de condic. & demonstr. Ne igitur partis solutio frustra fiat, fortasse quis dixerit receptũ esse ut nec pro sua parte coheres prohibendi ius habeat. Sed non ita est, nam si alij quã vnus ex heredibus dare statuliber iussus esset, non idcirco quòd coheres pro parte sua cõsentiret, impediretur alius coheres ne prohibere posset, locumque hũc haberet iuris regula quæ cõstituit ut in pari causa melior sit condicio prohibētis, l. Sabinus 28. D. comm. diuid. Vera igitur ratio in proposito ea est quã attulimus, quòd æquũ sit familiæ eriscundæ iudicio teneri coheredem per quem factum sit, ut tantò minus ex hereditate coheres cõsequatur. Et ideò cũ inter eos qui non sunt coheredes ratio hæc non similiter locum habeat, fatendum est nullam extraneo aduersus heredem actionem superesse. Nec rursus coheredi remedium vllum competere ut saluos pro sua parte faciat nummos quos seruus hereditarius coheredi dare iussus est. Neque enim ad hũc casum pertinet cõsiliũ Vlp. in d. l. 3. §. vlt. de condic. caus. data. Sed ad eũ quo statuliber extraneo nõ vni ex heredib. soluere debuerit.

Alia Triboniani additio in l. dominus testamento 53. D. de condic. indeb.

CAPVT VIII.

Dominus testamento libertatem seruo suo adscripsit, si decem Titio daret. Dedit seruus Titio, cum putaret valere testamentum quod postea nullum pronunciatum est. Nemo ambigit quin locus sit repetitioni, quia si ex ea datione cõsequi libertatem seruus non potest, fatendum est nihil cum dare debuisse. Et generale est ut ex iis omnibus causis quæ vel iure non valuerunt, vel non habuerunt effectũ, secuta per errorẽ solutione repetitioni locus sit l. ex his omnibus 54. de condic. indeb. Sed dubitari de illo potest, cui conditio competat, & an condici an potius vindicari nũmi debeãt. Distinguit autẽ Proculus in l. dominus 53. eod. tit. An seruus peculiare nũmos soluerit, cũ id ei à domino, id est à testatoris herede p̄missum nõ esset, an verò alius rogatu serui nummos suos dederit. Priore casu manet nummi domini, quia q̄ superiore capite diximus rece-

receptum esse ut statuliber de peculio soluere possit conditionis implenda causa, tum demum verum est, cum ea solutio proficere ad libertatem potest, quod non contingit si testamentum nullum sit, aut iniustum, vel irritum. Ipsi igitur domino competet actio, eaque vindicatio, cum dominus nummorum manserit, non autem conditio, quæ scilicet nec domino vnquam competit, nec cũ vindicatione concurrat nisi aduersus furẽ l. seruus inscio 19. D. de fideius. l. i. D. de condic. fur. l. vl. D. v. usufr. quemadm. caueat. sed hoc ita, si nummi extant, nam si consumpti sint, vindicari non possunt, & ideò conditioni locum fieri necesse est l. si à furioso 12. cum seq. l. si ego 18. in principi. & §. i. & pass. D. de reb. credit. præterquam in casu l. si filiusfam. 14. eod. tit. Idem que erit si permittente herede seruus peculiare nũmos soluerit: ea namque heredis voluntas & permissio facit ut dominium transferatur in accipientem, & consequenter ut cessante vindicatione conditioni locum esse oporteat. Posteriore verò casu, hoc est si alius rogatu serui nummos dederit, Proculo placet fieri accipientis, sed posse dominum serui cuius nomine dati sunt eos petere per conditionem. Quod ego sic intelligo, ut ei qui pro seruo nummos dedit conditio non competat. Vtrique enim competere sanè non potest, sed alterutri duntaxat, id est vel serui domino, vel ei qui soluit. Ut verò huic non competat illud facit quod alieno nomine soluerit, non ut sibi ipsi aut obligationem, aut liberationem acquireret. Nam & si donaturus mulieris iussu eius sponso numerauit, nec nuptiæ secutæ sunt, mulier ipsa condicet, non ego l. si donaturus 9. in principio D. de condic. caus. dat. Et, si quis cum sciret nihil se mulieri debere iussu eius dotis nomine sponso promiserit, nec nuptiæ secutæ sunt, non ille condicet, sed mulier, quoniam pecunia ad eam pertinet l. qui se debere 7. eod. nimirum ex causa donationis leg. cuius per errorem 53. de regulis iuris. Eadem igitur ratione, nec is condicere poterit qui rogatu serui nummos Titio dedit, quia seruo non tantum consulere voluit, sed etiam donare, cũ sciuerit nullo casu fieri posse ut seruus obligetur aut conditione teneatur: q̄ in libera persona secus est, in qua idcirco distinguimus vtrum ei donare voluerit qui pro ea soluit, necne, ut priore casu conditio illi competat pro quo solutum est d. l. si donaturus & d. l. qui se debere, posteriore verò ei qui soluit l. si ego 9. in principio. de iur. dot. Proinde cum quis rogatu serui nummos Titio dedit, nec liber fieri seruus potuit quòd nullum esset testamentum, conditionem ipsi domino competere necesse est, utpote ei quæsitam per seruum, cum si seruus acquirendæ actionis capax esset illi conditio quæreretur. Illa tamẽ distinctio etiam necessaria videri possit quã Vlp. ponit in d. l. si ego, an is qui rogatu & nomine serui pecuniam dedit Titio, ea lege dederit ut ita demum eius fieret si seruus liber esse posset, an ita ut statim fieret accipientis: Ut priore casu non sint facti nummi accipientis, ideòque vindicari possint, per eum qui soluit: posteriore verò facti sint accipientis ob idque condicendi, sed non ita est, Vlpianus namque in d. l. si ego tractat de pecunia in id data ut in dotem conuerteretur, nimirum secutis nuptiis, neque enim dos antè nuptias esse potest: at quòd implendæ conditionis causa datur, de quo Proculus tractat in l. dominus, non potest ea lege dari ut non prius fiat accipiētis quã libertatem seruus consecutus fuerit, nec ita rursus ut non aliter fiat accipientis quã si libertas seruo possit competere, cum impleri conditionem omnino necesse sit & consequenter pecuniæ

dominium in accipientem transferri (alioqui non translato nummorum dominio nec impleta condicio videretur) priusquam quærat an seruo libertas possit obtingere. Itaque quoties is qui pecuniam conditionis implenda causa dedit, alienare eam potuit, conditioni semper locus est, vindicationi numquam. An verò postquam dominus condixerit à Titio, permittemus ei qui rogatu serui soluit, ut iterum condicat à domino? minimè: nam si conditio non potest competere soluenti aduersus eum ipsum cui soluerit, multò minùs competet aduersus dominum serui cui nihil solutum est, licèt ei solutio proficiat: iuris enim regula est his solis pecuniam condici quibus quomodo soluta est, non quibus solutio proficit, l. his solis 49. de condit. in deb. siquidem qui indebiti conditione tenetur, re obligatus dicitur, §. is quoque instit. quib. mod. re. contrah. obligat. & quasi mutuum acceperit, lege tertia §. is quoque D. de obligationib. & action. alius igitur conditione teneri non potest quàm ille ipse cui res ipsa tradita & soluta est: quod cum ita sit, non video qua ratione defendi possit quod apud Proculum sequitur, *sed tam benignius quàm utilius est, recta via ipsum qui nummos dedit suum recipere*: nam qui ita loquitur, non dubitat quin duplex conditio hinc competat, una domino aduersus Titium, altera ei cui soluit aduersus dominum, & quidem ipso iure, sed ita tamen ut ex æquitate & circuitus vitandi gratia altera perimatur, & illi qui soluit recta via detur conditio contra Titium. Vnde fit ut passim nostri loco isto abutantur ad probandum vitandos esse circuitus. Quod verum quidem est, quoniam & aliis plerisque casibus euenit ut celeritate coniungendarum inter se actionum, altera occultetur, ut Vlpianus loquitur in l. 3. §. vlt. D. de donat. int. vir. & vxor. l. singularia 15. D. de reb. credit. sed tamen non probatur ex d. l. Dominus, si iuris rationi plus tribuas quàm Triboniano qui procul dubio totum illud versiculum nimia iuris imperitia de suo adiecit. Siue enim serui nomine simpliciter data sit pecunia Titio, siue ea lege ne ad dominum serui villo casu perueniret, necesse est fateri utroque casu denegandam alterutri conditionem, hoc est vel domino, vel ei qui soluit. Nec se hinc extricare Accursius aut Bartolus possunt, quamuis nullum non moueant lapidem.

*Eiusdem Triboniani alia & apertior nota in l. si ego
9. §. 1. D. de iur. dot.*

C A P. IX.

NANDEM Triboniani manum iurisque imperitiam agnoscere facilius est, in d. l. si ego 9. §. 1. de iur. dot. vbi Vlpianus eam speciem proponit: Si res alicui tradidero ut nuptiis secutis dotis efficiantur, & antè nuptias decessero, deinde secutæ sint nuptiæ. Quærit autem an res istæ dotis fieri incipiant: *Et vereor*, inquit, *ne non possint in dominio eius effici cui data sunt, quia post mortem incipiat dominium discedere ab eo qui dedit, quia pendet donatio in diem nuptiarum, & cum sequitur condicio nuptiarum iam heredis dominium est, à quo discedere rerum non posse dominium inuito eo fatendum est.* Quæ ratio tam aperta est & vera ut conuelli nullomodo possit: nemo enim dubitat quin moriendo quisque rerum suarum dominium amittat: quam ob causam necesse fuit permitti & induci lege testandi facultatem, ut alio loco monuimus, cum is qui testator licèt eo tempore dominus sit, in id tamen tempus conferat effectum suæ voluntatis, in quo ipse amplius dominus

quis non erit l. j. D. qui testam. facer. poss. l. Stichus seruus 39. De manum. testam. l. Titio cum morietur 51. de usufr. Porro dominium quod fuerat penes defunctum continuatur in heredem statim à die mortis, adita quandoque hereditate l. heres quandoque 54. de acquir. hered. l. omnia 193. de regul. iur. consequens igitur est non posse incio aut inuito herede res illas acquiri alteri. Succedit enim receptissima & perpetua iuris regula, quæ negat id quod nostrum est sine facto nostro ad alium transferri posse. Et tamen non potuit sibi temperare Tribonianus, quin Vlpiani sententiam prorsus euerterit sub specie æquitatis & benignitatis, addito integro illo versiculo qui sequitur *sed benignius est fauore dotium necessitatem imponi heredi consentire ei quod defunctus fecit, aut si distulerit vel absit, etiam nolente vel absente eo dominium ad maritum ipso iure transferri, ne mulier maneat indotata.* Taceo quod Triboniani stylus parùm elegans seipsum prodit satis. Sed ut ad fauorem dotium, eamque benignitatis rationem qua Tribonianus mouetur respondeam, quis obsecro dotis fauor esse debeat in præiudicium heredis qui dotem non constituit? Dotis, inquam, quæ nulla vnquam fuit, hoc est nec viuo testatore, utpote non nisi post eius mortem secutis nuptiis, nec eo mortuo, quia neque tunc de alienis bonis neque à mortuo constitui potuit. Quid si dicas potuisse defunctum res heredis perinde ac suas dare tametsi suas esse crediderit l. vnum ex familia 67. §. si rem tuam de legat. 2. respondebo pertinere id ad eum casum quo res fuerit heredis non defuncti tempore dispositionis. Nam qui de re sua tanquam sua contrahit non intelligitur obligare velle heredem in eum casum quo amittat ille dominium eius rei priusquam contractus effectum habeat, quamuis eo tempore quo contractus alioqui effectum habiturus esset in dominio heredis res inueniatur. Est enim casus hic nouus & improuisus de quo actum & cogitatum videri non potest. Neque verò ad transferendum ab herede dominium sufficeret imponi ei necessitatem consentire facto defuncti, ut Tribonianus Græcorum more loquitur, sed noua dotis constitutione opus esset, ut in specie l. stipulatio 63. de iur. dot. quoniam solus domini consensus post alienationem à non domino factam superueniens non transfert dominium, sed prodest tantum ut si quod ius in illa re, aut ad rem habuit, remisisse videatur: quæ admodum dicimus in pignore l. si debitor 4. §. si in venditione l. si consensit 7. D. quib. mod. pign. vel hypoth. soluit. Et sicut aliud est, vendere aliud vendenti consentire l. aliud est 160. de regul. iur. ita longè aliud est dotem constituere, aliud dotis constitutioni quam defunctus fecerit consentire. Præsertim verò cum, ut dixi, voluntas defuncti non fuerit ut vel heredis rem villo modo alienaret, vel suam, nisi in eum casum & illo demum tempore quo nuptiæ sequerentur. Debuerat igitur Tribonianus, si heredem ex æquitate contra iuris rationem obligare volebat, necessitatem ipsi imponere ut dotem constitueret, non ut constitutioni per defunctum factæ consentiret. Atqui aperte iniquum est cogi quem, ut dotem inuitus constituat, & multò iniquius quàm ut mulier maneat indotata. Quod enim dicimus non debere mulierem manere indotatam, tunc verum est cum antea dotem habuit, ne alioqui non tantum mulier decipiatur, sed etiam maritus qui indotatam ducere noluisse, d. l. si donaturus 9. §. j. de condit. caus. dat. l. vlt. §. j. in fin. D. quæ in fraud. credit. l. purè 5. §. penult. D. de dol. except. At in proposito non potest videri mulier fieri indotata, quæ nec antè nuptias deficiente constituentis vo-

luntate, nec nuptiarum tempore deficient iure dotem habere potuit. Impu-
tarique marito potest si in iure errauit, cur non consuluerit peritiores: Si au-
tem in facto, forte quod eum qui in tempus nuptiarum dotem dederat, de-
cessisse antè nuptias ignorabat, cur non fuerit diligentior in rei veritate in-
quirenda, quippe qui scire debuerit, non aliter posse res sibi datas ex causa
dotis suas fieri quam si nuptiarum tempore viueret is qui dotem dederat.
Illud verò an non absurdus est, quod Tribonianus subiicit, si heres distule-
rit vel absit, etiam nolente aut absente eo dominium ad maritum ipso iure
transferri. Qua enim ratione fieri potest ut quod ex sola æquitate & beni-
gnitate contrà iuris rationem inducitur ipso iure fieri dicatur? Potuit sanè
Iustinianus facere ut æquitatis quam ille sibi pro arbitrio comminisceretur
potior causa esset quam iuris stricti l. placuit 8. C. de iudic. aut etiam inter-
ius & æquitatem positam interpretationem inspicere ut ait l. j. C. de legib.
Sed constituere ut ipso iure fiat quod contrà ius fit, proculdubio non po-
tuit. Postremò si verum est etiam nolente aut absente herede dominium re-
rum quas defunctus sub conditione dederat ipso iure transferri in maritum,
rogo cur heredi necessitas imponatur ut defuncti facto consentiat? An non
id superfluum fuerit adeoque iniquum? Siquidem consensus ab inuito ex-
torqueri non potest sine vi & impressione quam semper exosam habuit le-
gislator. Vnde illud etiam fit ut nec emere nec vendere nec aliter contrahe-
re, nec agere, nec accusare quisquam cogatur l. nec emere 16. C. de iur. delib.
l. vnic. C. ut nemo inuit. ager. vel accus. cogat. Et regula iuris est, quod inuito
te fieri potest, posse etiam fieri te ignorante licet sis in prouincia l. qui po-
test 26. de regul. iur. Nec ad rē pertinebit si quis dicat mera iuris subtilitate
niti rationem illam qua Vlpianus mouetur. Mera enim illa subtilitas vera
iuris ratio est, & quæ casus necessitatem sic coniunctam habet, ut æquitatis
prætextu ab ea recedi nullomodo possit, ut in alia specie Marcellus tractat in
l. si mulier 59. §. ex asse de iur. dot. quem locum nos explicauimus lib. 5. cap. 7.
Quamquam nec æquitas vlla est in proposito quæ iuris rationi refragetur,
si propius inspicias ea quæ hoc capite adnotauimus.

Emendatio l. ult. D. eod. tit. de iur. dot.

C A P. X.

VND VM filia nomine pater in dotem dederat, & postea dece-
dens eandem filiam ex asse heredem reliquerat. Vrgentibus pa-
tris creditoribus visum est filia vtilius fundum hunc qui dotalis
erat distrahere, quam alium vllum ex hereditariis, quod minus
fructuosus esset, alij verò hereditarij, redditus vberioris. Sed cum venditio
fieri non posset absque consensu mariti cui in dotem datus fuerat, consen-
sus eius necessariò exquirendus fuit. Consensit ille si nulla in ea re captio es-
set futura, hoc est, si modò iacturam aut diminutionem dotis ex ea causa non
pateretur, (captionem enim pro damno nostri accipiunt ut in l. quoties 59.
de verb. obligat.) Atque ita secuta est venditio. Quæstionis est, An pre-
cium dotis quæ in hoc fundo fuit, mulieri rectè solvatur constante ma-
trimonio. Nam cum maritus cui fundus traditus fuerat, ita consen-
serit distractioni, ut tamen nulla eius captio sit, non malè videatur
dici posse, precium ipsi marito solui debere, ut pro fundo precium
habeat,

habeat, nec priùs id creditori soluere cogatur quam sibi dotis nomine cau-
tum sit, ne alioqui indotatam vxorem habeat, quod sanè fuerit cōtrà ipsius
voluntatem. Exemplo eius quod Modestinus respondit in l. Titia. 62.
eod. titu. Si mulier quæ à fratribus fundum acceperat in vicem portionis
hereditariæ, eumq. in dotē dederat, postea impetret restitutionem ex causa
minoris ætatis, & ut partē hereditariā reciperet fundum reddere coacta sit,
cogendum quidem maritum fundum restituere, sed nō ideò cōtentum esse
debere cæteris rebus quas etiam in dotem mulier dederat, neq. ei dotē au-
ferendā esse pro parte, nō magis quam in totum: At in meram æstimationē
prædij mulierem vel eius heredes cōdemnari debere in id tempus referen-
dam quo in dotem datum fuerat. Est autem quæstionis huius vtilitas in eo,
quod si mulieri precium in proposita specie rectè soluitur ab emptore, non
erit postea audiendus maritus si cunctante vxore eius fundi æstimationē in
dotem dare eundem emptorem aut ipsius fundi aut precij nomine inquieta
re velit. Eo pretertextu quod fundus ab initio in dotem datus fuerit, nec eius
venditioni simpliciter ille cōsenserit sed sub ea cōdicione, si nō ex ea vēdi-
tione in dotis quantitate lēderetur. Cū si mulieri nō rectè solueretur cōstan-
te matrimonio, fieret ut securus esse non posset emptor qui alij quā marito
soluisset, putā mulieri aut etiam eius creditorib. Neq. enim de illo querimus
an fundi dotalis alienatio valeat hoc casu, cū Pandectarū iure potuerit fun-
dus dotalis alienari cōsentiēte muliere etiam sine causa l. vnic. §. & cū lex Iu-
lia C. de rei vx. act. ac multò magis si alienatio esset necessaria l. j. D. de fūd-
dot. qualis illa est quæ fit æris alieni exsoluēdi gratia l. magis puto §. §. non
passim D. de reb. eor. qui sub tutel. Nec de illo rursus, An dos adeò rectè sol-
uatur mulieri constante matrimonio, ut eo quodocūq. soluto non possit hu-
ius fundi nomine maritus iudicio de dote conueniri quomodo conuenitur
quoties dotē semel constitutam maritus ipse mulieri soluit aut ab alio solui
patitur manēte matrimonio extrā eas causas in quibus receptū est, ut eo etiā
tēpore dotem recipere mulier possit l. mutus 73. §. j. D. de iur. dot. l. quantum
20. D. sol. mat. Cū enim eum casum tractemus, quo maritus qui fundū distra-
hi passus est, dotem tamen diminui noluerit, non potest videri dos mulieri
soluta aut reddita, sicut nec in specie d. l. Titia. Itaq. periculū mariti nullum
esse potest, an malè dotem restituerit, necne, sed tantum emptoris, an pre-
cium mulieri rectè soluerit, an potius ipsi marito soluere debuerit. Ceterū si
ponas vtiliter & rectè marito aut mulieri solui precij venditionis, nihil pla-
nè emptoris intererit an precij pecunia ad creditores mulieris peruen erit
an nō. Nā posteaquam semel secuta liberatio est per solutionem ei factā cui
fieri debuit, qua ratione obsecro extincta obligatio, ob mulieris damnum
reuiuifcet? Aut cur impediatur liberatio, si emptor qui licitè nec contrà le-
ges emit soluat pretium illi ipsi cui ex necessitate soluere debuit & ut solue-
ret cogi potuit? l. quod autem 6. §. apud Labeonem quæ in fraud. credit. Rectè
autem facta solutione & bona fide, quid eius interest an malè consum-
pta sit pecunia, an creditori soluta? arg. l. bona fide 27. D. ad SC. Velleian.
Siquidem non debet esse curiosus quid inter maritum & mulierem aga-
tur, aut in quos vsus destinata sit pecunia quæ ex venditione redigitur, lege-
doli exceptio 19. in fine D. de nouation. Nam etsi huiusmodi vendi-
tio fieret sola mulieris voluntate, & consentiente marito, licet nullis cre-
ditoribus vrgentibus, proculdubio valeret, ut diximus, in præiudicium tam
m ij.

mulieris quàm mariti, factaq; precij solutio alterutri eorum cōsentiēte altero pareret liberationē. Cur ergo si creditores vrgeāt requiremus peruenisse ad eos pecuniā vt emptor liberationē cōsequatur? Possēt sanē id dici si de dote mulieri cōstāte matrimonio restituenda tractaretur d.l. mutus §. i. & d. l. quāuis 20. Neq; enim liberatur maritus qui sine causa vel necessaria vel probabili & honesta dotē restituit priusquā matrimoniū solutū sit, quia neq; ex tali restitutione dos mulieri quæritur l. vnic. C. si cōst. matri. dos solut. fuer. Præterquā in casu d. §. vxor viro l. cū in fundo 78. de iur. dot. id est si maritus qui solū fundi vsum fructū in dotē acceperat eum fundum ab vxore totum emerit quāti venire debuit non detracto vsum fructu. Propterea quòd hoc casu vsum fructus qui penes maritū fuerat tāquā formalis, incipiat ad mulierem pertinere tāquā causalis, id est tanquā pars fundi & eius dominij quod penes eam semper māserat. Sed cū tractemus de marito qui fundi dotalis alienationi consensit nō tam vt dotē restitueret sibiue vllum in dote præiudicium faceret quàm vt sine suo dāno mulieris vtilitati confuleret, quæstio dūtaxat relinquatur de emptore cuius soluere debeat, id est an mulieri, an marito. De creditoribus enim superflua & ridicula fuerit quæstio, an iis potius solui debuerit, cū neq; illi vēdiderint, neq; quod ad validitatē venditionis attinet quicquā intersit an iis vrgētibus facta sit an sine causa, postquā vtriusque cōiugis voluntas & cōsensus intercessit. Sicut & vt pmutari dos possit ex re in pecuniā sufficit vtilius esse mulieri fundū illū dotalē distrahere quā alios hereditarios, l. ita cōstāte 26. & seq. l. siue 61. eo. ti. Nec quicquā præterea requiritur, id est nō nocet quòd casu aliquo & ipso euentu nūmi perierint qui ad creditore puenire debuerāt. Sufficit enim negotiū ab initio vtiliter gestū fuisse l. verum 11. §. item nō restituetur D. de minor. quia etsi alium fundū fructuosiorē vēdidisset æquē nummi periissent, tantōque maius damnum sensisset mulier quantō fructuosior fundus fuisset, cū aut hunc aut illum vendi necesse fuerit l. in pupillo 47. §. planē de solut. Præsertim cū difficilius succurratur mulieri quàm minori l. vlt. in prin. D. ad SC. Velleian. Igitur, vt ad propositā quæstionē respōdeamus, dicēdum est emptorē qui mulieri soluit, licet cōstāte matrimonio, rectē soluisse videri & cōsequēter liberatū intelligi. Fieri enim nō potest vt precij quod venditori solutū est, rectē solutum nō sit, cū alii nulli quā vēditori precij deberi possit, l. ex empto 11. & pass. de act. empt. nec alia solutio liberationē parere, quàm quæ fit illi ipsi cui debetur, l. inuito 12. C. de solut. Atq; ita Scæuolam respōdisse arbitror in l. vlt. D. de iur. dot. & receptæ lectioni duplex mendum inesse. Vnū in illis verbis *an ea pars dotis*. Legēdum enim est, *an pretiū dotis*. Nā vt sequentia demonstrant, quæstio nō est apud Scæuolā de soluēda constante matrimonio dote aut parte dotis, quā scilicet integrā retinere maritus voluit, sed de soluēdo pretio fundi vēditi: soluendo, in quā, nō creditori, cū quo emptor nullū negotium gessit, sed vel mulieri, vel marito. Dubitādi enim causa illa erat, quòd cū maritus cōsensisset vēditioni sub ea cōditione, si nulla in ea re sibi fraus fieret, nō aliter videatur emptor tuto posse soluere, quā si marito solueret. Sed decidendi ratio illa est, quòd nō maritus sed mulier ipsa vēdiderat, & quidē marito cōsentiēte. Mulieri ergo rectē soluitur. Ex quo apparet aliud mēdū esse in illis verbis, *si pretiū creditori soluat, & pro creditori legēdum vēditori*. Neq; enim dubitabatur apud Scæuolā an creditori soluēdum esset, sed an mulieri cōstāte matrimonio solui posset. Vt igitur dubitationi cōgruat decisio, credēdū est respon-

respondisse Scæuolam si pretium venditori soluat, rectē è solutū. Quod facilius admittet quisquis obseruauerit fuisse hunc morem Scæuolæ familiarē, vt ad propositam in specie quæstionē plerumque ex generali aliqua iuris regula respondeat, vt in l. à testatore 109. de condic. & demonstr. vbi quod respondit *heredem conditioni parere non posse* ad iuris regulam pertinet, non ad propositam facti speciem, in qua nimirum dubitari poterat, an condicio adscripta esset, vt ex Claudij nota intelligitur. sic in l. lex vectigali 31. D. de pignor. cū quæreretur an fundus vectigalis rectē pignori datus esset, nec dubitandi causam aliquam Scæuola videret, respondit *si pecunia intercessit, pignus esse*, quamuis nec dubitaretur quin pecunia intercessisset, id est, debitum aliquod præcedens cui accedere pignoris obligatio potuerat. Præsupponendi enim erant, vt nostri aiunt, termini habiles. Sic & in l. qui Rōmā 122. §. Agerius de verborum obligationibus, idem Scæuola respondit, *si condicio non extitisset, stipulationem non commissam*. Ita significans in illa specie conditionem non extitisse, ob idque ex iuris regula nec commissam esse stipulationem. Eodem planē modo in d. l. vlt. de iur. dot. cū vellet dicere soluendum esse mulieri, & rationem illam reddere quod ipsa non maritus vendiderat, scripsit breuius, *si pretium venditori soluat, rectē solum*: quæ sanē indubitata & perpetua est iuris regula, cuius nimirum concipiendæ gratiā necesse ei fuit scribere *venditori*, cū alioqui tractans de muliere quæ vendiderat debuisset scribere *venditrici*. Facile autem pro *venditori* irrepit dictio *creditori* siue culpa librarij quem vtriusque dictionis adfinitas deceperit, siue imperitia interpretis existimantis tractare Scæuolam de dote constante matrimonio soluenda vel restituenda: & moti ex eo quòd non aliter constante matrimonio dos mulieri soluitur, quàm si æs alienum vrgeat aut alia iusta causa interueniat. Item quòd putaret dictionem *venditori* salua recti sermonis ratione ad mulierem referri non posse. Sanē mendicōiecturam illud præbet, quòd cū vulgata editio habeat *creditoribus*, Florentina tamen legit *creditori*: nec satis accommodatè, si ea Scæuolæ mens fuit vt de solutione creditoribus faciendā senserit. In præcedentibus enim de pluribus creditoribus tractat, quorum omnium dimittendorum gratiā, fundi dotalis venditio non quidem necessaria sed vtilis fuerit. Prius verò mendum præter ea quæ diximus ex illo etiam arguitur, quod in Pand. Florent. dictio *ea* notatur asterisco vt notari solent cætera dictiones suspectæ & irreptitiæ. Item ex eo quod solus fundus in dotem datus proponebatur, non vt in d. l. Titia 62. eod. cum aliis rebus, quicquid caufetur Accursius. Proinde non pars dotis fuit tota dos in fundo erat. Terriò quia nihil interest, an dicas partem fundi dotalis an partem dotis, quæ in fundo est. Atqui non potest Scæuolæ quæstio intelligi de parte fundi dotalis soluenda mulieri durante matrimonio. Totus enim fundus venditus proponebatur nec nisi de fundi pretio dubitari poterat. Non igitur Scæuola scripsit *an pars dotis*, sed quomodo legendum dicimus, *an pretium dotis quæ in fundo est*. Lubricus autem error fuit cū veteres librarij dictionem illam *pretium* solebant scribere cōtractis literis in hūc modū *priz*, quas facile fuit sic accipere, ac si scriptū esset *pars* præsertim si ponas vltimā literā minùs rectē expressam. Proximè namq; accedit ad literam *S*. Quæ res fecit vt & in postremis verbis d. l. Titia, scriptum sit *datus* pro *datum*. Ita verò emendato contextu tam elegans quàm aperta hæc erit legis sententia, Non eò minùs soluendum esse

mulieri pretium fundi dotalis ab ea venditi quod matrimonium adhuc daret, aut quod maritus fundi venditioni consenserit sub ea conditione, si ex ea venditione non laederetur. Hoc ipso enim quod maritus consensit uxori ut venderet, consensisse etiam videtur ut solutionem illa acciperet. An igitur marito nil proderit quod suo consensui eam conditionem adiecerit, si nulla in ea re captio futura esset? utique proderit ideo quod uxorem obligatam habebit eiusve heredem, ut meram veramque eius fundi æstimationem præstet dotis nomine in id tempus referendam quo in dotem datus fuerit d.l. Titia. Sic namque intelligi proculdubio Scævola & suppleri debet. Nec similis species est quæ proponitur in l. ult. D. de pact. dotal. de cuius quoque sententia & emendatione scripsimus capite ultimo lib. 3.

Ad l. assiduis 12. C. qui potior. in pignor. habeant. & ad Nouell. 97. de equal. dot. §. his consequens, noua pleraque.

CAP. XI.

DVPLEX nostrorum error est in huius Constitutionis interpretatione. Vnus ille, quod putant privilegium à Iustiniano concessum mulieri dotem repetenti, ut omnibus mariti creditoribus præferatur licet anterioribus, nec tantum chyrographariis ut antea, sed etiam pignoratitiis & hypothecariis, aduersus eos duntaxat exerceri posse qui tacitam hypothecam habeant, non contra eos qui expressam: alter de quo tractabimus cap. 13. Quod privilegium hoc in mulieris liberos eisdemque heredes transire existimant, in eoque meliorem esse conditionem liberorum quam extraneorum heredum, in quos certum est non transire l. vnic. C. de priuil. dot. Priorem errorem conuincunt apertissima legis verba. Generaliter enim Iustinianus constituit ut potiora iura mulier habeat contra omnes mariti creditores licet anterioris temporis privilegio sint vallati: cui etiam conuenit quod idem Iustinianus scribit Nouell. 109. De priuileg. dot. hæret. mulier. non præst. cap. 1. in illis verbis: *quia enim de dimis privilegium mulieribus dotium, ut etiam prioribus creditoribus præponantur*, nulla distinctione adhibita, expressamne an tacitam duntaxat hypothecam creditores anteriores habeant. Et verò ratio qua Iustinianus mouetur in d.l. assiduis versic. cum enim, quod in personalibus actionibus causa dotis præferatur creditoribus omnibus anterioribus, ostendit manifestè nullam ab eo constitutam differentiam inter creditores hypothecarios, quoniam inter chyrographarios distinctio & differentia nulla est: id enim ille sibi vult, quemadmodum mulier plusquam haberet ex Iustiniani lege privilegium tacitæ hypothecæ, habebat privilegium prælationis aduersus chyrographarios quoscunque: ita posteaquam adiectum illi est privilegium tacitæ hypothecæ, præferri eam debere hypothecariis quibuscunque; creditoribus etiam anterioribus siue expressam siue tacitam hypothecam habentibus. Nec sanè minus offenditur iuris ratio & æquitas cum mulier præferatur iis qui tacitam duntaxat hypothecam habuerunt, quam si expressam quoque habentibus præferatur: siquidem in tacita hypotheca perinde ac in expressa locum habet iuris regula, *Qui prior est tempore potior est iure*, etiam in præiudicium creditorum posteriorum expressam habentium: est enim hac parte eadem vis tacitæ

quæ expressi præterquam fauore fisci l. si is qui mihi 28. D. de iur. fisc. de cuius sententia scripsimus lib. 2. Neque ad rem facit quod dici solet, in causa pignoris fisco & mulierem pari passu ambulare ex l. 2. C. de priuileg. fisc. fisco autem concessum esse privilegium non solum tacitæ hypothecæ l. 2. C. in quib. caus. pig. verum etiam ut anterioribus creditoribus, scilicet tacitam dumtaxat hypothecam habentibus præferatur, arg. l. 1. §. ex illa de fals. Paul. lib. 5. sentent. tit. 12. §. 10. non item habentibus expressam, l. si pignus 8. D. qui potior in pign. hab. l. 4. C. eod. ut quod scriptum est in d. l. 2. C. de priuileg. fisc. cessare privilegium fisci in bonis eius qui rationibus fisci cœpit esse obligatus posteaquam ipsius bona iam alteri obligata fuerant, non pertineat ad eam bonorum obligationem que fit per tacitam pignoris conventionem, sed ad illam que per expressam. Neque enim quo tempore lata est d. l. 2. poterat obligata esse bona mariti pro dote, nisi expressè. Nam respondeo non inde fieri ut mulier hodie non sit fauorabilior fisco, cum in eam rem habeat privilegium, ex Iustiniani constitutione in d. l. assiduis, quod fisco nulla unquam lege datum est. Antonini enim temporibus nullum privilegium habebat mulier, ne quidem tacitæ hypothecæ, tantum aberat ut vel fisco præferri deberet, vel cum fisci privilegio concurrere. At Iustinianus utrumque privilegium dedit duplici constitutione: nimirum tacitæ hypothecæ, l. vnic. §. 1. C. de rei vxor. action. & prælationis d. l. assiduis. Non potest igitur ex Antonini lege sumi argumentum ad interpretandam constitutionem Iustiniani, qui haud dubiè magis fauere voluit mulieribus quam fisco, cuius & olim deterior causa fuit in quibusdam quam cæterorum creditorum expressam hypothecam habentium, ut in specie l. Moschis 47. de iur. fisc. iunct. l. distractis 14. l. persecutione 24. C. de pignor. quamuis in personalibus actionibus, aut si tacita dumtaxat hypotheca præcederet, fisco omnibus præferretur. l. quod quis nauis 34. de reb. auct. iudic. possid. alias l. 19. de priuileg. credit. Paulus d. lib. 5. sentent. tit. 12. §. 10. Nec satis cautè faciunt, qui contrariam Iustiniani mentem coniciunt ex l. vbi adhuc 29. C. de iur. dot. in illis verbis: *ita eam posse res vindicare vel à posterioribus creditoribus*: nam lex assiduis, de qua tractamus, posterior est, ut ex eo apparet quod illius etiam meminit, eo loco, quod & alias duas Constitutiones fecimus pro dotibus. Intelligit enim eas constitutiones quæ extant in d. l. vbi adhuc, & in d. leg. vnic. C. de rei vxor. action. ut rectè omnes explicant: quando autem posterior est lex assiduis, tanto etiam fauorabilior est mulieribus, quibus numquam satis consultum esse posse bonus Imper. credit, plus æquo vxorius. Fauor verò in eo elucet ut non tantum posterioribus creditoribus mulier præferatur, sicut antea, sed etiam prioribus, & quidem quibuscunque, hoc est, siue tacitam siue expressam hypothecam habentibus, illo solo excepto qui emendæ militiæ causa marito pecuniam mutuam dederit instrumento in eam rem conscripto: hunc enim fauore militiæ & Reipublicæ Iustinianus excepit Nouel. 97. de equal. dot. cap. 4. §. quia verò, ut facilius inuitarentur homines ad credendum in eam causam, ex qua tamen Nouella fit apertius quod volumus, id egisse Iustinianum ut mulier anterioribus quibuscunque præferatur: nam in cap. præcedenti, §. his consequens, iubet ille ut iis quoque præferatur, qui ad emendam aut reficiendam nauim vel domum crediderint: quorum tamen omnium constat privilegium illud esse, ut licet tempore posteriores sint, anterioribus nihilominus præferantur, quod eorum pecunia saluam fecerit aut præbuerit totius pignoris

causam l. interdum §. cum l. seq. D. qui potior. in pign. hab. nec est quod quis dicat habere hos omnes priuilegium tacitæ hypothecæ sicut & prælationis: ideóque debere Iustiniani legem sic intelligi ut iis mulier præferatur illo de mùm casu quo tacitam duntaxat non etiam expressam hypothecam habeat. Et si enim qui credidit ad restitutionem & reedificationem insulæ tacitâ hypothecam habet ex Senatusconsulto cuius meminit Papin. in l. i. D. in quibus caus. pign. tacit. contr. & Vlp. in l. si ventri 24. §. 1. de reb. auct. iudic. possid. alias l. 9. de priuil. credit. imò & dominium si post quatuor menses pecunia cum usuris medij temporis nõ reddatur l. cum duobus 52. alias l. si fratres §. idem respondit socius D. pro socio. non perinde tamen tacitæ hypothecæ priuilegium habet qui credidit ad emendam domum aut ad emendum agrum, id enim specialiter & singulari iure pupillis concessum est l. idemque est 7. in princi. D. qui potior in pign. hab. l. 3. in princi. de reb. eor. qui sub tutel. l. penult. C. de seru. pign. dat. manum. Itaque consulere sibi debet expressa conuentione pignoris siue specialis siue generalis l. quamuis 17. C. de pigno. Sed nec generalis hypotheca sufficiet ut ei ex cuius pecunia res empta est competat in ea re priuilegium prælationis, nisi eadem res ipsi specialiter obligata sit l. licet 7. C. qui potior. in pign. hab. Quoties igitur legimus, eum, qui ad emendam domum vel nauim credidit habere priuilegium prælationis inter hypothecarios creditores, ponendum est præcessisse conuentionem pignoris nec generalem tantum, sed etiam specialem, quãuis qui credidit probet se in hoc ipsũ credidisse ut ex ea pecunia res cõpararetur, & subinde fuisse comparatam. Dixi, inter hypothecarios creditores, quoniam si inter eos agatur qui personalem tantum actionem habent, facilius inducitur priuilegium prælationis, non quidem in eo qui ad emendam domum credidit aut ad emendum agrum (hic enim priuilegium nullum habet, nisi cum expressè conuenit de speciali pignore) sed in eo qui credidit ad emendam nauim: quẽ sanè constat habere priuilegium post fiscum, non secus ac eum qui ad armandam aut reficiendam nauim credidit l. qui in nauem 26. l. quod quis nauis 34. de reb. auct. iudic. possid. alias l. 11. & 19. de priuil. credit. ideó fortasse quòd ex maritima negotiatione longè plus commodi accedat Reipublicæ quã ex ædificij aut agri emptione: quid enim Reipublicæ interest cuius sit ager vel domus? at maximè interest eius esse nauim, qui nauigationis & transmarinæ negotiationis artem calleat, aut per institores eius rei peritos eam negotiationem exercent: ob idque nec dubitandum puto quin is qui credidit ad reficiendam nauim priuilegium habere debeat hypothecæ tacitæ exemplo eius qui credidit ad reficiendam domum. Nam si fauorabilior est causa eius qui credidit ad emendam nauim, quàm eius qui ad emendam domum, multò magis illud admittendum est, æquè fauorabilem esse debere eum qui credidit ad reficiendam nauim, ac eum qui ad reficiendam domum. Cur autem fauorabilior sit is qui credidit ad reficiendam domum, quàm qui ad emendam, ratio illa est, quòd, ut dixi, Reipub. nil interest, an domus Titij sit an Meuij. Interest verò diruta ædificia restitui, ne deformentur nimis ciuitates ad curatoris 46. de damn. infect. Hæc cum ita sint, fatendum est Iustinianũ qui mulieri dedit priuilegium prælationis aduersus eum qui ad emendam domũ vel nauim credidit, præferri eam voluisse non minùs iis, qui expressam hypothecam habeant, quam iis qui tacitam, cum isti nullam habeant nisi expressam. At fortasse dicat aliquis ea Iustiniani constitutione non tam datum mulieri

ieri aduersus huiusmodi personas priuilegium, quàm ademptum iis quod aduersus mulierem, cæterisque creditores anteriores ex prioribus legibus competebat. Nec aliud inductum nisi ut si sint muliere posteriores, nõ præferantur: sed non inde fieri ut nec præferri debeat cum sunt anteriores. Sic enim doctissimis plerisque iuris placere video post Accursium ex illis verbis *ueniat autem & alter creditor posterior*. Quasi inter hos saltè creditores qui aliis omnibus præferrentur, & mulierẽ locus relictus sit priuilegio tẽporis, satisque mulieri esse debeat quòd cum anterior illa est, nullo ipsi aduersus eã priuilegio vtantur. Verum aliud mihi iudicium est. Nam quòd Iustinianus de posteriore creditore tractat qui ad emendam domum vel nauim crediderit, non idcirco factum est, quia ius aliud constitutum voluerit in anteriore, sed quoniam id agit ut creditores istos qui aduersus cæteras personas habent priuilegium prælationis, ab eo priuilegio (quod ad mulierem pertinet) excludat. Priuilegium porro nullum est, nisi cum sunt posteriores. Nam cum sunt anteriores vincunt iure communi, quo qui prior est tempore potior est iure. Tolle igitur priuilegium, quod faciebat ut nihil referret et an essent illi anteriores an posteriores tempore, consequens fiet, ut redigantur ad instar cæterorum qui priuilegium non habent. Et proinde sicut cæteris creditoribus etiam tempore anterioribus mulierem præferri Iustinianus voluit, ita his quoque præferetur. Idque apparet euidentius ex eo quod Iustinianus subicit de lucris nuptialibus ut in iis nullum prælationis priuilegium habeat mulier aduersus creditores istos si sint illi anteriores. Id enim significat verba illa *sufficit enim quòd à lucris cadant si priora*, scilicet priuilegia antenuptiali donatione inueniantur. Quæ vulgata versio est, & longè rector quàm Haloandrina sic habens *etsi tempore prior inuenietur donatio antè nuptias*. Nam Græca lectio ait *εἰς τὸ ἀπογενέσθαι τῆς προῦ δόξης ἀπερὶς ἐνυπθῆναι*. Quod & iam constitutum fuerat in d. l. assiduis. §. vlt. Ut ergo melior sit causa dotis quàm antè nuptias donationis, fatendum est, mulierem pro dote præferri priuilegiatis istis creditoribus licet anterioribus, postponi autem in donatione propter nuptias. Cum tamẽ si de creditoribus tempore posterioribus ageremus præferenda esset illa nõ minùs pro donatione propter nuptias quàm pro dote, seruato scilicet temporis ordine d. §. vlt. Nã nec magis aduersus lucra nuptialia quàm aduersus dotẽ ipsam priuilegiũ ullũ relictũ est iis qui ad emendam aut reficiendam domũ vel nauim crediderunt præter priuilegiũ temporis. Siquidẽ priuilegium causæ utroque casu sublatum est: Alioqui constituere Iustinianus debuerat, ut à lucris caderent mulieres, etiam si talia priuilegia tempore posteriora inuenirentur, non, ut ille scribit, si priora inueniantur. Neque sane aliter posito iure satis pronisum esset mulieri ratione dotis, quam nullo modo & nulla arte minui posse Iustinianus voluit. Quid enim facilius quàm virum antè nuptias aut antè dotis constitutionem pecuniam mutuam accipere in refectionem domus aut nauis, inscia etiam muliere, ut secutis postea nuptiis, acceptaque dote, & soluto quocumque matrimonio dotis iacturam mulier sentiat?

Ad. §. quia verò Nouell. 97. de equal. dot.

EX superioribus moueor vt putem quod sequitur in §. quia verò, postponendam mulierē illi soli qui credidit ad emēdam militiam si omnia concurrant quæ Iustinianus eo loco requirit, sic accipi debere si mulier sit tempore posterior nō etiam si prior. Est enim ea exceptio ad id quod proximē constitutum fuerat, vt mulier cæteris creditoribus priuilegiatis tempore anterioribus postponeretur quidē in donatione antē nuptias, præferretur autem in dote, ne qua circumueniēda mulieris ratio superesset prætextu alicuius priuilegij, siue causæ priuilegium illud esset, siue temporis. Vult autem Iustinianus excipiendum eum, qui ad emendam militiam crediderit, id est cæteris præferendum non quidem in aliis bonis debitoris, sed in ipsa militia, quippe quæ & pignori obligari potest l. vlt. C. de pignor. sed hoc ita, si ea omnia obseruauerit in cōtrahendo debito, quæ textus congerit, ne fraudandæ dotis animum habuisse videatur, hoc est si in eam causam specialiter crediderit, si vis anterioris hypothecæ sibi specialiter quoque & expressim stipulatus sit, si reuera in eam re pecunia impensa sit, si negotium ex scripto gestum fuerit, si denique instrumentum habeat testium subscriptiones, quibus omnibus concurrentibus putat Iustinianus non posse suspicionem fraudis subesse, quæ tamen facile subesse posset, si ita ius esset vt talis creditor licet posterior mulieri anteriori præferretur, argumento eorum quæ idem Iustin. scribit in eadem Nouell. §. aliud quoque ad fin. Quid enim si maritus improbus in eam rem, dotali pecunia abutatur quam nouo huic creditori clam numerauerit, tum palam ab eo mutuam acceperit, nec tamē fraus probari possit? Neque verò similis est, qui rem suā vēdidit sub eo pacto vt sibi obligata maneret pro precio, in eoque pignore potior esset. Nullam enim ille facere potest iniuriam aut mulieri aut aliis creditoribus anterioribus, vt pote qui nullum in ea re pignus haberent si non fuisset vendita, quam porrò venditor non alienasset sciens emptorem pluribus creditoribus obnoxium, si non per huiusmodi conuentionem sibi consulere potuisset, si cuti elegāter Paulus disputat in l. 2. de reb. eor. qui sub tutel. aduersus Vlpianum qui contrā scripserat in §. vlt. l. j. eod. tit. vt dubitari non oporteat, quin Triboniani sit prorūsusque inepta additio illa ad Paulum, *si igitur talis species in priuato venditore incidit imperiali beneficio opus est vt ex rescripto pignus confirmetur.* Nullo enim rescripto Principis opus est ad confirmandum pignus quod in ipsa venditione exceptum est, quamuis alioqui pignoris conuentionio non valeret arg. l. ei fundo 19. iunct. l. quoties 15. D. de seruit. l. venditor 13. D. commun. præd. Ideoque nec dubito quin huiusmodi venditor in pignore ipsius rei venditæ mulieri quoque perinde ac cæteris creditoribus anterioribus semper præferatur. At cum ei cuius bona iam aliis creditoribus anterioribus tenebantur, pecunia creditur in causam emendæ militiæ addita conuentione pignoris, & vt in ea re, potior sit qui posterior credidit, licet nulla fiat iniuria prioribus creditoribus, si bona fide res geratur, quia nec hypothecam haberent in ea re si debitori quæ sita non fuisset, potest tamen, vt dixi, fraus fieri, debitore & nouo creditore colludentibus in necem anteriorum. Quæ res sufficit ad inducendum mulieris priuilegiū, aut, vt loquar melius, ad impediēdū ne priuilegiū vllū nouus hic creditor exercere possit aduersus mulierē quod contrā cæteros exercere posset. Cæteris enim fraudē allegatib. incūbit onus probandæ fraudis. Mulieri verò satis est probare fraudē cōmitti potuisse quāuis cōmissā esse nō cōstet. Vel ob hoc ipsū quod fraudis probatio plerūq; difficillima est. In eoque, nimirum

quæ versatur priuilegiū mulieris. Sicut & ex cōtrario cum suspicio est fraudis per mulierē cōmissæ, puta si mulier habens bona immobilia cōstituat dotis augmentū in bonis mobilibus, cum maritus ære alieno laboraret, noluit Iustinianus habere eā priuilegiū licet fraus ipsa nō probetur per anteriores creditores: quia sufficit fraudari eos potuisse talis augmenti prætextu. Ita demū igitur habebit mulier ius tacite hypothecæ & prælationis pro augmento dotis, si aut vtrinque aut saltem ex parte mulieris augmentum fiat in bonis immobilibus, aut in bonis mobilibus quidem, sed eo tempore quo nullos creditores maritus habeat, quod his casibus nulla fraudis suspicio subesse possit, vt ait Iustinianus in d. §. aliud quoque d. Nouell. 97. Nec tamen eò minus verum est hunc qui ad militiam emendam credidit subiecto pacto pignoris & prioritatis, fauorabiliorem esse cæteris creditoribus non in eo solum quod illis præfertur, licet anterioribus, sed etiam ratione mulieris. Cum aduersus illam saluam ei sit priuilegium temporis, hoc est vt si sit prior tempore præferatur mulieri: cæteri enim non magis temporis quam causæ priuilegium habent, sed mulieri etiam posteriori postponuntur. Minus mouet, quod nonnulli obiiciunt ex l. 3. C. de primipil. lib. 12. ti. penul. in debito ob causā primipili cōtracto fiscū potiorē esse muliere, propterea quod vtilitas publica præferenda sit priuatorū cōtractibus. Primū enim nō de fisco Iustinianus tractat in d. §. quia verò, sed de priuato qui ad emēdā militiā credidit. Deinde longè aliud est deberi quid in cā mutui ad emēdā militiā accepti, longè aliud deberi ex causa primipili. Est enim debitū huiusmodi fauorabilissimum, vt ex eo constat, quod ex sola primipili cā liberos etiā si patribus heredes nō existant iuris ratione teneri placuit l. vlt. C. eo. Sed & dici potest legē illā 3. esse Impp. Diocletiani & Maximiani, quorū tēporibus nullū priuilegiū aut tacite hypothecæ aut prælationis habebat mulier, neq. cōtrā fiscū neq. cōtrā cæteros creditores. Iustinianū verò vtrunq. illi priuilegiū dedisse, nec minùs cōtrā fiscum quam cōtrā cæteros, cū ad fauorē procreationis liberorū respicere se testetur in d. l. assiduis, quæ sanè causa publicā vtilitatē continet l. j. D. sol. mat. Hodie igitur si quis primipili vsus superesset dicerē præferendā fisco mulierē ex Iustiniani legibus, vel eo magis quod excipiendo eum solū creditore qui ad emēdā militiā mutuos nūmos dederit si sit anterior & expresso pacto ius anterioritatis sibi reseruauerit cæteros omnino omnes quanquā anteriores proculdubio exclusit, & mulieri postposuit. Additis etiam iis verbis in d. §. quia verò, *hoc solo casu cedere mulierem.* & paulo post, *aliis omnibus præualere mulierem secundum quod iam à nobis ei datum est priuilegium.* Quibus verbis si significat sanè cōstitutionē illā quæ extat in d. l. assiduis, cuius etiā meminit in d. §. aliud quoque. Hos enim & liberis & vxori præferri vult, nimirū si & generalē hypothecā habeat, & vxor nō de dote repetēda certet, sed de munificentiā Principis cōsequēda: & qua primū induxit vt mulier præferatur creditoribus omnibus, non posterioribus, in quo priuilegiū nullū esset, sed anterioribus, vt proinde ex eorū cōparatione appareat, eius qui ad emēdā militiā credidit diuersā à cæteris rationē in eo cōstitui, nō quod præferri debeat mulieri anteriori, sed quod si sit ipse anterior tēpore nō præferatur ei mulier quæ posterior est. Neq. ad hanc quæstionē p̄tinet Iustin. Nou. 53. de exhib. reis §. optimū quoque vers. propterea igitur, vbi præfert vxori eū qui ad emēdā militiā credidit. Nō. n. tractat eo loco de dote aut de vxore creditrice, vt malè nostri sētere vidētur ad Auth. quæ obtinet C. de pig. sed dat priuilegiū mulieri etiā dotē nō

habēti ut post defuncti liberos præferatur creditoribus omnibus in cōmodis militiæ defuncti licēt sint illi hypothecarij, dūmodo nō crediderint ad emendam militiam. Deniq. creditoris huius priuilegium hoc vnum est quod nullo aduersus eum priuilegio gaudet mulier, non quod aduersus mulierem ali quod priuilegium ipse habeat extra communes iuris regulas. Cū in verō ita demum præferatur ille mulieri, si & eam præcedat tempore, & expressam hypothecā habeat, adeoq. specialiter expressum ius anterioritatis, ut cū nostris loquar, prorsus consequens est id egisse Iustinianum ut ceteris creditoribus qui minus fauorabiles sunt mulier præferatur, etiam anterioribus, & expressam hypothecam, adeoq. quod magis est, exceptū & reseruatū ius anterioritatis habentibus. Alioqui dici non poterit in quo ceteris fauorabilior sit, & melioris conditionis is qui ad emendam militiam credidit. Atquin aperte iniquū est, inquit, mulierē quæ sit tēpore posterior p. æteri illis qui expressa pignoris conuentione sibi prospexerint. Fateor durā legē esse & iniquissimā. Sed ita scripta est, ut Vlp. loquitur in l. prospexit 9. D. qui & à quib. manum. Nec tamē inficior prudēter fecisse veteres interpretes, licēt nimis audacter, qui cū Iustiniani legē abrogare non possent æquissima interpretatione sic eam tēperarunt, ut prælationis priuilegiū mulier habeat cōtrā eos dumtaxat creditores anteriores qui non nisi tacitā hypothecā prætendūt. Quod cū generalis locorū omniū cōsuetudo & iudiciorū omniū auctoritas admiserit, audacior sanē & temerarius fuerit qui cōtrā sentire, & indicare velit. Apertissimē enim iniquū est priuilegiū tēporis quod expressa pignoris cōuentione quesierim, mihi adimi per subsequēs debitoris mei matrimoniu. Quid enim mea interest an vxorē ille ducat, dotēq. ab ea accipiat, & malē cōsumat, necne? Et ridiculus est Iustinianus qui eandē iuris aut æquitatis rationē subesse putat cōcedēdi priuilegij aduersus pignoratitios & chyrographarios creditores. Nā inter chyrographarios & qui personālē tantū actionē habent priuilegia nō ex tēpore æstimātur sed ex causa, & idēd si eiusdē tituli fuerint cōcurrūt, licēt alij aliis sint tēpore priores l. priuilegia 32. de bon. auct. iudic. possid. aliās l. 17. de priuile. credit. Nimirū quia prioribus nulla in eo sit iniuria, cū imputare sibi debeat cur nō de pignore cōuenerint arg. Nouel. 136. de argentar. cap. 5. §. insuper in fi. At inter hypothecarios ordo tēporis regulariter attēditur l. si fundū 4. l. scripturas 11. & pass. C. qui potior. in pig. habeāt. quoniā sine priorū fraude & iniuria cōstitutū aliter nō posset, aduersus quā tamē nullū vel diligentissimo cuiq. creditori remediū su pesseret. Sēpēq. potior est cā hypothecariorū creditorū quā chyrographariorū, nisi in casu l. ult. in fi. C. qui bo. ced. pos. Nec simile est q. interdū etiā qui posterior est tēpore, potior est iure d. l. interdum 5. D. qui potior in pig. hab. Id enim nō aliis casibus accidit quā cū posterior pignoris causā anterioribus præbuit aut saluā fecit: quod cū euenit æqui boniq. consulere anteriores debent quod posterior crediderit, qui alioquin pignus aut non haberent aut amisissent re ipsa extincta. Mulier autē quæ post cōtractū pignus nubit & dotem dat, nec saluam facit pignoris causam creditoribus anterioribus, ob idque nec iis præferri debet, nisi in ipsis rebus in dotem datis, si fortē adhuc extant, quarum ratione æquissima sanē est Iustiniani cōstitutio in l. in rebus 30. C. de iur. dot. si aliā cōiungas quæ mulieri tacitā hypothecā pro dote dedit d. l. vnic. C. de rei vxor. act. Alioqui non posset in hypothecaria ius vliū prælationis habere mulier quæ hypothecā nullā haberet: essetq. illi necessaria vindicatio quā & eadem

eandē cōstitutioe Iustinianus ei dedit, & quæ nullo tēporis priuilegio indiget, ut idēd Iustin. ait Nouel. 91. ut exact. instant. dot. §. his igitur. Cū olim pro dote nō nisi personalis actio competeret l. dotis actione 9. C. solut. matrim. Vindicatio autem nullomodo, utpote translato in maritum dotis dominio, l. doce ancillam 6. C. de rei vindicat. §. 1. Instit. quib. alien. lic. vel non.

Mulieris priuilegium ut creditoribus etiam anterioribus præferatur non transire in liberos.

CAP. XIII.



lius nostrorum error est longē grauior & reprehensibilior, quod existimāt priuilegium illud mulieris de quo superiori capite diximus, ut anterioribus creditoribus præferatur cū dotē repetit, transire in liberos si iidem sint heredes matris, licēt fateantur non transire in extraneos. In quo aperte vim faciunt iuris rationi, quæ sicuti transmittit in heredes quoscunque priuilegia omnia quæ non tam personæ mulieris, quàm causæ dotis concessa sunt, cuiusmodi illud est ut sit inalienabilis l. dotale 13. §. heredi D. de fund. dot. ut tacitam hypothecam habeat, ut iudicium de dote sit bonæ fidei, ut nullas admittat retentiones, & alia de quibus agitur in l. vnic. C. de rei vxor. act. Ita quæ ipsi personæ mulieris licēt pro dote tributa sunt in ipsius heredes transire non patitur, l. vnic. C. de priuileg. dot. vbi quod lex ait *ad heredem* & generale est & de quocunque herede intelligi debet, non ad extraneum coangustari, præsertim cū nec suos heredes mulier habeat l. illud 4. §. ad testamenta de bon. poss. contr. tab. & proinde sint ei liberi quoq. extranei, nisi extraneos improprie accipias, quod nostri faciunt, non ad differentiam suorum sed liberorum. In eorum autem numero quæ ipsi personæ mulieris potius quàm doti conceduntur vel hoc maxime vnum est ut creditoribus anterioribus præferatur, non solum chyrographariis quibus & iam olim præterebatur cū nondum tacitam hypothecam haberet ut Iustin. refert in l. assiduis 12. C. qui potior in pignor. habeāt. (de quo priuilegio accipi debet quod scriptū est in d. l. vnic.) sed etiam hypothecariis ex noua Iustiniani constitutione, in qua hoc ipsum apertissimē expressum est iis verbis, *nec ad fragilitatem muliebrem respicientes nec quod & corpore & substantia & omni vita sua maritus fungitur, cum penē mulieribus tota substantia in dote constituta est.* Et pauld post, *non de dote mulieris quam ad suos uictus suasque alimonias mulier possidet.* Item in sequentibus, *quis enim earum non misereatur propter obsequia qua maritis præstant, propter partus periculum, & ipsam liberorum procreationem?* Et apertius eo loco *& siue liberos habeat mulier, siue ab initio non habuit, siue progenitos amisit, hoc ei priuilegium indulgemus.* Quæ rationes non tam doti quàm mulieri dotem repetenti fauendum esse probant. Nec est contrarium quod eiusdem constitutionis verba sic habent, *sancimus ex stipulatu actionem quam mulieribus iam pro dote restituēda dedimus cuique etiam tacitam donauimus inesse hypothecam potiora iura contra omnes habere mariti creditores.* Nā quāuis res vxoria in actionē ex stipulatu transformata sit, ex stipulatu autem actio transmittat ius repetendę dotis in quoscunque heredes d. l. vnic. §. 1. & §. maneat C. de rei vxor. act. & consequenter priuilegium tacitæ hypothecæ, quod actioni ex stipulatu inseparabiliter datum est: possunt tamen & debent supradicta verba sic accipi ut priuilegium prælationis ita demum actioni ex stipulatu Iustinianus dederit si

ab ipsa muliere non etiā si ab eius heredibus talis actio institueretur. Idque euidenter apparet ex eo quod ille subiicit tale se priuilegiū hac parte dare mulieri aduersus hypothecarios creditores, quale habebat olim rei vxoria actio cōtrā chyrographarios. Atqui quod habebat olim aduersus chyrographarios non transmittatur in heredes d.l. vnic. C. de priuil. dot. Ergo neque nouum hoc & Iustinianum priuilegium heredibus mulieris conceditur: quod non obscurè idem Iustinianus significat his verbis, *quapropter non in hypotheca hoc mulieri etiam nunc indulgemus beneficium?* Alioqui si eadem ratio constitueretur vtriusque priuilegij tacitæ hypothecæ & prælationis, fatendum esset non minùs ad extraneos heredes quàm ad liberos transmitti priuilegiū prælationis, quoniam & priuilegiū tacitæ hypothecæ in eos haud dubiè transmittitur d. §. maneat. Et tamen non est ex interpretibus qui non excludat extraneos à beneficio prælationis. Sic enim omnes post Bart. ad d. l. assiduis, & ad l. i. D. solut. matrim. Cur ergo in liberis aliud constituendum crediderunt? Nimirum sefellit eos, quod Iustin. in d. l. assiduis, ita scribit, *similem eis prerogatiuam seruamus*, & paulò post, *quasi adhuc viuente etiam matre eorum*. Quibus tamen verbis apertissimum est non illud Iustinianum significare, præferendos esse liberos creditoribus anterioribus (cùm secunda vxor cui eos præferri vult, non sit ex anterioribus, sed ex posterioribus) At illud potiùs, Mulierem quæ in dotis repetitione præferatur ceteris omnibus, licet anterioribus, non esse tamen præferendam liberis prioris matrimonij maternâ dotē repetentibus. Ratione illa quæ sequitur, *duabus enim dotibus ab eadem substantia debitis, ex tempore prerogatiuam manere volumus*. Sensus est, non debere priuilegiatâ mulierē vti priuilegio cōtrā priorem mulierē æquè priuilegiatâ, aut eius heredes filios. Etenim priuilegium quod prior vxor habuit, nimirum tacitæ hypothecæ, non solū cōtrā maritū, sed etiam cōtrā mariti creditores, tale est quod transit in heredes quoscunq; etiam extraneos, nedū in liberos, quippe quod, vt diximus, non tam mulieri quàm ipsi actioni de dote concessum sit d. l. vnic. §. i. & §. maneat C. de rei vxor. act. Vult ergo Iustinianus idem ius, & priuilegium, tacitæ nimirum hypothecæ non prælationis seruari liberis ex priore matrimonio susceptis cōtrā secundam mulierem, vt quemadmodum illa posterior est tempore, sit etiā posterior iure. Ne alioqui videatur priori vxori denegatum quod posteriori conceditur. An igitur si extraneos heredes prior vxor reliquerit habebunt illi idem priuilegium, non quidem prælationis (certum enim est non habituros aduersus anteriores) sed tacitæ saltē hypothecæ in præiudicium posterioris vxoris vt ei præferantur? Minimè. Ius enim illud licet ex Iustiniani constitutione datum sit mulieri, eiusque heredibus quibuscunq;: Attamen non nisi cōtrā maritum, eiusque creditores datum est. At cōtrā aliam vxorem quæ eò fauorabilior esse debet quod viuit adhuc, potestque iterum nubere & Reipublice vtilis esse ad replendam liberis hominibus ciuitatem, nec datum est priuilegium in dict. l. vnic. nec seruatum per dictam l. assiduis aliis heredibus quàm liberis in quorum persona mater ipsa viuere creditur. Id enim est quod ait Iustinianus *quasi viuente eorum matre*. Denique non facit secundæ vxoris fauor, vt pro dote anterioris hypothecam tacitam extranei heredes non habeant, sed vt ex ea hypotheca nullum priuilegium temporis sibi adrogare possit, perindèque posteriori vxori postponantur, atque cæteri creditores antiquiores hypothecarij, quorum non maiorem ratio-

rationem hac parte haberi Iustinianus voluit, quàm si chyrographarij tantum essent. Et hæc mihi videtur verissima licet noua & inaudita satis obscuri loci sententia, vt quod lex ait, *similem prerogatiuam*, non similes posteriori vxori faciat liberos prioris cōtrā creditores tempore anteriores licet tam duntaxat hypothecam habentes, sed similes faciat liberos matri in iure tacitæ hypothecæ, ad seruandum iis ordinem temporis, vt eo sulti priuilegio posteriori vxori præferatur ex communis iuris regula propter temporis priuilegium, ex tacitæ hypothecæ priuilegio inductum. Quod non fuisset obscurum, si post illa verba, *similem eis prerogatiuam seruamus*, adiecisset Tribonianus interpretationis loco, *id est ius idem tacita hypothecæ etiam cōtrā posteriorem vxorem*, quod ant eà non nisi cōtrā maritum eiusque creditores alios ab vxore competeat. Neque enim quæ prior nubit mulier, cogitat de priuilegio aliquo, sibi aduersus eam quæ posterior vxor futura est acquirendo, nisi ominosa interpretatione velis cogitare eam de secundis mariti nuptiis quæ primas contrahit, præsertim hodierno tempore quo fieri nequit vt viuã priore vxore posteriori locus esse possit. Itaque concludere licet Iustinianum in dict. l. assiduis fauere mulieribus potiùs quàm dotibus voluisse, alioqui, vt diximus, heredibus quibuscunq; de dote repetenda certantibus concedendum erat priuilegium vt anterioribus quoque creditoribus tacitam duntaxat hypothecam habentibus præferrentur: quod tamen soli mulieri, non etiam eius heredibus, ne liberis quidem concessum est. Item vt vi tacitæ hypothecæ præferrentur heredes quilibet prioris vxoris etiam extranei, posteriori vxori, quod tamen solis liberis datum Iustinianus voluit. Nec est quod pro sententiæ nostræ confirmatione apertius testimonium quæramus quàm quod Iustinianus ipse præbet in §. fuerat Instit. de action. *Præferri autem aliis creditoribus*, inquit, *tunc censuimus cùm ipsa mulier de dote sua experiat, cuius solius providentia hoc induximus*: vt mirum sit in re tam aperta errare nostros potuisse, accedente præsertim iuris regula quæ habet in omnibus causis id obseruari, vt vbi personæ cōdicio locum facit beneficio, ibi deficiente persona beneficium quoque deficiat, vbi verò genus actionis id desiderat, ibi ad quemuis persecutio eius deuenerit, non deficiat ratio auxilij l. in omnibus 68. de regu. iur. l. priuilegia 196. eod. l. cùm patronus 28. de legat. 2. l. i. §. i. D. de iur. immunit. Neque simile est quod priuilegium marito datū vt dotis nomine in quantum duntaxat facere potest condemnetur, licet personale sit, ideòque nec in heredem transeat l. maritum 12. cum l. seq. D. solut. matrim. transit tamen in liberos qui patri heredes extiterunt l. etiam 18. eod. tit. nam præter id quod non ad quoscunq; patris liberos transit, sed ad cōmunes tantum, hoc est, qui ipsius quoque mulieris liberi sint vt lex ait. Illud etiam obseruandum est longè fauorabilius esse priuilegium quod marito datur, cùm de dote conuenitur, quia & reus est, & talis persona cui etiam post solutum diuortio matrimonium reuerentia debeatur in honorem transacti matrimonij l. i. 2. & 3. §. sed & cum vxore D. rer. amot. Nam & cùm de dote promissa maritus agit aduersus focerum idem priuilegium focero tribuitur vt non nisi in quantum facere potest condemnetur, nec solū si constante matrimonio & manente adfinitate cōueniatur, sed etiam si soluto matrimonio, dummodo nihil dolo fecerit, nempe veneratione præteritæ adfinitatis l. penult. D. de iur. dot. l. sicut autem 21. cum seq. D. de re iudicat, quoniam patris locum obtinet l. rei iudicatæ 15. §. vlt. cum l. seq. D. solut. matrim. Proinde

nec mirum videri debet idem priuilegium communibus liberis competere non quasi ad eos transmissum à patre, neque enim id lex ait, sed quasi proprium & ipsis liberorum personis debitum, in quibus nimirum eadem fauoris & æquitatis ratio locum habeat, imò si dicere liceat, ferè maior ob honorem sanguinis & naturæ. Nam quæ obsecro matri iniuria fit, ita cõstituto iure vt proprios liberos non nisi deducto ne egeant vrgere possit? cum si egeret alere eos de suo ipsa cogeretur l. si quis à liberis §. in prin. & §. 1. & 2. vers. ergo & matrem. D. de agnosc. & alend. liber. Sic & patroni liberos à liberto alendos esse dicimus, non quasi transmissio in eos per hereditariam successio nem patroni iure, sed quia liberti obsequium præstare non tantum patronis, sed etiam liberis eorum debeant. Ideoque nec tam facillè alendos liberos quàm patronos decernere Prætor debet, sed ex causa: neque eò minùs alendi sunt liberi patroni quòd patri heredes nõ extiterint, d. l. si quis à liberis §. vtrum autem tantum patroni. iunct. l. si operarum 29. D. de oper. libert. Idcirco autem in specie d. l. etiam 18. D. solut. matrim. requisit Pomponius patri heredes extitisse liberos ad hoc vt priuilegium habeant, ne supra quàm facere possint conueniantur, non quòd iure hereditario priuilegium illud nanciscantur, sed quia nec aliter de dote per patrem debita conueniri possint, quàm si patris sint heredes. At priuilegium de quo disputamus, quod mulieri concessum Iustinianus voluit vt creditoribus omnibus, quamuis anterioribus præferatur, minùs fauorabile est, cum non exceptionem inducat, sed actionem, & iniuriam manifestè inferat anterioribus creditoribus quibus nihil imputari potest, cum expressa conuentione pignoris sibi prospexerunt arg. l. 3. de separat. & quorum nihil planè interest, vtrum dotata sit mulier, necne. Sed & eas concedendi priuilegij rationes Iustinianus adfert, quæ ad ipsam mulieris personam sic pertinent vt liberis conuenire nullomodo possint, non magis quàm extraneis quibuscunque heredibus. Nulla igitur ratio est vt idè priuilegium liberis siue proprio siue hereditario iure concedatur. Proinde superuacua & inanis est illa quæstio: An communibus dumtaxat liberis, an iis etiã quos ex alio matrimonio prior mulier susceperit priuilegium hoc concedi debeat vt creditoribus anterioribus pro dote materna præferatur, cum neque his, neque illis tale vllum competat, vt diximus. Sanè priuilegium illud de quo diximus, hoc est vt posterior vxor priuilegium prælationis sibi datum aduersus cæteros non magis exercere possit contra liberos prioris defunctæ, quàm aduersus eam ipsam si viueret, non ad quoscunque liberos præ mortuæ pertinet, sed ad communes dumtaxat, hoc est qui ex eodem marito suscepti sint. Nam quod scriptum est in Auth. si quid eod. ti. C. qui potior. in pignor. hab. seu qualibet eius soboles, hunc sensum habet vt priuilegium illud non ad solos primi gradus liberos coarctetur, sed ad nepotes quoque & pro nepotes extendatur aliòsque deinceps successores, id est descendentes in infinitum cuiuscunque naturæ sint siue masculi siue foeminae. Cæterum ex prioris eiusdem viri matrimonio susceptos eos esse necesse est, vt apertius constat ex verbis Nouel. 91. vt exact. instant. dot. in principi. & §. 1. In eoque cum Bartolo & communi nostrorum schola sentio.

Emendatio §. 1. l. hinc queritur 19. D. de pecul.

CAP. XIII.

QVAM



VAM impensè & plus æquo mulieribus fauere Iustinianus voluerit non solum ex iis constitutionibus apparet quæ extant in Codice & in Nouellis, ac de quibus proximè diximus, sed etiam ex plerisque Pandectarum locis quos ob eam causam Tribonianus pro arbitrio sic immutauit & deprauauit, vt quamuis manum eius agnoscere non sit difficile, pristinam tamen Iuriconsulti sententiam assequi, quæ ex recta iuris ratione semper æstimanda est, non ita facile & obuium cuiilibet videri possit. Proferam ego huius rei exemplum nec inelegans nec obscurum, sed tamen à nemine hactenus, vt puto, obseruatum, ex Vlpiano in l. hinc queritur 19. §. j. De pecul. *Poteff*, inquit Vlp. esse apud me, duplicis iuris peculium. Vt puta seruus est dotalis, Poteff habere peculium, quod ad me respiciat: Poteff & quod ad mulierem. Nam quod ex re mariti quæsit vel ex operis suis, ad maritum pertinet: imò & quod magis est si respectu mariti sit heres institutus, aut legatum ei datum, constat id eum non debere restituere. Finge igitur agi mecum ex eo cõtractu qui ad me respicit, Vtrum omne deducam quod debetur mihi, siue ex mea causa siue ex ea, quæ ad vxorem respicit: An verò separamus causas, quasi in duobus peculiis vt & causa debiti spectetur? Quæstio id eo est, Vtrum si de eo peculio agatur quod ad mulierem spectat, id deducam quod ex eo debeatur, si autem ex eo contractu qui ad me respicit, meum deducam? Prius autem quàm ad propositam quæstionem Vlpianus respondeat, subiungit idem quoque dilucidius tractatum esse in fructuario, Vtrum ex eo demum contractu possit de peculio conueniri qui ad se pertinet (*qui enim pro quod legendum est*), an ex omni. Et ad hanc posteriorem quæstionem respondens ex Marcello, ait fructuarium teneri ex omni contractu. Ratione illa, quòd is qui cum seruo contrahit totum ipsius peculium qualecunque & vndeunque illud sit intuitus videatur. Illud tamen omnimodo admittendum, vt priore conuentione eo ad quem res respicit, in superfluum, is cui quæsitum non est, conueniatur. Eamque sententiam & probabiliorem esse, & Papiniano quoque probari. Vtpote quæ sine vlllo creditoris incommodo faueat ei ad quem non respicit contractus ex cuius causa de peculio agatur. Subiicit verò Vlpianus idem etiam in duobus bonæ fidei emptoribus dicendum esse, vt si de peculio agere creditor velit ex contractu serui qui ad alterutrum duntaxat emptorum peculium respiciat, habeat quidem alterius quoque emptoris peculium eo nomine obligatum, sed tamen non prius contra alterum illum agere possit, quàm hunc conuenierit ad cuius peculium respicit cõtractus cuius ratione de peculio agitur. Cur non ergo & in marito idem obtineat? Eadem enim quæstio nec diuersus tractatus est vt Vlp. docet iis verbis *qua quæstio dilucidius est in fructuario tractata*. Idè autem dilucidius tractatur hæc quæstio in fructuario & in bonæ fidei emptoribus, quòd cum separatæ sint personæ proprietarij & fructuarij, itémque duorum bonæ fidei emptorum, facilius quoque & expeditius peculiorum separatio est. Nam quod ex peculio & re proprietarij seruus acquirit non acquirit fructuario, nec contra. Et similiter quod ex re & peculio vnus ex bonæ fidei emptoribus, non acquirit alteri, sed ei soli ex cuius re & peculio quæserit l. si serui vfructus 21. cum sequentibus. D. de vfruct. l. acquiruntur 10. §. de his autem & §. seq. l. qui bona 23. De acquir. rer. domin. At cum de marito agitur vna eademque persona est quæ duplicis peculij dominium habeat, si fortè seruus dotalis peculium

acceperit & à marito & à muliere. Perinde enim peculium quod ad mulierem respicit mariti est ex causa dotis atque seruus ipse qui peculium habet l. ult. D. solut. matrim. Hoc solum inter vtrūque peculium interest, quod peculium dotale soluto matrimonio mulieri dotis iudicio restituendum est d. l. ult. sicut & cætera omnia quæ seruus dotalis marito constante matrimonio acquisiuerit (præterquam si ex re mariti & ex peculio quod à marito habeat) puta si heres institutus sit aut legatum ei relictum l. seruus dotalis 58. eod. dummodo non mariti contemplatione d. l. hinc quæritur §. j. de pecul. quod pertinet l. si legato 65. de iur. dot. vbi quod ait Pomponius *noluit accipiendū est, pro non voluit.* Et si enim aliud est non velle aliud nolle, sufficit tamen testatorem non voluisse marito acquiri per seruum dotale licet nec dixerit se nolle. Videtur autem voluisse acquiri marito quisquis mariti intuitu aliquod seruo dotali reliquit. Ei porrò semper seruus acquirit cuius gratia hereditatem vel legatum aut quid aliud meruit d. l. si serui ususfructus cum seq. D. de usufr. l. facta 63. §. si heres ad Trebell. Alioquin acquirit proprietario, & consequenter seruus dotalis acquirit mulieri, quoniam aditio hereditatis aut agnitio legati non est in opera seruili l. aditio 45. D. de acquir. hered. l. si seruo 47. De iur. dot. Acquirat quidem marito, eo iure quo dos ipsi quoque acquiritur, nec solum constante matrimonio, sed etiam quod magis mirum est, si post diuortium ei hereditas aut legatum obuenerit priusquam seruus ipse dotalis iudicio de dote redditus sit l. si marito 31. §. ult. D. solut. matrim. Nempe quia quandiu redditus non est, dotalis manet, & in dominio mariti, ob idque nec si solutū sit matrimonium capere eū aut vindicare propria autoritate mulier potest, sed debet de dote agere l. dotis actione 9. C. eod. nec quia dos sine matrimonio constitui non possit, idēd fit vt soluto matrimonio dos ipso iure esse desinat. Sed quod per huiusmodi seruū marito quæ sitū erit, iudicio de dote restituatur tanquā dotale. Non itē quod hic seruus aut ex operis suis quæsierit, aut ex eo peculio quod ad maritū ipsius pertineat, aut ex aliena liberalitate in eum collata intuitu & contemplatione mariti. Cæterum nō ex eo quod constante matrimonio maritus vtriusque peculij dominus est, inferri potest in proposita quæstione quam Vlp. tractat in §. j. l. hinc quæritur, aliā mariti rationem esse, quā sit fructuarij aut vnus ex bonæ fidei emptoribus. Nisi in eo quod siue cōfundas siue separes peculia & debiti peculiarij causas, alius conueniri nequeat quā maritus, licet ex eo cōtractu agatur qui ad mulieris peculiū spectet: nepe quia constante matrimonio vtriusque peculij licet aliter atque aliter dominus & possessor est: nec proinde inter illum & mulierē cadere potest ea ordinis ratio, vt vllō casu prior mulier cōueniatur, in superfluum verò maritus: quomodo cōtingit cum inter fructuariam & proprietariam agitur, aut inter plures bonæ fidei emptores, inter quos diuersitas personarum nō tantum diuisionē & separationē peculiorū admittit, sed etiā conueniendi ordinē. Sed qui ordo cōueniendi in vna eadēque mariti persona cōsiderari nō potest, in ipsis tamē peculiiis, quæ reuera distincta & separata sunt facile admitteretur. Nō enim de illo Vlp. quærit an si cōtractū sit cū seruo ex ea causa quæ ad mulierē respiciat mulier prior de peculio cōueniri possit durate matrimonio, deinde maritus in superfluum, (nā quis nescit mulierē quæ nec seruum dotale nec eius peculiū penes se habeat constāte matrimonio de peculio cōueniri nō posse?) Sed de illo primū an cōfundi an potiū separari peculia & debitorū causas oporteat.

teat. Deinde cōstituto eo vt separari non debeant in præiudiciū creditoris, qui cum seruo contrahens vtrūq. peculium tanquā vnum idēmq. patrimonium intuitus est, An hæctenus saltē separari debeant fauore mariti ad quem negotium non respicit, vt prius de peculio mulieris satisfieri oporteat, si id non sufficiat, de peculio quidem ipsius mariti, sed ita tamen vt quod ob eam causam de suo præstiterit, aduersus mulierem quando cumque dotis nomine agentem deducere possit. In quam sententiam Vlpianus post Marcellum procliuior est. Sic enim scribit, *Et ait si id quod creditori præstitum est ad vtriusque generis peculium pertinebit, pro rata vtriusque peculio decedere debere: Ex quo intelligi potest si ad alterum peculium contractus pertinebit modo soli uxori detrahi, modo non detrahi si ad id peculium pertinuit contractus, quod apud maritum resedit.* Quod cum ita sit, non possum intelligere quid sibi velint illa præcedentia, sed in marito melius est dicere simpliciter eum de peculio teneri. Nec dubitandum puto quin sint Triboniani id perpetuò agentis vt mulieri faueat, nec animaduertentis per incitiam iuris, repugnare sequentia quæ ille tamen parū cautus incorrecta reliquit. Nam cum Vlpianus, quantum coniectura assequi possum, ita scripsisset, *Quod & in duobus bonæ fidei emptoribus erit dicendum. Sed si maritus aliquid præstiterit &c.* quasi pro dicto & aperto habens idem quoque in marito dicendum esse, atque ita propositæ quæstioni satisfactum, Tribonianus vt deteriore faceret conditionem mariti quā fructuarij, aut bonæ fidei emptoris adiecit de suo inter mediū illum versiculū quem nos reicimus, & vt priora Vlpiani verba cum sequentibus connecteret, addere eum necesse fuit illa etiam quæ proximè sequuntur, *sin autem maritus huiusmodi serui nomine aliquid præstiterit.* Est enim Triboniano per familiare tam in Iustiniani constitutionibus, quā in iis Digestorum locis quos ille pro arbitrio corrumpere voluit, vt distinctiones suas his verbis concipiat, *sin autem* quæ quoties in Pandectis lego, toties videor mihi Triboniani manū agnoscere & palpare. Vt in l. si cū dotē 22. §. si maritus D. sol. mat. l. cum de indebito 25. de probat. l. sin autē 29. de leg. j. l. domū 57. D. de contr. empt. alijsq. innumeris. Incitiam verò Triboniani illud manifestè detegit, qd, vt dixi, & præcedentia & sequentia ostendunt nihil referre an in fructuario & proprietario, an in duobus bonæ fidei emptoribus tractetur hæc quæstio, an in marito si dotalis seruus duplicis generis peculiū habeat. Seruo enim dotali obligato ex ea causa, quæ aut ad mulierē solā aut ad maritum solum respiciat, alium quidē cōueniri non posse quā maritū, sed prius tamen conueniri eum debere ratione peculij ad cuius causam contractus pertinuit, in superfluum verò ratione alterius quoque. Et verò an nō iniuquum fuerit creditore cui nihil imputari possit damnū sentire ob fauore mulieris, qui totū serui dotalis peculiū quasi vnum patrimonij corpus intuitus fuerat? Quod si dicas non creditoris dāmo id cessurū, sed mariti quē Tribonianus vult simpliciter de peculio teneri, facias sanē iniuriā marito. Nam cum seruus obligatus est ex ea causa, quæ ad mulierē nō ad maritū pertinet, cur oporteat maritū non tantum prius sed etiā solū de suo peculio soluere? Deinde cū nec in solidū teneri possit ex contractu serui sed peculio duntaxat nisi in dolo sit l. in bonæ fidei 36. eo. tit. (quod Tribonianus fatetur satis cum nō simpliciter teneri maritū ait, sed simpliciter de peculio) quæro quomodo succurri possit creditori, si minus sit in peculio mariti quā in debito qd totius peculij intuitu cōtractū fuit? Hic. n. nimirū casus est quē Vlpia. tractat

cum ex alterutro peculio totum seruari non potest. Quod si manco & non sufficiente peculio mariti damus actionem creditori non quidem aduersus mulierem, sed aduersus peculium quod à muliere seruus habuit, in quo obsecro melior erit condicio mulieris aduersus maritum quam proprietarij aduersus fructuarium, aut vnus bonæ fidei emptoris contra alium bonæ fidei emptorem? nisi quod cum illi de peculio conueniri possint, mulier tamē non ipsa conuenietur, sed peculium quod ab ea seruus dotalis habeat. Atqui iam supra diximus hoc ad rem non pertinere: quia non de persona quæ conueniri possit disputamus, sed de peculio, & an ex hoc vel ex illo potius, an ex utroque solui creditori debeat. Ergo fatendum est: neque ad propositam questionis decisionem pertinere, quod Tribonianus ait melius esse dicere maritum simpliciter de peculio teneri, neque referre quicquam vtrum de seruo dotali an fructuario aut à bonæ fidei emptoribus possessio disputetur. Semper enim verū est prius soluendum esse creditori ex eo peculio ad cuius causam pertineat negotiū de quo contractū est, deinde si id non sufficiat, ex alio, salua tamen ei cuius nil interfuit actione aut repetitione, aut deductione aduersus aliū ad quē debiti causa spectabat. Nec quod maritus solus conueniendus est etiam ratione peculij dotalis, facit vt deterior eius condicio sit quam cæterarū personarū, cum & ex dotali primū peculio permittatur ei soluere, & quod dotali non sufficiente, de suo soluere coactus fuerit, aduersus mulierē quocumque de dote agentē deducere. Finge itaq; tantū dē esse in peculio dotali, quantū sit in debito contracto ex causa ad solā mulierē spectante. De dotali tantū peculio maritus soluet, nihil autem de suo. Ideoque nec aduersus mulierē de dote agentē quicquam deducet, quomodo deduceret si præter dotale peculium aliquid de suo soluisset. Id enim vtrumque est quod Vlp. ex Marcello subiicit, si ad dotale duntaxat peculium contractus respiciat soli vxori detrahendum esse, quod serui nomine præstitum est. Non igitur verum est maritum teneri de peculio simpliciter, hoc est indistinctē, sed ita demum si ad eius peculium obligationis causa pertineat. Cur enim facilius detur marito deductio aduersus vxorem de dote agentem, quam creditori actio in peculium mulieris ex contractu inito cum seruo dotali & pro causa dotali? aut potius, quo iure detur marito deductio contra vxorem dotem repetentem, nisi quia prius sit vt peculium dotale creditori sit obstrictum, eoque nomine quasi ex persona vxoris maritus teneatur? Obligata scilicet muliere de peculio non ad finem duntaxat eius peculij quod ab ipsa seruus habuit, sed quatenus etiam à marito. Eadem igitur ratione si debitum ex causa ad solū maritū spectante processerit, isque de peculio à creditore conuentus, non tantum quicquid à te seruus dotalis in peculium habebat, sed etiam de dotali peculio soluerit, cogetur iudicio de dote tantundē mulieri aut eius heredibus reddere. Eadē siquidem ratio facit hoc casu pro muliere contra maritum, quæ superiore pro marito contra mulierē: quanquam hic casus ab Vlp. & Marcello prætermisus est, quasi qui ex aliis expressis induci, & intelligi faciliè posset. Denique generale & perpetuum est, vt neq; in dāno creditorē morari oporteat qui totum peculium velut serui patrimoniū intuitus est, quatenus tamen ex peculio vndeunque illud sit indemnis seruari potest. Neque ex facto serui alieni aut alienā rem tractatis alteri noceri debeat, l. & ancillarum 27. §. vlt. eod. tit. de pecul. l. et si non omnes 8. §. vlt. D. cōmun. diuid. Triboniano autē iam plus æquo fauere mulie-

mulieribus gestienti erroris & audaciæ ansam præbere illud potuit, quod existimauit fortasse propositam de seruo dotali questionem indecisam ab Vlp. relictam esse, quasi in eo aliud iuris constituendū putauerit. Cum tamē nihil sit apertius, quam ex præcedentibus & sequentibus intelligere eandē serui dotalis quā serui fructuarij & à bonæ fidei emptoribus possessi rationem constituendā esse, idque & Marcello & Vlp. placuisse. Nec sanè explicari potest in quo eluceat diuersitas illa quam in marito Tribonianus inducere voluit, quicquid causetur Castrensis qui loci huius perobscuri sensum quasi facilem assecutus esse sibi visus est, vt taceam Iurisconsulti elegantia parū dignam esse locutionem illam, sed in marito melius est dicere, & Triboniano magis quam Vlp. aut Marcello familiarem. Illud verò nullius sensus quod sequitur, simpliciter de peculio teneri, similē Triboniani audaciam & loquendi formulam obseruauit in l. quamuis 6. D. de pignor. act. in illis verbis, melius est autem dari, à quibus vsque ad §. si creditor nihil est quod non prodatur Triboniani stylum, Pomponij sententiā, & iuris rationem ad animi sui sensum accommodantis, vt constat ex l. à Diuo Pio 15. §. quod si res in fin. D. de re iudicat. & ex iis quæ ad eum locum dicemus infr. cap. 18.

Cur non sicut venditio, ita pignus nominis debitoris ipso iure valeat.

CAP. XV.



UOD scriptum est in l. nomen 4. C. quæ res pign. obligar. poss. iam pridē placuisse vt debitoris nomē & generaliter & specialiter obligari possit, ostendit satis summo quidem iure huiusmodi pignus non valere, sed æquitatis & utilitatis intuitu eò decursum esse vt pro valido habeatur l. postquam eò decursum est 7. C. de her. vel act. vendit. Neque id ex sola prudentū ad ius civile interpretatione, vt plerūque fit, sed tuitione Prætoria, quod conuentio hæc pignoris talis sit quam Prætor pro sua iurisdictione tueri debere videatur l. si conuenerit 18. D. de pign. act. Cur autē ipso iure non valeat in obscuro est. An quod difficilius sit vt iura pignoris vinculo teneatur quæ res corporales? Atqui perinde obligari possunt, cū æquē sint in nostro dominio Tit. de reb. corp. & incorp. apud Iustin. Ideoque & vendi possunt, vt puta hereditas l. 1. 2. & tot. tit. de her. vend. D. & C. & usufructus l. si usufructus 66. de iur. dot. Ergo & pignori ex generali regula quæ habet, Quicquid emptionē venditionemq; recipit etiam pignorationē recipere posse d. l. si conuenerit in fin. l. sed & quod 9. §. 1. D. de pign. l. 1. §. vlt. D. quæ res pign. oblig. poss. Et verò constat etiam iura posse capi pignori in executione iudicati l. à Diuo Pio 15. §. in venditione D. de re iudicat. An potius, vt quidā putant, quod rei alienæ pignus non valeat? l. 1. & 2. & tot. tit. C. si alien. res pign. dat. fit. l. 1. 2. & 3. l. & quæ nondū 15. §. quod dicitur D. de pign. At si ita esset valeret saltē nominis pignoratio consentiente debitore. Nā & aliena res pignori dari voluntate domini potest l. aliena res 20. de pign. act. Arqui nō ideo magis valet pignus nominis si summū ius inspicias quod debitor ipse consentiat, vt paulò post videbimus. Deinde nec illud verum est nomen quod datur pignori alienā rem esse. Est enim in dominio creditoris. Fateor id quod ex nomine redigitur non esse creditoris sed debitoris, quoniam alioqui nec solutum pareret liberationem l. nam etsi 10. l. non omnes 19. De rebus credit. l. si procurator 8. §. si liber homo l. si mandauero 22. §. si mandauerim o. iij.

D. mandat. l. si quis pro eo 56. §. si nummos de fideiuss. l. si is cui nummos 94. in princip. & §. sed & si fideiussor de solut. Sed aliud est nomen debitoris & ius ipsum obligationis, aliud res illa quæ debetur, sicut & aliud est ius ususfructus, aliud perceptio fructuum d. l. si ususfructus 66. in fin. l. cum in fundo 78. de iur. dot. Sanè si quæretur cur pignus pignori dari non possit summo iure (nam ut dari possit etiam benignè receptum est & ex æquitate contra meram iuris rationem l. r. C. si pignus pignori. dat. sit. l. grege 13. §. cum pignori D. de pignori.) illa quidem ratio afferri poterit quoniam prius est ut nomen ipsum debitoris pignori dari possit quam ut pignus quod pro eo nomine obligatum est. Sed & illud rectissime dicitur quoniam aliena res est, nemo enim accipiendo pignus, acquirit sibi dominiū, nec verò pignus constitui potest, in re ad creditore pertinetē l. neq; pignus 45. de regul. iur. nec quæ primus creditor pignus à domino constitutum habeat facit ut domini voluntas in secundo pignore interuenire videatur: cū neq; ob eā causam neq; ea spe dederit ille ut creditori quoq; sui creditoris in nouū & aliud pignus cederet. Illa tamē equitas pignoris oppignorationē admitti suadet, quæ eius domini licet alienū, sic affectū & obligatū sit priori creditori, ut nō magis inuiti ipsius manus effugere possit, quā si is rei dominus esset. Ad eò ut ex eius persona secundus creditor, hoc est qui ipsius quoque creditoris creditor est, retentionis ius habeat quoad usq; pecunia aut sibi soluat, aut debitori, qui primus accepit pignus. Vtrique enim solui posse constat liberandi pignoris gratia. Quanquam in eo fortius est ius secundi creditoris, quod denunciare domino potest ne priori soluat d. l. nomen 4. C. quæ res pign. non etiam prior ne soluat secundo, utpote in quem ius sui pignoris ipse transtulerit, sed in nominis pignore omnia sunt dissimilia. Nam neque alia res est, neque tam grauis iniuria fieri videtur debitori cuius nomen pignori datur, quàm si id ipsum nomen venderetur. Atqui venditio valeret neque indigeret Prætoris auxilio l. nominis 3. l. ex nominis C. de hered. vel act. vendit. Cur non igitur & oppignoratio valebit? Ex ea præsertim regula, quam diximus, quod pignori possint omnia quæcunque vendi possunt d. l. sed & quod 9. §. r. de pignori. Puto iuris rationem quæ pignus hoc impedit, eam esse, quod in potestate esset debitoris qui nomen pignori dedisset, facere ut pignoris vinculum pro arbitrio dissolueretur etiam citrà debiti solutionem, aliāve satisfactionem, quod planè repugnat naturæ & qualitati pignoris, cuius semel constituti nomine tandiu hypothecariam competere & durare certum est quandiu verum est pecuniam solutam non esse d. l. grege 13. §. etiam eod. ti. quamuis non solum principalis obligatio & naturalis & ciuilis perempta sit l. debitor 59. ad Trebell. (de cuius sententia & emendatione scripsimus libro superiore) sed etiam ius ipsum pignoris ut in specie l. penult. §. r. D. de except. rei iudicat. Quod autem in potestate debitoris futurum sit nominis pignus pro arbitrio dissoluere & hypothecariam quoque perimere, ex eo apparet quod huiusmodi oppignoratio facere nequeat quominus perinde debitor aduersus debitorem suum agat & ab eo exigat acsi nomen pignori datum non esset, perinde quæ liberationem consequatur debitor cuius nomen obligatū sit si creditori suo soluat. Quo facto & extincto nomine quænam obsecro hypothecaria actio, aut in quam rem superesse potest? Nam cum & solutione creditori facta aut quod debetur, contingat debitor liberatio, & resolutio iure datoris resoluti

resoluti necesse sit ius acceptoris l. lex vectigali 31. D. de pignori. Prorsus consequens est, ut quo instanti obligatio perimitur, vinculum quoque pignoris dissoluatur quo ea obligatio tenebatur. Atqui nulla & inanis est obligatio siue personam siue rem afficiat quæ ex mero debitoris arbitrio pedit, l. hæc venditio 7. D. de contr. empt. l. sub hac condicione 8. D. de oblig. & act. l. si pulatio 17. l. à Titio 108. in fin. de verb. obligat. Dices fortasse, Debitore qui debitoris sui nomen pignori dederat, si ipse exegerit; in scio aut inuito suo creditore, obstrictum eo nomine fore, & creditori suo condemnari debere, propterea quod contra bonam fidem propriamque conventionem fecerit. Fateor: Sed ea actio, siue de dolo, siue alia quælibet futura est, non nisi in personam esse potest, ideòque semper verum est inutilem manere pignoris conventionem, cum eius utilitas tota in eo consistat quod pariat actionem in re & plus cautionis sit in rem, quàm in personam l. plus cautionis 25. de regul. iur. Sed etsi rem ex nomine debitam numquam exigere vellet is qui pignori dedisset, bonamque fidem præstare mallet, æquè tamen inanis maneret eius creditori nominis obligatio, quia nec ipse exigere quicquam posset cum sola pignoris conuentio non faciat eum creditorem. Imò & quod plus est, si solueret ei debitor cuius nomen obligatum fuerat repetere posset, quasi indebitum: quoniam solutio illa non acquireret ei liberationem aduersus proprium creditorem, cui quandoque agere volenti pristina actio superesset. Neque enim liberatur qui soluit quod debet si alij soluat quàm cui debet ignorante aut inuito vero creditore l. inuito 12. C. de solut. Succedit autem iuris regula, solutionem quæ non proficiat ad liberationem proficere debere ad conditionem l. cum quis 38. §. qui hominem l. pupilli 96. §. ult. de solut. Excepto casu l. Neratius 63. de condict. indeb. Cum itaque nec solutio nem accipere possit creditor hic pignoratitius inuito suo debitore, nec acceptam retinere inuito eo cuius nomē pignoris datum sit, quænam pignoris utilitas esse potest? Nam si inutile pignus dicimus, quod vendi non potest l. si conuenit 4. & seq. de pignori. act. Paul. lib. 2. sentent. ti. 5. §. 1. & ti. 13. §. 15. quæto magis inutile erit, quæ nec retineri? Nec ad re pertinebit si quis obiciat contingere liberationem etiam si alij soluat, quàm cui debetur, cum creditoris voluntas & consensus interuenit d. l. inuito l. vero procuratori 12. l. qui hominem 34. D. eod. l. etiam si 19. l. si mulier 59. in principi. de iur. dot. l. si cum dotem 22. §. transgrediamur D. solut. matrim. siquidem eius qui nomē sui debitoris pignori dat, non illa voluntas est ut creditori suo soluat debitor ad consequendam liberationem, sed tantum ut per eam rem quæ debetur cautum sit creditori. Ea verò res quæ ex nomine redacta erit, maneat in dominio pignorantis, acsi illam ipsam rem pignori dedisset. Alioqui nō in pignus sed in solutum dedisse nomen, aut vendidisse diceretur. Argumētum rei est, quod si nomen sit corporis alicuius, & à creditore per utilem hypothecariam exactum, non ideò corporis illius dominiū creditori qui exegit acquiritur, sed incipit illi esse pignoris loco. Quod si exacta sit pecunia perinde eius debitor esse intelligitur qui exegit acsi nomen in pignus non habuisset, nec ipsius retinendæ ius habet quasi suæ, sed æquitate tantum cuiusdam compensationis ad concurrentem vsque debiti quantitatem, quod quantum eo nomine debet suo debitori, tantundem ei vicissim à debitore debeat, ut eleganter & aperte scriptum est in d. l. si conuenit 18. de pignori. act. & in d. l. grege 13. §. cum prædium in fin. de pignori. Non igitur potest videri creditor

qui nomen in pignus accepit mandatum habere de exigendo debito quasi procurator & nomine sui debitoris, sed tantum quasi creditor ut exactam rem pignoris iure teneat, & consequenter non potest solutionem accipiendo prestare liberationem debitori: nec proinde facere quominus ipse conditione teneatur. Ita fit ut creditori creditoris inutile pignus sit, cum ex alterutrius debitorum pendeat arbitrio. Quæ videtur etiam dubitandi ratio fuisse apud Scævolum in d.l. lex vectigali fundo 31. eod. tit. De pignor. Lege enim vectigali fundo sic dicta, ut si post certum tempus vectigal solutum non esset is ad dominum rediret. Videbatur in potestate debitoris facere ut pignus extingueretur hoc ipso quod nihil faceret, hoc est quod in vectigalis solutione cessaret. Sed Scævolum illud movit, quod imò verò potuerit creditor etiam invito debitore vectigal solvere, atque ita impedire ne venditionis lex committeretur, ut probant verba illa: *cum in exsolutione vectigalis tam debitor quam creditor cessasset.* Quod si ea lex vectigali fundo dicta non fuisset, potuisset quidem dominus fundum auferre possessori itemque ei qui à possessore ius habuisset: (Tandem enim dumtaxat retinere fundum vectigalē possessor potest quandiu vectigal soluit l. 2. D. si ager vectig. vel emphyt. esse dicatur §. ad eod. Insti. de locat. & conduct.) Sed purgari mora quancumque posset, nec ipso iure ad dominum res rediret, nec proinde pignoris vinculum ipso iure dissolueretur, quomodo contingit cum ex ipsa venditionis lege venditio resoluitur l. voluntate 10. §. vlt. quib. mod. pign. vel hypoth. soluit. ob idque minor dubitatio est quin vectigalis vel emphyteuticarius fundus simpliciter traditus pignori dari possit l. tutor. 16. §. etiam vectigale de pignor. act. l. grege 13. §. & in superficiariis de pignor.

Cur conventio de pignore nominis per Prætorum defendatur.

C A P. XVI.

N E cùm ita sint superest ut videamus, quænam illa æquitatis ratio fuerit, quæ induxit ut contra iuris rigorem pignori possit nomen debitoris. Alia verò quærenda non est, quàm quæ traditur in d.l. si conuenerit, quod conventionem hanc Prætor hactenus tueatur, ut & creditoris creditorem in exigenda pecunia præferat vero creditori, & debitorem posteaquam creditoris creditori soluerit non patitur à creditore suo conueniri. Sed quoniam hoc ipsum obscurum est, cur ita Prætor faciat si quis pergat quærere, dicam ad officium & iurisdictionem Prætoris pertinuisse ut nimiam iuris ciuiliis asperitatem temperaret quoties id exigeret æquitas quæ semper ex contrahentium & publica utilitate æstimanda est. At nemo negauerit quin publicè utile sit, & naturali rationi consentaneum ut quemadmodum licet cuique de rebus suis pro arbitrio dispo nere l. qua ratione 10. §. hæc quoque res D. de acquir. rer. domin. l. 2. D. si à parent. quis manum. ita & liceat debitoris sui nomen pignori dare. Quid enim si quis pecuniam mutuam sine pignoribus inuenire non possit, nec aliud quicquam præter nomina debitorum in bonis habeat? An non iniquum sit & inhumanum laborare eum egestate si fortè aut exigendi debiti dies nondum venerit, aut non ita commodè pecuniam explicare debitores possint? Ideoque nimirum dici solet fructum rei esse vel pignori dare licere l. vl. D. de vsur.

Cur

Cur igitur hoc rei suæ fructu & commodo priuetur dominus? Tuetur autem Prætor pignori nominis conventionem ut Paulus ait in d.l. si conuenerit. Data scilicet exceptione doli ob conventionem pignoris ut voluntas ipsa contrahentium iuris rigori præferatur. Quomodo etiam contingit si qua seruitus ex tempore aut ad tempus constituta sit l. 4. D. de seruit. l. j. §. vlt. de superfic. aut si quis ad tempus debitorem se constituerit l. obligationum ferè 44. §. placet de oblig. & action. l. eum qui 56. §. qui ita stipulatur de verb. obligat. & generaliter quoties quis abuti vult occasione iuris ciuiliis contra naturalem æquitatem l. j. D. de dol. except. Naturalis autem æquitas facit ut pacta omnia seruari debeant quæ nec contra leges sint, nec contra bonos mores, licet legum & iuris ciuiliis auxilio sint destituta l. j. l. iuris gentium 7. §. ait Prætor de pact. Ius verò ciuile non prohibet pignus nominis, sed tantum non permittit nec admittit. Itaque Prætor se in eo potest interponere, cui scilicet sufficit legem non prohibere licet nec permittat l. nec non 28. §. quoad eius D. ex quib. caus. maior. Propter quam causam & pacti exceptione aut replicatione tutus esse potest creditor creditoris aduersus creditorem ipsum qui debitoris nomen dedit pignori, si contra conventionem velit ipse nomen exigere. Pactum siquidem inter eos initum est. Sed in persona debitoris si à suo creditore qui pignus dedit conueniatur postquam aut creditori creditoris soluerit aut ab eo certior factus sit de nominis obligatione, prorsus necessaria est exceptio doli quam dicimus subsidiariam exceptionis pacti, & quæ competit quoties pactum quod inter alios initum est aliis per quandam consequentiam prodesse debet l. rescriptum 10. §. vlt. cum sequentibus. D. de pact. Illud ergo facit utilem pignoris nominis conventionem, quod doli exceptione summoueri possit creditor si aduersus debitorem suum post solutionem creditori pignoratitio factam aut post pignoris denunciationem experiatur. Sic & in l. si pecunia 77. de legat. j. Vlpianus scribit si quis fideicommissum à debitore suo reliquerit id utile fieri ex rescripto Diui Pij, ratione illa, quod si postea conueniatur debitor ab herede creditoris doli exceptione uti possit. In eo autem pignoris huius utilitas versabitur quod habiturus sit creditor creditoris utilem actionem personalem contra debitorem, itemque utilem hypothecariam in eas res quas pro ignorato nomine obligatas esse apparebit d.l. si conuenerit l. nomen 4. C. quæ res pignor. oblig. poss. Sed & nomen ipsum pignori datum vendi poterit per pignoratitium creditorem, (alioqui esset inutile pignus quod vendi non posset, ut proximo capite diximus) Secuta autem venditione utiles illæ actiones tam personalis quàm hypothecaria non tantum creditori competent sed etiam emptori d.l. postquam 7. C. de hered. vel act. vendit. Et ad hunc quoque casum pertinet lex periculum 30. D. de pignor. quæ ait periculum pignorum nominis venditi ad emptorem spectare, si tamen probetur eas res obligatas fuisse. Est enim id generale, siue pignorum siue liberum fuerit nomen quod venditum est. Pignora namque nominis semper sequuntur nomen ipsum si non aliud in vendendo actum sit: ideoque & periculum eorum ad emptorem pertinere æquum est. Periculum, inquam, non casus fortuiti (pertinet enim hoc ad dominum l. quæ fortuitis 6. C. de pignor. act. emptor autem nominis non ideo fit dominus pignorum pro nomine obligatorum) sed cuius actionis, si fortè aliena res pignori data probetur. Sufficit enim ad exonerandum creditorem qui nomen vendidit, ut res obligatas fuisse probet, licet ab eo sint obligatæ qui pignori dandi

P j

ius non habuerit, nec hac parte quicquam refert an debitoris nomen quis vendiderit an delegauerit l. cum ea cōdicione 68. §. j. De euct. Plane si debitor cuius nomen pignori datum fuit soluat creditori suo antequam à superiore creditore certior factus sit de pignore nominis, liberabitur, nec vlla exceptione indigebit aduersus creditore hūc pignoratitiū, si quādo cūque postea vtilibus actronibus experiri velit aduersus eum qui & ipso iure liberatus sit, & ita liberatus vt illi imputari nihil possit. Quod si ei imputari aliquid posset, puta si soluisset iā certior factus ab ipso creditore creditoris de pignore nominis, perinde quidē stricto iure liberaretur, sed si quādo cūque agenti creditori pignoratitio obiceret liberationem, repelli posset replicatione doli, quippe qui liberatione sciens captasset cū alterius iniuria, quādoquidē nihil eius intererat suone & proprio creditori solueret an creditore sui creditori, ex cuius persona indemnitate sibi acquirere potuisset beneficio exceptionis doli. Id enim est, meo iudicio, qđ significat verba illa *nō dū certior à te factus* d. l. nomē 4. C. quæ res pignor. oblig. poss. Nominis venditi alia ratio est. Valer enim venditio ipso iure nec requirit auxiliū Prætoris l. nominis venditio 3. l. ex nominis 8. C. de hered. vel act. vendit. l. si nomē 4. cum duab. seqq. D. eod. l. si plus vel minus 74. §. vlt. de euct. quia licet directæ actiones remaneant penes vendentem vel inuitum, ideo quæ nec aliter emptori competant quā si mandatæ sint l. j. C. de oblig. & action. l. vlt. C. quand. fisc. vel priuat. debitorē sui debit. conuen. poss. l. quis ergo 16. de pecul. l. 3. D. pro socio l. 1. & 3. C. de nouat. Vtiles tamen transferuntur in emptorem eique proprio iure competūt, quoniam id agitur vt omne actionis cōmodū in illū transeat, etiā ignorante & inuito debitore. In quo differt veditio nominis à delegatione d. l. j. C. de nouat. Aded vt quicquid nominis venditor vel compensatione vel exactione vel qua alia ratione fuerit cōsecutus, totū id & integrum emptori restituere compellatur l. venditor 23. §. j. D. de hered. vel act. vendit. Quod si debitor huic nominis emptori solvere maluerit liberatur ipso iure quia ei soluit qui vtilis à creditore habebat actiones ad exigendū proprio iure, quique vediti nominis dominus factus fuerat ex causa emptiois. Sed & in potestate est eius, qui nomen emit facere ne quid venditor vi directarū actionū exigere possit à debitore. Nēpe si quid faciat eorū quæ traduntur in d. l. 3. C. de nouat. de qua scribemus alto loco. Quæ omnia in nominis pignore, vt diximus, dissimilia sunt, vt proinde mīrum non sit cessare hoc casu supradictam iuris regulam, quæ habet oppignorari posse omnia quæcunque vendi possunt.

Quæ sint differentia inter pignus nominis conuentionale & iudiciale.

CAP. XVII.

DIFFERENTIAE cōplures sunt inter pignus nominis cōuentionale, & iudiciale, hoc est quod in iudicati executione capitur, & quod iudicis exequentis auctoritate constituitur. Prima illa est, quod debitoris nomen conuentione pignorari potest, etiam si alia bona habeat is qui de pignore conuenit. Ideoque & in generali cæterorum bonorum obligatione venit l. nomen 4. C. quæ res pign. oblig. poss. At in causam iudicati non aliter capi potest, quā si alia bona nulla sint, quæ sine controuersia capi & possideri queant l. 2. C. quand. fisc. vel.

vel priuat. debitoris sui debit. cōuen. pos. Nēpe quia cū pignus nominis ipso iure nullū sit, nec nisi iurisdictione Prætoris subsistat, vt docuimus in superioribus, frustra Prætor aut iudex ab eo datus in executione iudicati se interponat ad cōstituendū pignus in debitoris nomine, quādiu alia bona sunt quorū natura & cōdicio patiat ut pignori capi possint. Nā & cū necessitate cogit vt nomē debitoris capiatur, aliis scilicet bonis nullis existētib, attamē nō tā pignoris iure capi dicitur quā pignoris loco, vt ait d. l. 2. hoc est in subsidiū nullo pignore se offerente. Sanē quæ vtilitatis, & æquitatis ratio induxit vt pignorari ex cōuentione nomen possit, ne alioqui eo rei suæ fructu careat qui nihil nisi nomina in bonis habeat, aut qui aliud nihil æquē cōmodē oppignorare possit, ita induci necesse fuit vt in iudicati quoque causam capi nomen possit nō tam pignori quā pignoris loco, si nullæ res sint in quibus possit iudicati executor pignus constituerē. Secūda differentia quæ hinc nascitur illa est, quod cū, vt diximus, debitor cuius nomen pignoris loco capitur in executione iudicati, habeat exceptionem ordinis, & non factæ excussionis, quādiu alia condemnati bona sunt quæ sine controuersia capi, & distrahi valeant: is tamen cuius nomen expressa creditoris conuentione pignori datum est si hypothecaria conueniatur, huiusmodi exceptione iuuandus non est, vt rectissimē Bartolus concludit ad d. l. nomen. Neque enim eadem illius quæ tertij possessoris ratio est, cū neq. possessor sit, neq. eius interfit an creditori suo soluat an creditoris creditori. Vtroq. siquidem casu perinde consequitur liberatione, nisi quod soluens creditori suo liberatur ipso iure, soluens autē creditori creditoris liberatur beneficio exceptionis doli. Vt verendū non sit ne fiant de lite lites si primo loco conueniatur: quæ tamen sola ratio induxit exceptione nō factæ excussionis, quod alioqui possessorē conuentū hypothecaria & cōdemnatū necesse esset ad consequendā indemnitate agere rursus cōtra debitorē, ab eoque repetere litis estimatione, quā ipsius creditori soluisset. Interest enim nō solū possessoris ne soluat potius quā vt solutū repetat l. 3. D. de cōpēlat. l. si stipulatus 15. D. de fideiuss. sed etiā Reipublicæ ne lites multiplicentur l. quidā 21. D. de reb. cred. l. singularis 6. D. de except. rei iudic. Vnde fit vt neq. nudo detētori tametsi naturaliter possideat hæc exceptio dāda sit, cū si res illi euincatur nullū tamē eo nomine regressū aduersus dominū sperare possit. In quo hallucinatus videtur Bald. ad d. l. 2. in fi. C. quā d. fisc. vel priuat. Obseruādū autē est quod diximus, eum cuius nomen pignori obligatum est non habere exceptionem ordinis, ita verum esse si expressa conuentione obligatum sit. Nā si tacitè duntaxat, & ex sola legis potestate pignus constitutum proponatur, perinde iuuandus est debitor exceptione non factæ excussionis si alia sint bona, atque si magistratus auctoritate in executione iudicati nomē pignoris loco captū esset l. non prius 4. C. eo. ti. quand. fisc. vel priuat. Siue quod iam olim id obrinuerit quotiescunq. ex tacita hypotheca ageretur l. Moschis 47. de iur. fisc. Siue potius quod minū plena sit hac parte, vt aliās sæpe, prouisio legis quā hōminis, quia nil necesse sit cōstitui à lege ius pignoris sicut nec à Magistratu in ea re quæ sui natura vinculum obligationis suspicere non possit, quādiu in aliis rebus & commodiūs, & vt ita dicam, naturaliūs constitui potest. Tertia differentia est quod nomen debitoris si pignori datum sit ex conuentione, vtiliter obligatum intelligitur tametsi debitor neget se debere, si modò creditor cui obligatum est probet deberi. Habet namque vtiliter

personalem contra debitorem debitoris, cuius actionis potestate fit ut disputare possit an debeatur. Vtrum enim quid debeatur necne non nisi per actionem personalem disceptari potest. At in iudicati executione non aliter nomen debitoris capi pignoris loco permittitur quam si non inficietur debitum is qui condemnati debitor esse dicitur. Alioqui non victoris est sed condemnati cum debitore contendere an quod petitur debeatur l. à Diuo Pio 15. §. sed vtrum D. de re iudicat. Nam cum executioni mandari non possit sententia præterquam in bonis condemnati, prius est ut constare debeat esse quid ipsius bonis quam ut pignoris loco capiatur. dict. l. à Diuo Pio, §. si rerum. Idemque iuris est si ex tacita hypotheca agatur in nomen debitoris, lege si debitum 3. Cod. quand. fisc. vel priuat. Credo quod legis hypothecam constituentis mens illa sit, ut debitoris debitorem non aliter obliget creditoris creditori, quam si verum debitorem esse appareat, ne si secus faceret litis materiam potius quam pignoris creditori acquirere videretur. Atqui, inquis, Vlp. in dict. §. si si rerum, aperte scribit iudices qui sententiam exequentur, cognoscere debere de proprietate rei cuius mouetur controuersia inter victorem & possessorem: ut si cognoscant eius fuisse qui condemnatus est, rem iudicatam exequantur, dummodo meminerint summam esse cognoscendum, nec ipsi condemnato aut aliis, sed tantum capioni pignoris aut nocituram aut profuturam sententiam. Cur non ergo si controuersia sit de debito cognosci æque poterit inter victorem & debitorem, & quidem summarie an quod petitur debeatur? Respondeo diuersam esse hac parte nominum & ceterarum rerum siue corporalium siue incorporalium rationem d. §. sed vtrum. Quoniam, ut dixi, de debito disputari non potest an sit, nisi per eum cui deberi dicitur, cum eo nomine personalem actionem exerceri necesse sit: quæ porro alij non potest competere, ut vel ipsa personalis actionis diffinitio demonstrat, quam ipsi creditori aut ei qui vtilis ab eo actiones habeat, qualis est is cui creditor ipse nomen vendiderit aut obligauerit, non etiam is cum quo nulla de nomine debitoris conuentio inita sit. Factum enim aliquod creditoris interuenire necesse est ut ex eius persona aduersus debitorem agere, aut etiã proprio iure creditoris creditor possit. At de dominio ceterarum rerum siue corporalium siue incorporalium disceptari etiam inter alios potest domino ipso ignorante, cum & alienæ res plerumque à non dominis possideantur, & de factis, ut aiunt, vindicentur l. vlt. C. de rei vindicat. l. vlt. D. de acquir. pos. An igitur si debiti controuersia fiat, obseruandū illud erit, quod sequitur apud Vlp. in d. §. si rerum? *Sed illud debet dici, ubi controuersia est de pignore id dimitti debere, & capi aliud si quod est sine controuersia.* Minimè verò. Nam cum in nomine speciale sit, quemadmodū diximus, ut ita demum capi possit pignori si nihil aliud sit quod capi possit, ut idem Vlpianus scribit in eadē lege, §. sic quoq. iudices (quomodo & illud accipi debet quod scriptū est in l. etiam nomen §. C. de execut. rei iudic.) consequens est in nomine pignori capto diffinitioni huic locum esse non posse. Nisi proponas diuersa fortasse eiusdem debitoris aut plurium nomina, & ex his alia controuersa esse, alia non esse. Quid ergo si vnicū debitū sit, & id quidem controuersum, quoniam remedio victori succurratur? Nihil nimirū, si rectè sentio, ut in executione iudicati condemnatus habeatur debitum persequi & probare, ut ita probationis & condemnationis quæ sequetur emolumentū primo victori proficiat, hoc est creditoris

debitoris creditori, accepturo pecuniam quasi in solutum & iurè cuiusdā compensationis si pecunia debebatur, aut corpus debitū velut pignoris loco si corporis non pecuniæ nomen fuit l. si conuenerit 18. D. de pign. act. l. grege 13. §. cum prædium D. de pign. Estque notandus hic casus inter eos quibus agere quis inuitus compellitur ut alteri præbeat actionē, contra receptā iuris regulā, ut nemo ini. ager. vel accus. cogat. tit. C. Quomodo & illud quoque admittimus, quod magis mirum est, cogendum interdum tutorem ut administret tutelam, & gerat ob hoc solum ut aduersus eum, eiusque fidei iussores agi possit ex stipulatione, Rē pupilli saluam fore, quoniam alioqui nec tutor qui non gessit nec ipsius fideiussor conueniri ex ea posset l. 4. §. sed enim D. rem pupill. salu. fore. Iunct. l. l. C. de magistr. conuen. Eoq; pertinet lex l. C. de condict. ex leg. In cuius specie fauor & priuilegium fisci ob debitum ex causa primipili contractum non in eo elucet quod debitor fisci contra debitorem suum agere cogitur, sed quod etiam antè diem agere potest. Sic & quauis regulare sit ut non cogatur creditor pignus distrahere nec pati ut ab alio distrahatur: attamen si res pignorata in executione iudicati capiatur aliud est §. quod si res d. l. à Diuo Pio. Quod si confessum nomen pignoris loco captum sit, in arbitrio est eius, qui iudicatum exequitur, ut vel exigat quod debetur, & in causam iudicati conuertat, eo quem diximus modo, vel vendat nomen ut pignora corporalia solent, prout facilius illi videbitur ad rem exequendam §. item quid dicemus ead. leg. Tametsi, ut dicam quod sentio, totus ille versiculus quæ retuli, *sed illud debet dici, &c.* mihi valde suspectus sit. Et, nisi me fallo, Triboniani additio est temperatis aut potius corrigentis quod Vlp. dixerat, mota de proprietate rei controuersia summarim de eo cognoscere iudicem debere atque ita exequi iudicatū. Neque enim potuit Vlp. corrigere, aut immutare quod ille ipse non à se commentū & excogitatū, sed ab Imperatore suo constitutū esse fateatur. Nisi forte imperatoris rescriptū coarctare velis ad eum casum quo aliud nihil sit quod pignori capi possit præter eam rem, de cuius proprietate quæstio fiat. Sed non fuerit id probabile. Nam in d. §. sed vtrum idem Vlpianus generaliter repetit, In corporum pignoris iudices cognoscere de proprietate, sed contra in nominum pignore rescriptum esse. Discedi enim debere à nomine quod negatur. Itaque si quis hanc Triboniani notam iis cōiunxerit quas retulimus supra ad finem cap. 13. is meo iudicio non multum aberrauerit. Et hæc quidē ad eas differentias pertinet quæ sunt inter pignus nominis conuentionale & iudiciale, itēq; inter pignus nominis & ceterarum rerum.

Triboniani nota ad Pomponium in l. quamuis 6. de pignor. action.

CAPVT XVIII.



ED & illud obseruatione dignum est quod attigimus supra ad finem cap. 14. fuisse olim hanc etiam differentiam inter pignus conuentionale & iudiciale, quod pignoris conuentionalis distractionem nos facere nec pati creditor cogebatur: tametsi conuenisset ut liceret ei pignus distrahere, quia eius intuitu & fauore potius id cautum videretur. Præterquam ex causa, ut puta, si multo minus esset quod deberetur & posset hodie pluris venire pignus quam postea, ut ex Atilicini sententia Pomponius scribit in l. quamuis 6. D. de pignor. act. Neque ei posteriori creditori ius ullū competebat aduersus priorem, nisi ut

ei debitum offerret si utriusque debito exsoluendo pignoris æstimatione satisficere arbitraretur l. i. l. prior 5. & pass. C. qui potior. in pign. hab. At in iudicati executione contra seruabatur, ut cogere creditor anterior non quidem vendere, sed pati venditionem sui pignoris si emptorem capta res inueniret qui dimisso priore creditore superfluum soluere vellet, at ita ut non fieret deterior condicio prioris creditoris, suum scilicet consecuturi, nec prius ius pignoris dimissuri, quam ipsi fuisset satisfidatum. Sic enim Ulpianus in d. l. à Diuo Pio §. quod si res, ubi apertissimis & elegantissimis verbis differentiam hanc exprimit, cuius ratio non obscura pendet fortasse ex rerum iudicatarum autoritate, quas executioni mandari & effectum habere publice interest, etiam tum cum per errorem aut ambitiosè vel per sordes quid decretum est l. seruo inuito 65. §. cum Prætor D. ad S. C. Trebell. Tribonianus verò, ne hinc quidem sibi temperans quin Iuriscōsulto violentas manus inferat, idem in conuentionali quoque pignore inducendum existimauit, & quasi absurdum esset, aut, ut ille absurdè loquitur, inhumanum cogi creditorem pignus vendere eo etiam casu quæ Atilicinus expresserat, constituit quod longè absurdus est ut omni casu liceat ipsi debitori, qui pignus dedit illud vendere & accepta pecunia id soluere quod debetur. *Ita tamen, inquit, ut creditor necessitatem habeat ostendere rem pignoratam si mobilis sit, prius idonea cautela à debitore pro indemnitate ei præstanda.* Hæc enim Triboniani verba sunt sub Pomponij nomine in d. l. quamuis ab illis melius autem est dici vsque ad §. si creditor. Quæ si quis conferre velit cum Ulpiani sententia in d. §. quod si res, ad cuius similitudinem & exemplum expressa sunt, facillè intelliget Triboniano potius quam Pomponio adscribenda esse. Aded sunt insulsa, & inconcinna, ne addam, supradictæ iuris rationi euidentissimè contraria. Facilius enim admitti illud poterat ut iudex ad exequendam sententiam à Prætorè datus pignus alteri creditori obligatum distraheret, quam ut debitor ipse propria autoritate, & inuito creditore id faceret. Et multò inhumanus est cogi creditorem pati ut debitor pignus distrahat quam si ipse vendere cogere, quod tamen Atilicinus vno tantum illo casu admisserat quo & conuenisset ut liceret creditori pignus distrahere. Et longè minus esset quod deberetur, possètque pignus hodie pluris venire quam postea: cum Tribonianus ex contrario id sensisse videatur ut omni casu liceat debitori pignus vendere. Respicens fortassis ad Iustiniani Nouell. 112. de litigios. cap. 1. §. ab hoc, ubi constituit ille, ut siue res mobiles siue immobiles aut se mouentes hypothecæ datæ sint specialiter, possit quidem debitor eas vendere, sed ita ut ex earum precio creditori satisfaciatur, alioqui earum vindicatio creditori detur. Quæ tamen constitutio quam sententiam habeat, aut rationem, & an ius nouum hac parte faciat, quoniam alius tractatus est, aliò loco differendum relinquemus.

Emendatio l. Filiusfamilias 16. D. qui testam. facer. poss.

CAPVT XIX.

IAm superiore libro scripsimus cap. 3. & 4. rei legatæ dominium transire recta via à testatore in legatarium l. à Titio 64. de furt. dūmodo sit adita hereditas l. si tibi homo 86. §. cū seruus de legat. 1. quoniam

quoniam legatum ita dominium rei legatæ facit legatarij, ut hereditas heredis res singulas l. legatum 80. de legat. 2. constat autem heredi acquiri dominium rerum hereditariarum: non ex quo adita est hereditas, sed ab ipso die mortis testatoris, quoniam heres quocumque adeat iam inde à die mortis adisse retro fingitur propter necessariam dominij continuationem quod medio tempore pro derelicto haberi nec potest, nec debet, l. heres quocumque 54. de acquir. hered. l. omnia 32. de regul. iur. Hoc plus est in legato quod cum hereditas nec ignoranti nec inuito heredi acquiratur, ne ignorans aut inuitus hereditariis oneribus implicetur l. nec emere 16. C. de iur. delib. l. quia poterat 4. D. ad S. C. Trebell. propterea quod qui semel heres factus est, quamuis ignorans & inuitus, quod contingit in suis duntaxat, aut ne necessariis heredibus, numquam ex postfacto desinere potest esse heres l. ait Prætor 7. §. sed quod Papinianus de minor. l. cum quasi 30. §. sed etsi suus de fideic. libert. Legatum tamen etiam ignoranti acquiritur, quia non obligat legatarium, nec damno eum adficere potest l. si hereditatem 32. D. mandat. licet non inuito, quoniam liberalitas in inuitum non confertur, ex vulgata iuris regula. Acquiritur, inquam, ignoranti, non solum quod ad personalem actionem pertinet, quæ pro legato aduersus heredem competit, sed etiam quod ad ipsum dominium, & emolumentum, ut apertè scriptum est in l. si partem 19. §. 1. quemadm. seruit. amitt. l. cum pater 77. §. surdo de legat. 2. aliisq; innumeris iuris locis. Nam quod contra scriptum videtur in l. ei qui ita 13. de condic. instit. ad eam legati acquisitionem spectat quæ est irreuocabilis, id est quæ fit per agnitionem. Prior enim illa quæ fit sola legis potestate non facit quominus liceat legatario, si volet, legatum repudiare, ne alioqui id age-re lex videatur ut inuito beneficium detur. Vnde illud etiam fit, ut qui legatum repudiat nõ tam alienare intelligatur quam lucri occasionem amittere, l. si sponsus 5. §. penult. de donat. int. vir. & vxor. l. quod autem 6. in princip. & §. 1. D. quæ in fraud. credit. neque tamen possit pupillus sine tutoris auctoritate legatum repudiare, quasi ea repudiatio sit rei iam quæ sitæ alienatio, ut Ulpianus loquitur in l. magis puto 5. §. fundum autem de reb. eor. qui sub. tutel. Nimirum, quia non est agnitio legati necessaria ad acquirendum legatario dominium, necessaria autem est repudiatio ut dominium re vera ignoranti quæ situm ab eo abscedat, & ad heredem recurrat. Et sanè absurdum aut mirum videri non potest, quod per legis potestatem dominium ignoranti acquiratur, cum inter eos modos quibus acquiri dominium iure Quiritiū potest, vnus ille sit, ac ferè præcipuus, qui fit per legem, ut ex Ulpiani Titulis probauimus, dict. cap. 4. lib. super. Nemo autem nescit lege duodecim tabularum non solum inducta & confirmata legata, sed etiam sub legati nomine permissam generaliter testandi facultatem l. verbis legis 120. de verb. signifi. Ex eo verò quod legata etiam ignorantibus acquiruntur, euenit ut non solum filiofamilias, aut muto, aut furdo qui testamentum facere non possunt, acquirantur, sed etiam infanti & furioso, ut ex Põponio & Marcello proditum est in l. filiusfamilias 16. D. qui testam. facere poss. Generaliter enim verum est, ex quibus causis ignoranti quæritur, etiam furioso & infanti acquiri l. si à furioso 12. de reb. credit. l. si à furioso 24. de obligat. & action. l. r. §. ite acquirimus De acquir. possess. l. cum furiosus 39. de iudic. Quod cum ita sit non possum non mirari quod vir doctissimus Iacobus Cuiacius ad d. l. filiusfamilias scripsit neque furioso, neque aliis legataris acquiri dominium rei

legatæ ignorantibus, sed tantum actionem personalem ad legatum consequendum, quasi non aliam ob causam tot locis contra scriptum sit acquiri legatum ignorantibus, quam quod rem ipsam habere videatur qui vtilem actionem habet ad rem persequendam. Nam imò verò de re ipsa legata, non de actione ad legatum iuris autores passim intelligunt, cum scribunt acquiri legatum ignorantibus, ut in d. l. si partem §. i. quemadmodum. seruit. amit. ubi ait Pomponius, viam quæ legata erat non utendo amitti, si per constitutum tempus non sit ea usus legatarius cum ignoraret sibi legatam: *quia scilicet*, inquit ille, *legatarij via esse coeperat*. Aded ut si medio tempore ac priusquam resciret legatarius sibi legatam seruitutem, fundum vendiderit cui ea seruitus debeatur, transeat via in emptorem si reliquo tempore ea usus fuerit, & quod magis est ac propemodum, singulare ita ut nec iam legatum repudiare legatario liceat, postquam fundus ad eum pertinere desiit, quorum omnium nihil verè diceretur si actio tantum ad seruitutem constituendam, non etiam ipsa via seruitus ignorantibus legatario acquisita intelligeretur. Sic & in d. §. surdo, non legati actionem ignorantibus queri vult Papinianus, sed emolumentum, quod ipsum, ut quibus facile videt, non in agendi facultate consistit, sed in ea ipsa re quæ legata est. Neque verò sic intelligi Papinianus potest ut in fideicommissis quod à surdo legatario relictum est sola persequendi legati actio contineatur, cum id ipsum legatarius restituere iussus proponeretur quod accepisset, rem verò quæ legata erat accepisset non tantum actionem. Atqui aperte Papinianus scribit, id ipsum fideicommissis contineri, quod ignorantibus surdo vel muto quæsitum fuerat. Sentit igitur rem ipsam quæ legata est ignorantibus legatario quæsitam intelligi. Denique id apertius ab Ulpiano expressum est in d. l. magis puto §. fundum autem, illis verbis, *cum res sit pupilli*: neque enim Seueri oratio, De non alienandis rebus minorum, ad iura & actiones pertinet, sed tantum ad res immobiles, prædiæque, siue suburbana, siue rustica l. l. eod. tit. Quid ergo est quod in tam aperto iure virum doctissimum fallere potuit? Nimirum id vnum quod in d. l. filiusfamilias ita scriptum est, *nam etiam compatibus mentis personales actiones etiam ignorantibus acquiruntur*. Etenim, ut ille non improbabiler argumèntari videtur, cur de personalibus actionibus loquatur Marcellus, si de rebus ipsis legatis idem existimauit, ut etiam ignorantibus legatariis acquirantur? Scio placere Accursio idem quod admittendum esse in realibus, neque dubito ita esse, quod pertinet ad legata. Sed hoc ipsum est quod me malè habet, cur ergo de personalibus actionibus Marcellus tractet, præsertim cum præcedentia illa, *quia potest sibi adquirere legatum*, rem ipsam legatam demonstrant potius quam actionem personalem legati nomine competentem. Deinde verò falsa est generalis illa propositio si tam indistinctè accipiatur, *compatibus mentis personales actiones etiam ignorantibus acquiri*. Nam imò verò non nisi certis casibus, illque per paucis fieri potest ut ignorantibus personalis actio acquiratur. Itaque puto subesse mendam, & pro *personales* legendum *personis tales*, nato fortassis errore ex eo quod prior dictio breuiter sic scripta esset, *person.* quod non animaduersum ab imperito librario ex duabus illis dictionibus vnam conflante, *personales*, quæ nullius sensus est, fecit postea ut sublata litera *t* superfluerit dictio *personales*. Admissa verò hac emendatione, sententia est elegans & aperta, furioso acquiri legatum vel fideicommissum, propterea quod etiam compatibus mentis personis tales actiones, id est quæ legatorum vel fideicom-

missorum nomine competunt etiam ignorantibus acquiruntur. Porro actionum generali appellatione, eas intelligimus tam quæ in rem sunt, quam quæ in personam. Omnes enim acquiruntur legatario etiam ignorantibus. Nam cui dominium rei legatæ etiam ignorantibus queritur, multò facilius personalem actionem ad consequendum legatum acquiri fatendum est. Illa tamen adhuc dubitatio superest, cur de actionibus loquatur Marcellus potius quam de dominio rei legatæ. Sed dicendum est ita Marcellum loqui debuisse, quoniam in præcedentibus non tantum de legato egerat sed etiam de fideicommissis, iis verbis, *quia potest sibi adquirere legatum vel fideicommissum*. Fideicommissi autem hac parte alia ratio est, quam sit legati. Siquidem eius rei quæ per fideicommissum relicta est dominium non acquiritur fideicommissario ignorantibus, adeoque nec secuta traditione, ut pluribus explicauimus dict. ca. 4. sed tantum actio personalis ad persequendum fideicommissum, quæ ignorantibus ita acquiritur, ut etiam ab ignorantibus in heredem transmittatur l. vlt. C. quand. dies legat. ced. Qua etiam ratione possit quis fortasse, nec malè, vulgata lectionem defendere: Quasi necesse fuerit Marcellum de personalibus actionibus loqui, propterea quod non nisi ratione personalium actionum potuerit adferre rationem, quæ fideicommissis perinde ac legatis conueniret, cum de fideicommissis quoque loqueretur. Verum quamquam id non improbabiler dici potest, probabilius tamen existimo ut textus eo quo diximus modo emendetur. Ita enim fiet ut ratio sit generalior, nec tantum personales actiones comprehendat in quibus legata & fideicommissa conueniant, sed etiam actiones in rem quæ speciali iure legatario tanquam domino accommodantur, siue per vindicationem legatum sit, siue per præceptionem. Omnes enim huiusmodi actiones significantur, iis verbis, *tales actiones*, id est, *pro tali re* seu pro legato vel fideicommissis competentes. Neque tamen ex eo inferri potest easdem actiones pro legato & fideicommissis competere. Nam pro legato, ut dixi, competunt in rem & in personam, pro fideicommissis autem in personam duntaxat. Cæterum illud utriusque commune est quod siue in rem sint legatorum tantum nomine, siue in personam ex causa legati vel fideicommissi, & acquiruntur ignorantibus & ab ignorantibus in heredem transmittuntur. In quo dissimulare non possum errorem Accursij, qui cum ait idem in actionibus realibus admittendum esse quod lex ait de personalibus, non satis videtur obseruare differentiam illam quæ Pomponij & Marcelli ætate vigeat inter legata & fideicommissa, quod ad rei dominium & actiones in rem quæ pro dominio dantur, pertinet. Sanè post Iustiniani constitutiones in l. j. & 2. C. commun. de legat. quibus mouetur Accursius, fateor exæquata legatis fideicommissa singularia ut in cæteris omnibus ita in hoc etiam quod fideicommissorum perinde ac legatorum nomine non tantum hypothecaria competit, sed etiam vindicatio, quod non aliter induci potuit, quam admissis & inducto eo in necessarium antecedens, ut fideicommissi dominium fideicommissario acquireretur ipso iure, & citra traditionem. Sed non conuenit Pomponio aut Marcello ea interpretatio tanquam aliena à ratione iuris veteris quod eorum temporibus obtinebat.

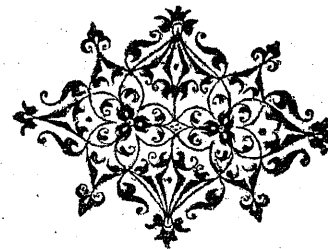
PRÆTERITO filio qui iam testamenti tempore natus erat, & in potestate, constat iniustum & ab initio inutile esse testamentum l. inter cætera 30. de liber. & posthum. l. j. de iniust. rupt. irrit. fact. testam. Præterito autem posthumo qui postea natus sit siue viuo siue mortuo patre non inutile esse, sed rumpi agnatione sui heredis d. l. 1. & 3. in princip. l. si quis filio 6. l. verum est 8. l. posthumus 12. & pass. eod. ti. Loquimur enim de posthumo suo, hoc est qui quo tempore nascitur primû in familia & causa successionis gradum obtineat, quem suorum heredum numero contineri Vlpianus in Fragmentis scribit ti. 22. qui hered. instit. poss. g. posthumi quoque liberi 15. Fortius ergo ius est filij iam nati, quam posthumi, quia quoad posthumus natus non est, incertum est an futurum sit ut nascatur, ideoque interea valere testamentum non solum æquum est sed etiam necesse. Vnde illud quoque fit, ut minus fauorabile sit testamentum in quo filius iam natus præteritus est, utpote quod ab initio non valuerit, nec vnquam constitit, ad eod. ut etiam si viuo patre decedat filius præteritus, nihil magis testamentum coualescat l. si filius 7. de liber. & posthum. quod ita accipiendum est ut neque bonorum possessio secundum tabulas cum re ex eo peti possit: Cum tamen præterito posthumo qui postea viuo testatore natus sit, & decesserit, licet iuris scrupulositate testamentum perinde ruptum sit, nihilominus bonorum possessionem secundum tabulas cum re obtinere scriptus heres possit, ex Hadriani constitutione d. l. posthumus 12. de iniust. rupt. de cuius sententia & ratione dicemus infr. cap. 15. lib. prox. Interdum autem ex contrario euenit ut potius sit ius posthumi præteriti quam filij iam nati. Nam posthumus in primo gradu præteritus, licet in sequentibus sit institutus vel exheredatus, totum tamen testamentum rumpit sibi que locum facit. Filius verò iam natus & in primo gradu præteritus in secundo exheredatus primum duntaxat gradum iniustum facit, nec sibi locum aperit, sed secundo gradui & substituto à quo est exheredatus, ut Vlpianus tractat in l. nam etsi 5. versic. rumpendo de iniust. rupt. An quod posthumus sit fauorabilior? Minimè: sed quia cum primus gradus rumpitur à posthumo intercedit factum rumpentis hoc ipso quod nascitur, & nascendo rumpit. Idque & verbum ipsum *rumpendi* demonstrat. Absurdum autem sit dicere posthumum rumpere ut alij locum faciat ac non potius sibi ipsi. Cum verò primû gradum ob præteritionem filij iam nati nullum & iniustum esse dicimus non tam filij ipsius factû significamus quam legis vim & potestatem, quæ gradû illû valere non patitur odio præteritionis. Eatenus igitur duntaxat testamentum infirmat quatenus filius præteritus est, ac proinde non prohibet quominus sequentes gradus valeant in quibus idem filius vel institutus sit vel exheredatus. In cæteris solet eadè esse posthumi & filij superstitis causa ut in specie l. si primo herede 8. de liber. & posthum. in cuius fine ratio illa redditur *quonia cum est natus filius, loco eius est qui superstes est.* Species autè eius legis quæ in filio superstite prior proponitur, nec inelegans est nec obscura. Ait Pomponius, *Si primo herede instituto filium exheredauero, à secundo autè substituto non exheredauero, & dum pendet an prior aditurus sit filius decesserit, secundam sententiam qua utimur non erit secundus heres quasi ab initio inutiliter institutus, cum ab eo filius exheredatus non sit.* Quod autem subiicit, Si in posthumo filio idem acciderit eadem de substituto dicenda esse licet obscurius videatur, com-

modam tamen interpretationem recipit ex Africano in l. posthumus 14. eo. ti. Nèpe, quoties posthumus à primo gradu exheredatus, à secundo præteritus est, quamuis eo tempore nascatur quo ad heredes primo gradu scriptos pertineat hæreditas, hoc est quo iis delata sit, secundum tamen gradum vitari placet, & perinde rumpi agnitione posthumi atque si eo tempore quo posthumus nascitur iam prioris gradus heredes exclusi essent. Nec ad hoc solum ut institutis prætermittentibus ipse posthumus heres existat, sed etiam ut etsi defuncto eo heredes instituti omiserint hereditatem non sint substituti adire, quemadmodum pluribus tractat Africanus in d. l. si posthumus. Perpetuum enim est in testamentis, cum de testamenti iure & validitate queritur ut non illud duntaxat tempus inspicere debeat quo hereditas scripto heredi defertur siue suo siue extraneo, sed illud præcipue quo testamentum factum est, cum eo potissimum tempore valere debeat institutio l. si alienum 49. §. j. De hered. insti. l. penult. de regul. iur. Nec quicquam hac parte inter suos & extraneos heredes interest, nisi quod in extraneos non tantum testamenti & mortis tempora spectantur, sed etiam aditionis l. si alienum 49. §. in extraneis de here. insti. In suis verò priora duo solum, quia cum ipso iure & citra aditionem heredes existant, nulla in iis aditio aut necessaria aut possibilis est l. in suis 14. D. de suis & legit. nec distincta sunt in illis tempora delatae & acquisitæ hereditatis. Itaque rectè Pomponius sententiæ suæ rationem illam reddit, *quasi ab initio inutiliter institutus.* Ut testamenti quoque, non solum delationis tempus inspiciendum esse significet. Illa enim dubitandi ratio erat, quod pendente eo an prior heres aditurus esset, filius decessisset, quam apertius exprimit Africanus in dict. l. si posthumus, cum ait, *quamuis eo tempore nascatur quo ad heredes primo gradu scriptos pertineat hereditas.* Nam si post exclusum morte aut repudiatione primum heredem, & iam secundo gradui hereditate deferenda posthumus à secundo gradu præteritus natus fuisset, dubitandi causa nulla esset quin secundus gradus agnatione ruperetur, proindeque substitutus excluderetur, tamen si postea posthumus quoque decessisset. Atque ita fit ut eadè hac parte condicio sit posthumi quæ filij iam testamenti tempore superstitis. Nam & huius præteritione inutile est testamentum quod ad secundum gradum attinet à quo præteritus est, quauis pendente primi heredis aditione decesserit. Eadem prorsus iuris ratione utroque casu idem ius inducente. Quid ergo est quod Pomponij sententiam adeo obscuram facit, ut de recepta lectione vel tuenda vel emendanda tantis contentionibus viri quidam doctissimi hac nostra ætate in Gallia ad conuicia usque decertaerint? Illud nimirum quod de posthumo tractans Pomponius ponit eum natum viuo patre à quo fuerat exheredatus, deinde mortuum, nec aperit viuone an mortuo iam patre decesserit. Dubitationem fecit Cuiacio, quod si ponas defunctum posthumum viuo patre, non possit verum esse quod ait lex substitutum non admitti. Obstat enim, inquit, constitutio Hadriani in dict. l. posthumus. Rursus si ponas natum quidem patre viuo sed mortuum post patrem, quæ Accursij interpretatio est, ineptus sis, cum nihil hoc casu intersit an viuo, an mortuo patre posthumus natus sit. Quare nec dubitat quin ubi legitur, *viuo patre*, legendum sit, *viuo primo*, ut intelligatur Pomponius de posthumo post patris mortem nato, & eo tempore quo heredi instituto iam delata erat hereditas, quiq. deliberate primo herede decesserit, ut posterior hæc legis species priori omnimodo conueniat, & iis

quæ Africanus scripsit in d.l. si posthumus iunct. l. 3. §. vltim. & l. 4. de iniust. rupt. Ego verò equidem non dubito quin de eo posthumo Pomponius senserit qui post patrem defunctus sit, non ea ratione quòd alioqui obstatura sit Hadriani constitutio quæ sanè nihil commune habet cum iuris ratione de qua Pomponius tractat, vt dicemus ad dictam l. posthumus, sed quia non aliter fieri possit vt posterior species priori similis videatur. Prior enim species est de filio, tempore quidem testamenti superstitite, sed qui mortuo iam patre decesserit, & primo herede deliberante, iis verbis, *& dum pendet an prior adiurus sit, filius decesserit.* Neque tamen viri doctissimi emendationem probo, An quia cum Roberto putem interesse, quòd ad propositam quæstionem attinet, viuone patre an mortuo natus sit posthumus? Minimè, si ad ea tantùm respicias quæ Robertum mouerunt. Non enim eò minùs verum est quòd lex ait posthumum cum natus est loco eius esse qui superstitis est siue viuo siue mortuo patre natum ponas, neq; nato eo post mortem patris ideò magis admittendus est substitutus, quòd testamentum ruptum mutare pater nequiverit, cum perinde rumpatur gradus ille à quo posthumus præteritus est, agnatione post patris obitum superueniente atque si viuo patre superuenisset d. l. si posthumus, aliisq; innumeris. Me igitur illud mouet quòd si nihil interest an viuo an mortuo patre natus sit posthumus qui post patrem decessit, illud etiam consequens est nihil interesse, an legas *viuo patre*, vt habet recepta lectio, an quomodo Cuiacius reponit, *viuo primo.* Sanè quòd idem Cuiacius putat in hac lege, *Primum*, nomen esse instituti, *Secundum*, substituti, non solùm ociosum est, sed etiam improbabile. *Primum* enim Pomponius dixit, eum ipsum quem postea *priorem* vocat, cum ait, *an prior adiurus sit*, primùmque heredem intelligit, qui primo loco institutus est, sicut & secundum qui secundo loco, quem & substitutum vocat, vt gradus designet potius quàm personas, quomodo & Africanus fecit in dict. l. si posthumus. Sed quamquam hæc ita sunt, alia tamen ratione moueor, vt receptam lectionem probare non possim, eamque à Cuiacio prætermittam fuisse miror. Ea est, quòd antè legem Velleiam cuius tota hac lege mentio nulla sit, non valebat institutio aut exhereditatio posthumi, qui viuo testatore post testamentum nasceretur. Hoc enim lege Velleia primùm inductum est, vt posset hic posthumus institui aut exheredari, siue filius esset, siue nepos, aut pronepos l. Gallus 29. §. nunc de lege, & §. ille casus hoc tit. l. 3. §. j. de iniust. rupt. Atqui Pomponius de eo posthumo tractat qui & vtiliter institui aut exheredari potuerit, & à primo gradu ritè exheredatus sit. Ergo non de illo, qui viuo patre natus sit, sicut nec African. in d. l. si posthumus, nec alius quisquam Iurisconsultus vllò inris loco, nisi cum de lege Velleia tractatur. Itaq; cogor fateri totam illam additionem, *vt natus viuo patre à quo exheredatus sit moriatur*, inepti esse interpretis, & parùm acuti, interpretari volentis quòd Pomponius in præcedentibus dixerat, *quod si in posthumo filio idem acciderit.* Quæ tamen interpretatio, & inepta est, & manca. Inepta, in eo quòd ponit viuo patre natum posthumum, cum non solùm nihil referat viuone an mortuo patre natus sit qui post patrem moritur (quæ Cuiacij ratio est non mala, licèt leuior quàm vt si aliud nihil moueret recepta lectio emendari debeat) sed etiam fieri nequeat vt vtiliter exheredatus videatur posthumus qui viuo patre natus sit. Manca autem in eo quòd vt omnia similia sint in posthumo, quæ prior legis species tractauerat in filio, ponendum est, vt iam

iam monuimus, posthumum non tantùm mortuum esse, sed etiam mortuum deliberante primo herede, vt & in d. l. si posthumus, & d. l. §. de iniust. rupt. Non quòd aliud esset si post repudiatam à primo hereditatem posthumus mortuus proponeretur, sed vt sit elegantior legis sententia, & de casu magis dubitabili. Nemo enim dubitare posset quin rumpi deberet secundus gradus si eo tempore posthumus nasceretur aut viueret quo secundis heredibus hereditas deferretur. Fefellit verò interpretem sicut & Robertum quòd in fine legis scriptum est, *quoniã cum est natus filius, loco eius qui superstitis est*, quasi non possit esse loco filij iam nati tempore testamenti, nisi is demùm qui viuo testatore nascitur: quòd sanè ridiculum est. Nam quandoque nascatur posthumus incipit esse loco superstitis, nisi quòd superstitis facit vt testamentum ab initio inutile sit & iniustum. Natus postea rumpit duntaxat, siue viuo siue mortuo patre nascatur. Sicut & nil interest an posthumus nascatur viuo primo herede post mortem patris an viuo patre, nisi quòd qui viuo patre nascitur, alia ratione rumpit testamentum iure ciuili, quia nec institui potuit nec exheredari ante legem Velleiam, vt diximus.

q. n.





ANTONII FABRI SEBV-
SIANI SABAUDI SENATORIS
CONIECTVRARVM IVRIS CIVI-
LIS LIBER NONVS.

*De posthumi heredis institutione ad formulam Galli
Aquilij, & primum caput legis
Vellea.*

C A P. I.

POSTHVMORVM summa & perfecta diuisio illa est, ut quidam sint sui, quidam alieni. Sui sunt, qui si eo tempore nascerentur quo testamentum fit, dummodò iam tum concepti sint, inter suos heredes testatori futuri essent: alieni contra qui testamenti tempore iam concepti si tum nascerentur, inter suos heredes testatori futuri non essent §. posthumò quoque alieno, Instit. de legat. Nā qui testamēti tempore nondum concepti sunt in iis testamenti tempus spectari non potest, cum eo tēpore neque in hominum neq; in rerū natura sint, nec sui dici possunt, nec alieni, quia nec liberi sunt, nec animātes. Iis autē postea conceptis solius conceptionis tēpus inspiciamus, quasi & eo ipso die quod ad illos pertinet factò testamento, nimirū cum de testati successione agitur. Exemplum Iustinianus profert in d. §. posthumo, de nepote concepto ex filio emancipato, quem auo esse posthumum extraneum ait, quamuis nihil vetet recidere filium in patris potestatem, priusquam nepos nascatur. Eodem pertinet quod Vlpianus scribit in Fragment. ti. 22. qui hered. insti. poss. §. posthumi quoque liberi. id est qui in utero sunt. & apertius idem Vlp. in l. 1. §. si pater in potestate, versic. *sed etsi posthumus natus sit ex emancipato ante emancipationem conceptus idem erit dicendum*, D. de coniung. cum emancip. liber. Neque obstat quod in Velleano posthumo nihil aliud requirimus nisi ut suus nascatur l. Gallus 29. §. nunc de lege de lib. & posth. Non enim fecit Velleus ut suus posthumus dici debeat qui suus nascitur, sed ut quamuis sit alienus possit tamen institui si suus nascatur. Cū autem de intestati causa quæritur, sicuti testamenti tempus inspicere non potest, ita neque conceptionis, sed id solū quo intestati successio locum habere incipit, hoc est, quo testator moritur, si testamentum nullum factum sit, aut, si factum quidem sit sed postea destitutum, quo destitutum & desertum sit, id est quo hereditas ex eo adiri posse desierit. Id enim faciunt verba legis 12. tabul. *si intestato moritur*. l. si quis posthumos 9. §. si filium in fin. de liber. & posthum. l. 1. §. sciendum de suis & legit. l. scripto 7. vnd. liber. Quoniam verò posthumos suos cū dicimus suos heredes intelligimus & qui nati inter suos heredes futuri sint, illud quoque sciendum est suos heredes non eos esse qui in potestate duntaxat testatoris futuri sint si tum nascantur, sed qui & in potestate futuri sint, & primum

primum in familia gradum, quòd ad causam successionis pertinet, occupatur. Fieri siquidem potest non in persona filij sed in persona nepotis aut pronepotis, ut in aui vel proaui potestate sit nec tamē inter suos heredes numeretur, quòd eum pater in causa successionis præcedat. At contra, ut primum in familia & causa successionis locum quis obtineat, nec tamen suus sit, fieri nullo casu potest l. si quis filio 6. in princ. de iniust. rupt. l. si filius familias 33. §. 1. de testam. mili. d. l. scripto 7. D. vnd. liber. Etsi autem viuo testatore heres dici non solet, quia nec viuentis vlla est hereditas l. 1. D. de here. vel act. vendit. l. qui superstitis 94. de acquir. hered. l. 1. D. pro hered. Suum tamen heredem etiam viuo patre aut auo dicimus, quòd hæc appellatio iis conueniat qui etiā viuis parentibus quodammodo domini videantur l. in suis 11. de liber. & posth. & consequenter heredes: cū qui heredē dicit, dicat dominū §. ult. Instit. de here. qualiter & differ. l. de hereditate 19. §. pater, versic. non tamen D. de castrens. pecul. l. 3. §. penult. D. de minor. Propter quam causam & legis Vellea verba posteriore capite sic concepta sunt: *si quis ex suis hereditibus suus heres esse desierit scilicet viuo testatore*. Pertinent enim non tantum ad casum illum Aquiliana formula comprehensum, sed ad omnes quoque ceteros, quos in Galli Aquilij formula supplendos esse placuit, hoc est, siue moriatur, siue deportetur, siue ab hostibus capiatur filius viuo testatore d. l. Gallus §. sequenti parte. Quomodo autem suus esse desineret viuo testatore, qui suus numquam fuisset? Inde verò fit, ut in suo quoque posthumo dignoscendo non id tempus spectemus quo testator moritur, cū testamentum factū est, sed quo posthumus, ut iam dixi, conceptus sit, & vel institutus, vel ex herede redatus, vel præteritus. Ex quo apparet si de posthumo nepote Aquiliano quæritur, an suus sit, an alienus, simpliciter responderi non posse. Nō quod ut quidam putant, tertiam speciem constituat posthumi vel extranei, vel nō sui (qui enim heres est eum aut suum aut extraneum, & quod idem est alienum esse necesse est d. l. scripto 7. vnd. liber.) sed quia duplici ratione considerari potest, & tanquam posthumus & tanquam Aquilianus, hoc est qualis in Galli Aquilij formula instituitur. Si tanquam posthumus, proculdubio alienus est, quia si testamenti tempore nasceretur, non esset suus heres auo testatori. Et idē autē Gallum Aquilium nulla eius instituendi ratio esse videbatur quasi alieni, tametsi suus nasci potest, præmortuo interea patre viuo auo. Vnde euenire necesse erat ut eius agnatione testamentum rumpere. Is enim agnascendo rumpit quem nemo præcedit non testamenti, sed mortis tempore d. l. scripto, & d. l. si quis filio 6. de iniust. rupt. l. si quis filium 34. C. de inoff. testam. Si tanquam Aquilianus & eo modo quo eum institui Gallus voluit, haud dubiè suus non alienus dicens est. Neque enim potuisset Gallus inducere posthumi alieni institutionem quam ius civile non agnoscebat, cū nec ius facere posset aduersus ea quæ iam cæterorum prudentum omnium consensu & auctoritate recepta erant, & constituta. Quamquam enim non ignoro prudentes ius facere potuisse, & prudentum responsa iuris civilis partem constituere §. responsa Insti. de iur. natur. gēt. & civil. l. ius autem 7. de iust. & iur. non tamen id ita accipi potest ut unicuique licuerit de iure pro arbitrio respondere in ea re quæ iam communi aliorum placito de creta esset, sed in iis duntaxat quæ nullo adhuc certo iure stabilita, aut interpretatione, aut noua cautione egere viderentur. Alioqui pro tot opinionum varietatibus contraria plerunque iura constituerentur, quod esset absurdum

simum, & ab ipsa condicione iuris, quod certum esse debet, prorsus alienum. Cum igitur non illud Gallus induxerit, ut posthumus hic nepos institui posset, sed tantum qua ratione & arte posset, prescripta in eam rem formula, quod proprium Iurisperiti munus est, fateri oportet posthumum Aquilianum, quatenus Aquilianus est, non esse alienum, sed suum. Subtiliter enim Gallus animaduertit quod ante eum nemo obseruauerat, posthumum hunc quamuis testamenti tempore sit alienus, & tum quoque cum concipitur, siue ante siue post testamentum conceptus sit, posse tamen ita institui, ut ipso etiam institutionis tempore inspecto reuera sit suus: collata nimirum non tantum institutionis condicione sed ipsa etiam institutione in id tempus quo suus erit, quod sit commodissime si testator ita scribat, *Filius meus heres esto*, (filij namque institutionem necesse est ut testamentum valeat, ut dicemus ad §. in omnibus, l. Gallus) *si filius meus uiuo me morietur, tunc si quis mihi ex eo nepos siue qua neptis post mortem meam in decem mensibus proximis, quibus filius meus moreretur, natus natus erit, heredes sunt*. His enim verbis instituitur nepos non eo tempore quo testamentum fit, sed eo demum instanti quo filius moritur propter articulum illum, *tunc*, qui temporis extremitatem denotat. l. si his legatum 4. §. ult. de condic. & demonstr. id est instans illud quo incipit posthumi nepotis institutio, ad excludendum non solum tempus anterius quo institui nepos hic non potuisset, tanquam alienus posthumus, sed etiam, quod pauci obseruarunt, tempus posterius in quo non nisi sero & frustra institueretur posthumus qui iam ante institutionem factus esset suus, qui que prateritum se reperiret: nam qui testamento institutus non est, eo modo ei tempore quo institui debuit, non eodem minus uideri debet prateritus, quod postea coeperit esse institutus. Alioqui suum heredem vel in remotissimo gradu institutum aut exheredatum esse sufficeret, ut priores gradus quibus prateritus esset confirmarentur, quod non ita est. At qui si post mortem filij nepos hic posthumus heres institueretur, dari posset instans quo & suus heres fuisset, & prateritus. Nepe instans illud quod proximè & immediatè secutum esset filij mortem. Cum etiam aliud sit institui, aliud esse institutum, & prius sit ut quis instituatur quam ut institutum se reperiat, fieri sanè nequeat ut nepos qui primo illo & proximo instanti post patris sui mortem incipit esse suus posthumus aut, qui que tunc demum & eo primùm instanti instituitur, uideri possit iam institutus. Est ergo prateritus. Nam qui nec institutum se reperit nec exheredatum, is necesse est reperiat se prateritum. Nec mouet, quod eo saltem tempore quo nascetur institutum se reperiet. Nam uti ne rumpat testamentum non sufficit institutum eum reperiri cum nascitur, sed illud quoque prateritè requiritur ut à quo tempore posthumus suus fuit nullo instanti uideri possit testamento prateritus: adeo ut etiam si nondum conceptus sit testamenti tempore, institui nihilominus debeat aut exheredari, ut ab initio testamentum ita valeat ne rumpi unquam possit l. placet 4. l. inter cetera 30. de lib. & posth. Itaque sic formulam Gallus concepit, *si filius meus uiuo me morietur*, non ita, *si filius meus uiuo me mortuus erit*, quia uerbo illo, *moriatur* instans ipsum mortis demonstratur, quod uitæ adscribitur: cum morietur is demum qui adhuc uiuit, non qui iam mortuus est l. qui duos 18. §. 1. de manum. testam. Cum uero non eo ipso instanti quo filius moritur, nepos in ipsius locum succedat, sed eo solum quod proximè sequitur mortem, quia non succedit uiuo sed mortuo d. l. Gallus §. sequenti parte. Euenit necessa-

rio

rio, ut qui ita institutus est sicuti Gallo Aquilio placuit, reperiat se institutum eo instanti quo succedit. Verum hic illa rursus incurrit hæsitatio, quod si nepotis huius Aquiliani institutionem in id tempus aut potius in id instans cõferri necesse est quo filius moriatur, & instans illud uitæ filij computatur, ut diximus, illud quoque incommodi accidit ut alienus posthumus institutus uideatur, utpote qui uiuo filio nec emancipato, nec deportato nec ac hostibus capto non possit esse suus. Et hoc sanè præcipue est quod perdifficilem faciebat nepotis huius institutionem. Sed absurdum Gallo uisum est huiusmodi institutioni obstare instans illud uitæ filij quo moritur, & quo iam iam certum esse incipiat per rerum naturam, nepotem proximo instanti in sui heredis locum successurum arg. l. Iulianus 20. de iur. dot. l. libertas 17. in princip. d. l. qui duos 18. §. j. de manum. testam. l. ult. D. de fideic. libert. Ne alioqui nulla supersit ratio instituendi opportunè posthumi huius, quem utique necesse est institui priusquam fiat suus. Vnde intelligere licet quam sit necessarius in Galli Aquilij formula articulus ille *tunc*, qui si solus abesset, nullomodo, ut puto, institutio ualere, quasi facta de alieno posthumo, & collata non ipsa institutione, sed institutionis tantum condicione in id tempus quo suus factus esset, quod ad institutionis validitatem non magis sufficeret quàm si nepos hic ita institutus esset, *si natus ex Asia uenerit, qui ex filio meo post mortem meam nascetur nepos heres esto*. Quo tamen casu nemo diceret nepotem hunc qui testamenti tempore alienus fuisset utiliter institutum intelligi, quamuis moriente testatore suus reperiretur, quia semper uerum esset institutum fuisse eum cum quo testamenti tempore testamenti factio non fuit. Neque enim minus in condicionali, quam in pura institutione testamenti tempus inspiciendum est ut sciatur an valeat, cum existens quancumque condicio retrorahatur ad tempus testamenti, indeque fiat ut institutio quæ primùm condicionalis fuit, pro pura habeatur. Nec institutioni inserta condicio potest facere ut institutionis validitas in euentum usque conditionis suspendi debeat, sed tantum suspendit effectum, ut quantumuis valeat non prius tamen acquiri ex ea possit hereditas quam condicio impleta sit: cum alioqui à die mortis testatoris acquiri potuisset. Denique condicio facit dum taxat ut non mortis sed conditionis euenientis tempus spectari oporteat, sed non eo minus spectandum est tempus testamenti, quia & eo quoque casu spectandum esset quo mortis tempus inspicere oporteret l. si alienum 49. §. in extraneis l. liber homo 59. §. si heres D. de hered. instit. Itaque ut institutio ualeat posthumi nepotis Aquiliani, non illud sufficere potest, quod sub condicione fiat, cuius euenientis tempore posthumus suus reperiat qui testamenti tempore fuit alienus: Nec si ea condicio adiecta sit *si suus heres erit*, sed ita institutionem concipi oportet ut eueniens quancumque condicio retrorahi nequeat, & defendi possit posthumum suum institutum ipso quoque factæ institutionis tempore inspecto. Id uero ita fit, si institutionem præcedat particula *tunc*, quæ impediatur ne ante mortem filij nepos institutus uideatur: Exemplo non ineleganti eius quod scriptum est in l. ei qui soluendo 88. de hered. instit. Ei qui soluendo non est ita demum posse seruum cum libertate heredem existere, & alium præterea heredem adici, si testator ita scripserit *Stichus seruus meus liber & heres esto: si mihi Stichus heres erit tunc Titius quoque heres esto*. Nam si simpliciter scriptum esset post Stichi institutio- nem *si mihi Stichus heres erit, Titius quoque heres esto* non adiecta particula *tunc*.

r j

non magis posset Stichus liber & heres esse quam si ita scriptum esset *Stichus heres esto, Titius heres esto*: cum ea condicio *si heres erit* in necessario herede qui non potest heres non esse pro condicione non sit, nec impediatur quominus Titius pure coheres datus videatur arg. l. quod si ea 18. D. de condit. in deb. l. si pupillus 9. §. j. de nouat. Nam & si Stichus sub ea condicione *si heres non esset* Titius substitutus fuisset testamentum à substituto incipiendum esset l. si is qui soluendo 57. de hered. instit. Quamuis in cæteris heredibus nõ necessariis, Si Mæuius heres institutus sit deinde Titius sub ea condicione *Si Mæuius heres erit*, expectanda sit Mæuij aditio tanquam alia qualibet condicio, nec prius heres esse Titius possit, quam Mæuius adierit l. 3. §. si quis ita eod. ti. nempe quia potest condicio non existere Mæuius repudiante. At cum in Titij institutione adiecta est particula *tunc* post serui necessarij institutionem, sit necessariò quod Caius scribit in d. l. ei qui, vt non possit Titius heres esse antequam Stichus ex testamento heres extiterit, quia nec ante id tēpus institutus intelligitur, qui alioqui pure institutus videretur. Postea vero quàm semel heres extitit seruus, non potest adiectus efficere vt qui semel heres extitit desinat heres esse. Itaque intelligimus particulam *tunc* si post condicionem apposita sit, facere vt condicioni insit tempus, hoc est, vt ex tempore duntaxat impletæ condicionis institutio facta videatur. Nec est contrarium quod dici solet heredem non posse ex tempore institui, sicut nec ad tēpus, neque ex condicione, neque ad condicionē præterquam à milite l. hereditas 34. de hered. insti. l. in fraudem 15. §. miles l. quærebatur 19. in fin. l. miles ita 41. in princip. de testam. milit. Id enim eo demum casu verum est quo post mortem testatoris dies aut condicio euenire potest, ne alioqui fiat vt pro parte temporis testatus pro alia parte intestatus decessisse quis videatur, quod in paganijs receptum non est siue ratione bonorum eam successione diuisionem inducere velis, siue ratione temporis vulg. l. ius nostrum 7. de regul. iur. l. unct. d. l. miles ita. At nos cum de formula Aquiliana tractamus de ea die & condicione loquimur quam viuo testatore euenire necesse sit sic enim habet formula *si filius meus me viuo morietur tunc*, &c. vt proinde nihil in commodi possit consequi tametsi hæc institutio tanquam ex die & ex condicione facta non retrotrahatur ad diem conditi testamenti, cum viuo testatore de testati aut intestati successione quæri non oporteat, arg. l. potest quis 56. D. de hered. insti. Quod si particula *tunc* abesset, haud dubiè retrotraheretur institutio tanquam non ex condicione, sed sub condicione facta, & quidem ad tempus facti testamenti, & consequenter ad id tempus quo posthumus nepos alienus fuisset, atque ita perinde corrueret, aut, vt verius dicam, ab initio inutilis esset, ac si ea condicio adscripta esset, *si navis ex Asia venisset*. In specie autem d. l. ei qui soluendo etsi proponitur Titius institutus ex ea condicione quæ non nisi mortuo testatore potuerit contingere, quia viuentis hominis suus quidē heres esse potest, sed necessarius heres existere nemo potest, non idèò tamen sit vt vllò instanti videatur testator fuisse intestatus, quippe qui necessarium habuerit heredem, in cuius persona totius assis hereditarij acquisitio constitit, quasi instituto Titio non in eodem assis aut in eiusdem assis aliqua parte sed in dupondio, licet illo postea aduente asses singuli ad semisses reducatur l. itē quod Sabinus 17. §. sed si assis expleto eod. ti. de hered. insti. Denique separanda est institutio quæ fit sub condicione, ab ea quæ fit ex condicione. Illa retrotrahitur existere quādòcūq; condicione siue condicio talis sit quæ viuo testatore possit contingere, siue talis quæ nõ nisi

eo mortuo: sed cū hac tamē condicione, vt quæ condicio viuo testatore impletur, retrotrahatur ad tēpus testamēti ac si pure institutio fuisset: Quæ aut post obitū testatoris ea primū retrotrahatur ad tēpus mortis, ac si pure & statim post mortē testatoris delata hereditas fuisset, & rursum à tēpore mortis ad tēpus testamēti. Illa verò institutio quæ fit ex condicione nõquā retrotrahitur, ob idq; nec permessa est in pagano nisi cū talis condicio est, vt diximus, quàm viuo testatore impleri necesse sit. Parū igitur cautè Bartolus Aquilianā formulā idèò receptā esse ait, quod quāquā alienus posthumus per eam instituitur, ipsius tamē institutio cōfertur in id tēpus & in eum casum quo suus erit. Debit enim potius dicere idcirco receptā esse formulā, quod per eam non alienus sed suus posthumus instituitur, vtpote facta institutione ex ea die & condicione qua existēte nõ possit hic posthumus nepos suus nõ esse, vt verū sit nõ solū nullo casu, sed etiā nullo tēpore institutū fuisse posthumū alienū. Etsi nāq; dici solet parū referre quo tēpore quid fiat, sed id præcipuè tēpus inspiciendū est in quod dispositio cōferatur l. q; spōse 4. C. de dona. ant nupt. l. si ego 9. §. si alicui de iur. dot. l. Stichus 39. de manū. testā. nõ tamē habet id locū in institutionibus, in quibus cōstat præcisè spectādū tēpus testamēti, vt sciatur an ab initio cōstiterit, nec sufficere vt mortis aut aditæ hereditatis tēpore valere potuerint l. pē. de reg. iur. l. si alienū 49. §. in extraneis d. l. liber homo 59. §. si heres de hered. insti. l. eius qui apud hostes 8. D. qui testā. facer. pos. l. j. in prin. de le. 3. Vnde illud fit q; scriptū est in l. in tēpus 62. eo. ti. vt in tēpus capiendæ hereditatis institui heredē posse beneuolentiæ sit, nepe quia iuris ratio repugnabat. Beneuolē tamē receptū est nõ tā fauore testamentorū quā odio legū quibus prohibētur ex testamento capere qui alioquin capere possent, quoniā pœnales sunt l. si is qui heres 11. de vulg. & pupill. subst. Est enim humanum vt qui testamēti aut mortis tempore capere non potuit eo saltem tempore capiat quo capere potest, si modò in id tēpus collata sit institutio. Quod autem sequitur, *idem q; in legato*, non hunc sensum habet vt eadem prorsus sit hac parte legati & institutionis ratio (neque enim in legatis inspicimus tempus testamenti si modò testamentum valeat, sed id duntaxat quo deberi incipiant) At, vt quamuis in cæteris legatis cum quæritur an debeantur spectari oporteat tempus quo dies eorum cesserit, valeant tamen quæ incapaci relicta sunt, tametsi eo quoque tempore sit incapax, dum tamen in id tempus legatum collatum sit quo capere poterit, nec idèò quicquam in fraudem legis factum videatur. Quæ etiam fortassis ratio est l. si seruus eius 82. de acquir. hered. à Cuiacio non malè explicata ad l. si alienum 49. in fin. de hered. insti. Itaque fatendum est, non potuisse Gallum Aquilium facere salua iuris ratione vt alienus posthumus institui vllò casu posset, ne quidem collata in id tempus institutione quo esset suus. Fuissetque in eam rem necessarium legis nouæ auxilium apparet manifestissimè ex lege Vellea cuius primo capite nihil aliud constitutum est, quàm vt liceat eum posthumum instituere aut exheredare qui testamenti tempore sit alienus, dummodò nascatur suus. Quāquā cum iam per Aquilianā formulam reperta esset ratio instituendi nepotis nati post mortē aui, nõ fuit necessaria lex Vellea nisi eo demū casu quo nepos hic viuo auo nasceretur, aut filius viuo patre (spectat enim primū caput legis Velleæ ad omniū graduū posthumos siue patri siue auo sui nascatur d. l. Gallus §. nunc de lege & §. ille casus. l. 3. §. j. de iniust. rupt.) Neque ad alium sanè casum lex

Vellea pertinet si verba inspicias. Sic enim habent, *etiam si parente viuo nascantur*, d. s. nunc de lege in fin. quo etiam referendum est quod in eadem. Gallus s. & quid si tantum, scriptum est casus illos quibus suus heres post mortem aui nascatur ad legem Velleam non pertinere. Sed si legis mentem & sententiam inspicias dubitandum non est, cum voluerit valere posthumi alieni institutione si modo suus nasceretur eo casu quo difficilius erat admitti ut institui posset, hoc est quo in vita aui nasceretur, multo magis voluisse eam ut valeret institutio alieni posthumi qui suus nasceretur etiam si mortuo testatore. Cur autem difficilius fuerit institutio posthumi viuo testatore nati quam eius qui mortuo dicemus postea. Idque est, meo iudicio, quod Scæuola sentit in d. s. & quid si tantum, cum ait, *Sed ex sententia legis Vellea omnia admittenda sunt.* De quo tamen fusius tractandum nobis est ad eum locum.

Ex quo iure descendat posthumorum suorum & alienorum institutio, & ad s. ult. l. Titius 25. de liber. & posthum.

C A P. II.

RESTAT ut moneamus posthumorum suorum institutionem non ex lege duodecim tabularum descendere, ut male quidam putant, sed ex prudentum ad eam legem interpretatione, ex qua & illud iam inductum erat ut incertæ personæ nec institutionis nec alio vilo titulo relinqui quicquam posset, ut Vlpianus in fragmentis scribit tit. 22. qui hered. insti. pos. s. incerta persona, ubi rationem illam reddit quod certum esse debeat consilium testantis. Nam cum lex duodecim tabularum cauisset ut quemadmodum paterfamilias super sua re pecuniæ legasset ita ius esset in verbis legis 120. de ver. sign. absurdum iurisconsultis visum est eam testatoris voluntatem ius facere quæ nec consilio, nec iudicio certo regeatur, iudicium verò aut consilium certum esse non potest quoties incertæ personæ quid relinquitur s. incertis & s. sed nec huiusmodi vers. tutor Insti. de leg. Posthumi porro persona est incerta, aut si malis loqui cum Theophilo, similis incertæ personæ, cum nec per ipsam rerum naturam certum sit an quandoque sit nasciturus necne, & an masculus an foemina, an vnus pluresue, imò nec animal esse videtur sed spes tantum quædam animatis l. j. de ventr. in pos. mit. & portio viscerum matris l. j. s. j. de ventr. in pic. Quia tam præteriti ruperunt parentum testamenta si sui nascerentur, quasi pro natis haberi debuissent qui moriente patre legitime concepti fuissent, ut Caius lib. j. Insti scribit tit. de matr. s. ult. & lib. 2. tit. 3. de exhered. liber. s. posthumorum, l. qui in utero 26. de stat. homin. (quo tamen loco obserua de legitimis hereditatibus nominatim agi, quia quod ad testamentarias attinebat, posthumus iure civili non habebatur pro nato) induci tandem necesse fuit ut institui vel exheredari posset, quod significat non obscure dictio illa placet in l. 4. de liber. & posth. favore scilicet testamentorum ne sui heredis agnatione ruperetur l. inter cætera 30. eod. cuius prior pars ad postumos liberos, posterior ad iam natos pertinet. Posthumi namque ruperunt quod ab initio validum fuit, iam nati cum præteriti sunt faciunt ut ab initio testamentum inutile sit l. j. de iniust. rupt. Quemadmodum autem sola necessitas vis hoc extorsit ut institui possint posthumi ne ruperent: ita de iis solis posthumis instituendis aut exheredandis egerunt. Iure consulti qui possunt ruperere, hoc est qui sui sunt non etiam de alienis. Alieni enim ruperere non possunt s. est autem alienus insti. de leg. At quoniam & qui alieni sunt tempore testamenti possunt esse sui cum nascuntur, atque ruperere (quia

(quia cum queritur an testamentum agnatione rumpatur natiuitatis, non conceptionis tempus inspiciamus) inuestiganda necessario fuit formula per quam posset vtiliter institui posthumus, hic qui testamenti quidem tempore alienus esset, postea vero suus nasceretur. Quam subtiliter Gallus adinuenit, docens faciendam institutionem ex eo tempore quo suus erit, & ita demum si post aui mortem nascatur. De auo tantum locutus est Gallus & de nepote, quia fieri nequeat ut posthumus primi gradus sit alienus quo tempore pater moritur deinde nascatur suus. Cum, ut superiore capite monuimus, alienus aut suus posthumus ex instanti conceptionis dignoscatur, nulla autem status mutatio possit accidere in illo qui nondum in hominum natura est. In nepote secus est, propter status mutationem quæ in persona patris medio tempore potest contingere. De illo autem nepote duntaxat qui post aui mortem nascitur Gallus idcirco præscripsit formulam, quia posthumi quandoque post testamentum viuo testatore nati institutio permessa non erat, nec si suus esset, quia nec erat necessarium ut permitteretur, valente scilicet testatore testamentum quod se viuo per agnationem ruptum esset pro arbitrio mutare sibi que prospicere. Cum tamen posset etiam aliquando contingere, & verò contingeret sæpissimè ut mutare testamentum paterfamilias non posset aut quod peregrè ageret, ac in loco ubi civium Romanorum copia non esset, aut morbo fortassis oppressus repentino: Tandem animaduersum est necessarium quoque esse ut huic periculo prouideretur: Eamque in rem lata est, ut diximus, lex Vellea, quæ licet ad postumos post testatoris mortem natos non pertineat, sufficiente nimirum, quod ad postumos filios iure civili antiquo, quod ad nepotes verò, formula Galli Aquilij (supplenda tamen hætenus ut non nepotis tantum mentio fiat, sed etiam pronepotis, nec mortis tantum casus exprimat, sed etiam cæteri similes per quos euenire possit ut nepos aut pronepos viuo auo fiat suus) multo magis tamen ex sententia Velleij ad illos quoque pertinebit qui post mortem aui nascuntur, quippe quorum institutio fuerit facilius eoque fauorabilior, quod eorum præteritio periculosior erat. Pertinebit autem ita ut posthumus nepos institutus, sicuti Gallo Aquilio placuit, & casu tantum mortis expresso perinde vtiliter institutus videatur, licet alia ratione quam morte patris suus heres auo factus sit: cum alioqui si lex Velleia non esset, institutio corrueret, quasi non instituto posthumo nepote in eum casum qui euenit, & in quem nominatim institui potuerat ex interpretatione suppletiva ad Aquilij formulam apposta, ut sequenti capite docebimus. An autem posthumus nepos institutus per Aquilianam formulam, & viuo auo suus natus pro vtiliter instituto habendus sit siue ex formula Galli, siue ex verbis aut sententia legis Velleæ alia quaestio est de qua dicemus ad s. quid si infr. Illud sane adnotandum est, Posthumi alieni institutionem iure civili improbatam à Præatore tamè receptam fuisse ut Iustinus refert Insti. tit. de bon. poss. in princip. Quo sensu haud dubie accipiendum est quod idem Iustinus scribit in s. posthumus autem Insti. de leg. posthumum heredem institui & nunc posse, & antè potuisse, scilicet iure Prætorio. Ita enim loqui cum necesse fuit ut ostenderet differentiam institutionis & legatorum de quibus paulò antè dixerat. Legata siquidem alieno posthumo relicta usque adeò inualida erant, ut nec iure Prætorio sustinerentur. Institutiones sustinebantur tanquam fauorabiliores l. posthumus 6. D. de inoff. testam. l. 1. s. si filius in adoptionem l. extraneo 6. de ventr. in pos. mitt. l. 3. de bonor. possess. secund. tab. Quæ etiam Pauli sen-

tentia est in §. vlt. l. Titius 25. de liber. & posthum. vbi tractans de institutione alieni posthumi qui nullo casu suus nasci poterat, respondet iure factam eam videri. Nā & iure facta dici potest institutio quæ iure Prætorio sustinetur, cum parum referat, quod ad tabularum effectum attinet, an ex iis adiri hereditas, an bonorum possessio peti possit. l. non putauit 8. §. à primo gradu. l. quod vltimo 19. de contr. tabul. Malè autè Cuiacius locum illud Pauli explicat, defendens in ea specie valere posthumi alieni institutionem, quod is iam reuera natus esset facti testamenti tempore, quasi plus valere debeat quod in re est quàm quod in opinione testatoris, qui nondum natum arbitratur. Nā imò verò dubitandi ratio apud Paulum illa erat, quod natus iam fuisset testamenti tempore quem testator adhuc in vtero esse putabat, vt apertè sonant verba illa *verba quidè testamenti ad eum pronepotè directà videri, qui post testamentum factum nasceretur.* Decidèdi verò illa est, quàm & Accursius & Bartolus non ignorarunt, quod inspecta voluntate testatoris & ex probabili eius errore pro non nato haberi debeat qui eadè ipsa die & paulò antè inscio testatore natus est. An quia, vt illi generaliter tradit, prouiso à testatore facta in vnum casum porrigi debeat ad aliū in quo verisimiliter testator prouidisset, si de eo cogitasset? Minimè. Obstat enim l. commodissime 10. l. si ita scriptum 13. eod. tit. aliaque similes innumeræ. Sed quia probabilis erat & omnino excusandus error testatoris, quod & eadè die qua testamentum factum erat, neptis enixa fuisset, & testamentum in ciuitate scriptum esset, neptis autè ruri agens extra ciuitatem peperisset. Est igitur casus hic valde singularis propter concurrètes circūstantias loci & temporis, quæ si abessent, vix est vt ob solam testatoris ignorantiam idè responsurus Paulus fuerit, quod & satis apertè significat ille cum ita scribit *sed si vt proponitur eadè die qua testamentum factum est neptis testatoris antequam testamentum scriberetur, enixa esset, ne quis fortè responsum illud traheret ad consequèrias.* Ceterum non de illo tractat, An posthumus hic iure institui potuerit (certum enim erat iure ciuili non potuisse, Prætorio potuisse) sed de hoc duntaxat, An institutus eo iure & modo quo institui potuit ob id minus ritè videri debeat institutus, quod iam natus esset testamenti tempore quem testator adhuc in vtero esse existimabat. Planè constat hodie ex Iustiniani constitutione, quæ tamè in Codice non extat, institui posse alienum posthumum perinde ac suum nulla adhibita distinctione, possèque ei & legari & fideicomitti, si eisdè Iustiniano credimus in d. §. posthumo quoque alieno Instit. de leg. Et consequèter cum iure ciuili valeat talis institutio superuacua est tractatus de formula Aquil. & lege Vellea, præterquam hoc vno intuitu quod turpe non tantum viro Patricio, sed etiã omnibus qui se Iureconsultos aut sint dicere, iuris in quo versatur rationè ignorare, & in veterum prudentum responsis interpretandis cecutire.

Ad §. si quid tantum l. Gallus de liber. & posthum.

CAPVT III.

IN hoc §. illud imprimis obscurum est quod scribit Scauola, *sed ex sententia legis Vellea & hac omnia admittenda sunt.* Antonius Gueanus Iureconsultus acutissimus, & perspicacissimus cuius extant per-elegantes duplicesque in totam legem hanc commentarij, verba illa legis Vellea, dispungenda esse censet vt quæ sint inepti interpretis, & quasi de Galli Aquilij non de legis Vellea sententia Scauola senserit. Alij sic interpretantur post Accursium & Bartolum, vt Galli Aquilij formula suppleatur per legem Velleam quæ omnes rumpendi casus complexa est verbis illis generalibus. *si suus heres esse*

esse defierit. Omnino malè. Sunt enim ea verba secundi capitis non primi d. §. sequenti parte. Secundum autem caput legis Vellea non ad postumos pertinet, sed ad eos tantum nepotes qui testamenti tempore iam nati essent viuo adhuc parente suo herede, posteaque in sui heredis locum viuo auo successissent. At qui Gallus non nisi de posthumi nepotis institutione egit. Cum igitur nihil commune habeat formula Galli Aquilij cum secundo capite legis Vellea, fieri nullomodo potest vt ex eius sententia interpretationem recipiat, sed tantum ex sententia primi capitis, quo, vt diximus, etiam alieni posthumi institutio permittitur, adeoque quod magis est viuo testatore nati. Vtrūque contra veteris iuris rationem, illud dumtaxat requiritur vt qui institutus est suus nascatur. Cur non igitur multo magis admittamus, posthumum nepotem ex eo tempore institutum quo suus futurus esset auo mortuo ex præscripto Galli Aquilij, vtiliter institutum intelligi quamuis non per filij mortem positam in conditione institutionis, sed alia qualibet ratione suitatis iura nactus sit, & post aui obitum natus? Nec felicius Cuiacius, qui horum verborum, *ex sententia legis Vellea*, hunc sensum esse arbitratur, vt quemadmodum lex Vellea viuo testatore agnascensibus posthumis casus omnes rumpendi complexa est, ita putauerit satis, iure antiquo post mortem agnascensibus posthumis comprehendi omnes casus, hoc est, vt idem ille interpretatur, potuisse antè legem Velleam institui nepotem qui post mortem aui nasceretur, in omnem casum quo suus nasceretur, siue nominatim casus singuli, puta deportationis, emancipationis, & captiuitatis, nominatim inserti essent institutioni, siue simpliciter, aut generalibus verbis institutio facta fuisset. Sic enim putat vir doctissimus, casum mortis, si solus in Aquiliani nepotis institutione comprehensus sit, non posse trahi ad casum deportationis aut emancipationis, aut captiuitatis, sed eam Scauolæ mentem esse vt possit nepos institui non sub ea tantum conditione, quam Gallus expressit, *si filius meus me viuo morietur*, sed sub hac quoque, *si filius meus me viuo deportabitur, aut ab hostibus capietur, aut emancipabitur.* Cuius opinionis auctorem laudat vnum Æmiliū Perrotum, veterum illorum interpretum errorem secutum, quem à communi Doctorum schola iam olim explosum fuisse Castrensis testatur. Et optima quidem ratione explosus is fuit. Quis enim tam ineptus sit vt dubitare queat, an post dictatam Aquilianam formulam liceat testatori, sicut mortem filij, ita deportationem, captiuitatem, & emancipationem in conditione ponere? Aut cur in eam rem necessarium dicamus auxilium legis Vellea, quæ nec mortis, nec deportationis, nec alium vllum casum specialiter expressit, sed generaliter illud duntaxat quo posthumus qui testamenti tempore alienus fuisset suus nasceretur etiam si viuo auo? De illo itaque Scauolam dubitare fatendum est, an posthumus ita institutus sicuti Gallo placuit, hoc est ex ea conditione *si filius meus viuo me morietur*, vtiliter institutus videatur eodem filio non mortuo, sed vel deportato, vel ab hostibus capto. Magis autem probat vt vtiliter institutus nepos videatur: An quod ex verbis formulæ Aquilianæ, aut ex sententia Galli mortis casum expressisse sufficiat vt ad similes omnes trahi possit? quemadmodum vulgo creditur. Minimè. Conditionem enim quamlibet, præsertim quæ institutioni adiecta sit in specie, & vt nostri loquuntur, in forma specifica, impleri oportet l. qui heredi 44. l. Mæuius 55. de condic. & demonstr. & planè commentitia est illa Bartoli

distinctio, an condicio voluntaria sit, an necessaria siue ad actum siue ad effectum actus. Cum ea condicio quæ in formula Aquiliana exprimitur sit necessaria ad actum & validitatem institutionis posthumi nepotis, nec tamen possit adimpleri per æquipollens etiam fatente Scæuola si subtrahas interpretationem quam ille ex sententia legis Velleæ mutuatur. Idque & Bartolus ipse benè vidit, sed hanc obiectionem ita diluit, ut dicat non posse condicionem hanc adiectam institutioni nepotis Aquiliani, *si filius viuo auo morietur*, impletam videri si filius deportatus sit aut emancipatus, quod ea interpretatio esset contra legem quæ alieni posthumi institutionem prohibet. Quasi verò, eo casu quo mors filij expressa est permiserit Gallus aut permittere potuerit posthumi alieni institutionem, aut quasi condicione sic concepta, *si filius meus me viuo morietur*, videri debeat posthumus institutus in eum casum quo suus erit, potius quam si condicio illa adscripta esset, *si filius meus viuo me deportabitur aut ab hostibus capiatur*, quorum tamen omnium nihil certè dici potest. Ergo casus mortis expressus in institutione posthumi nepotis, non trahetur ad similes, siue verba formulæ, siue mentem Aquilij, siue denique sententiam testatoris respicias quæ ex verbis concipi possit. Alia enim reuera condicio est mortis, alia emancipationis, alia deportationis, alia captiuitatis, casusque planè diuersi sunt. Proinde non licet Iuriconsulto casum vnum ad alium porrigere: quia id demùm supplere esset non interpretari. l. comodissimè 9. de liber. & post. Efficitque in eam rem necessarium rescriptum Imperatoris manca prudentium potestate ut in l. ult. C. de posth. hered. instit. l. 3. C. de insti. & substi. l. 1. hoc iure 4. de vulgar. subst. An igitur fiet ea extensio ex verbis legis Velleæ? Multò minus, siue prius siue posterius legis caput adferas. Vtrunque enim loquitur de liberis natis viuo testatore. Nos cum Aquilio de posthumo nato post mortem aui. An denique ex sententia legis Velleæ inducemus, ut ad similitudinem mortis cæteri casus admittendi sint? Ita Scæuolæ verba præ se ferunt. At neque hoc dici potest. Nec enim vlllo capite legis Velleæ aut mortis aut alius quisquam casus expressus est, aut etiam per interpretationem supplendus. Nam sicuti nullam instituendi posthumi formulam Velleus præscripsit, utpote cui legem roganti facilius fuerit nouum ius facere, quam formulam nouam conscribere: ita neque condicionem vllam institutioni posthumi aut nepotis iam nati adscribi iussit, sed generaliter constituit priore quidem capite, ut quibuscumque verbis facta posthumi, siue filij, siue nepotis, institutio valeret si modò posthumus suus nasceretur etiam si viuo auo. Posteriore verò, ut qui in locum sui heredis succederet quacunque tandem ratione prior suus heres esse desisset, si modò vtiliter institutus esset aut exheredatus, testamentum non rumpere. Et verò in formula Galli Aquilij idedò necessaria fuit condicionis adiectio quod simpliciter institui non posset posthumus qui testamenti tempore alienus erat, essetque necesse institui illum ex eo demùm tempore quo suus esset: quæ etiam dubitanda ratio esse videtur ad l. 2. in princi. de iur. codic. vbi agitur de legato relicto posthumo in codicillis testamento confirmatis, quorum singulare ius est ut quæcunque in iis scribuntur perinde habeantur ac si in testamento relicta essent §. codicillorum ead. leg. In casu legis Velleæ non est necessaria, quia permittit pram alieni posthumi institutionem dummodò nascatur suus. Quod si contendas, vel hoc ipso posse ex sententia legis Velleæ sumi interpretationem ut ca-

sus

sus mortis trahatur ad similes, quod lex Vellea non distinxit qua ratione fiat ut posthumus nepos nascatur suus: Dicam Imò verò fieri non posse ut ad hanc interpretationem & extensionem aptetur sententia legis, quæ nec condicionem institutionis, nec casum vllum requirat, nec aliud quicquam præter suitatem natiuitatis tempore. Quid ergo est quod ex sententia legis Velleæ admittendum esse Scæuola scribit? Illud nimirum, ut nepos institutus ex præscripto formulæ Aquilianæ solo casu mortis expresso vtiliter institutus videatur, nec rumpat testamentum quodcumque post aui mortem natus suus, licet filius qui testamenti tempore suus erat non mortuus fuerit viuo auo, sed vel deportatus, vel ab hostibus captus. Idque non propter vim formulæ Aquilianæ, quæ sanè manca est cum solum mortis casum exprimit, sed potestate legis Velleæ, quæ admittit institutionem posthumi etiã alieni, etiam nati viuo auo aut patre. Est enim legi conueniens ea interpretatio, ut eadem lex multò magis defendere voluerit vtilem ab initio posthumi institutionem ex eo demùm tempore factam quo suus esset. Sufficit namque ad defendendam institutionem ut casum aliquem vtilem habuerit arg. l. Stichus 39. de manum. testam. l. pater filio 54. de hered. inst. quomodo hic casum illum vtilem habuit Si filius viuo auo mortuus fuisset. Ex quo intelligimus si lex Vellea secuta non esset aliud responsuros fuisse Iurecōsultos. Quamquam enim supplere potuerunt Galli formulam hactenus ut quod de mortis casu exprimendo prodiderat idem de cæteris casibus morti similibus exprimendis sensisse videretur, hoc est ut quemadmodum potest auus ex ea condicione instituere nepotem, *si filius viuo se morietur* ita & possit ex illa *si filius viuo se deportabitur, aut ab hostibus capiatur*, Attamen formulam institutionis à testatore factæ in casum duntaxat mortis filij de qua tractatur in hoc §. supplere non potuerunt, & ad alios casus non expressos extendere. Siquidem longè facilius est supplere formulam Galli Aquilij ut permittamus auo institutionem aliis verbis concipere, dummodo ex verbis apparere possit institutum nepotem ex eo tempore quo suus posthumus esse incipiat, quam supplere formulam institutionis, quod fieri certè nequeat quin volūtas testatoris suppleatur. Itaque Scæuola in §. sequenti parte, non sic loquitur ut dicat in posthumi nepotis institutione vno tantum casu expresso supplendos esse ceteros, sed *supplendos esse in Galli Aquilij sententia*, quasi de omnibus casibus morti similibus idem Aquilij iudicium fuerit ut exprimi similiter possint. Porro Aquilij sententiam suppleri nil necesse esset si vno tantum casu à testatore expresso cæteri suppleri possent per interpretationem. Sic & in §. idem credendum supplet Scæuola formulam Aquilij ut licet de nepote tantum Gallus locutus sit, in pronepote tamen idem existimauerit. An ut si auus nepotem instituerit censeatur etiam instituisse pronepotem? Minimè. Debit enim pronepos ipse institui, ad hoc ne succedendo rumpere. Sed vaita scribere proauus possit *si me viuo nepos decedat tunc qui ex eo pronepos mihi nascetur, &c.* Quibus cōsequens est, planèque necessariò fatendum non Scæuolæ sed interpretis esse verba illa postrema huius §. *ut ad similitudinem mortis cæteri casus admittendi sint*, quæ sola interpretibus omnibus imposuerunt ut loci elegantiam percipere non potuerint, utque tot commentarios de casu vnus ad alium extensione profus extrà rem effuderint. Putauit autem, quisquis ille fuit malus interpretis, ita intelligendum quod Scæuola scripserat, *sed ex sententia legis Velleæ & hæc omnia admittenda sunt*. Et verò si Accursij glossam legas videtur ille ea

verba quæ tollimus ad sequentis §. principium retulisse, cui tamen longè minus conueniunt vt faciliè perspicere quibus potest. Illud quoq; in hoc §. obscurum est, nec à quoquã hæcenus benè explicat, cur Scæuola emancipationem separet à deportatione, & cur tractet de filio deportato, nō autē de nepote emancipato. Et puto rationem esse quia filius etiam institutus rûpit testamentum cum emancipatur, non etiam nepos: quod quoniam obscurius est & iam longiores fuimus, explicandum relinquemus infr. cap. 15. libri decimi.

Quam corruptus sit contextus eiusdem legis in §. quid si qui filium, & quam malè à nonnullis emendatus, ac quomodo emendari debeat.

CAP. IIII.

CORRUPTUM esse plerisque locis huius legis contextum, cum electionum varietate, tam ex recentiorum commentariis apparet, quibus videas alios aliter nunc hunc, nunc illum §. emendare, sicut & alij aliter interpretantur. Mihi præcipui momenti videtur esse emendatio illa quam nos superiore capite de nostro attulimus ad §. & quid si tantum. Sed quæ à nobis nunc proponenda est, interpretaturis quod sequitur in §. quid si qui filium, tantò difficilius admittenda videbitur, quãtò audacior est, & ob id periculosior, ac locus ipse longè obscurior. Ideoque apertissimis rationibus agendum nobis erit vt eos saltem sententiæ nostræ assertores habeamus, qui nostro exemplo non iuris rationem ex recepta lectione aut Doctorem interpretatione, sed verã lectionem legumque interpretationem ex iuris ratione metientur. Sic ait Scæuola, *Quid si, qui filium apud hostes habebat testatur? Quare non inducere vt si ante quam filius ab hostibus rediret, quamuis post mortem patris decederet: tunc deinde nepos vel etiã adhuc illis viuis post mortem scilicet aui nasceretur, non rumpere?* Nam hic casus ad legem Velleam non pertinet? Hic illa primùm explicari nullomodo possunt, *adhuc illis viuis post mortem scilicet aui*. Prorsus enim repugnat vt nepos natus sit *viuis illis*. i. patre & auo de quibus sunt præcedentia, & vt natus sit post mortem aui. Nec video qua ratione Accursij & Bartoli interpretatio probari possit, licet eam Cuiacius probet, vt Scæuola parum ad id animaduertens à singulari numero transeat ad pluralem, & *viuis illis* dixerit pro *vino illo*, id est *patre*. Neque enim potuit Scæuola sine flagitio in hoc peccare, tractans scilicet quæstionem illam cuius decisio ex eo potissimum pendeat an viuo auo aut patre aut utroque aut neutro posthumus nepos natus sit: quod & demonstrat satis sequentia illa *post mortem videlicet aui* quæ si Scæuola non prætermisit, vt nostri volunt, ne dubitatio vlla superesset, quis credat imprudenti ei excidisse vt in eadē parte clausulæ pluralem numerum pro singulari usurpauerit? Dicerē potius si aliud nihil moueret quod Goueanus in prioribus Commentariis scripsit parum acuti interpretis esse verba illa *vel etiã adhuc illis viuis*, aut ita saltem restituenda vt legamus *illo vino* quod in posterioribus idē ille magis probauit. Quod verò nonnulli his verbis moti somniant tractare Scæuolam de pronepote, magis ridiculum est, cum & præcedentia & sequentia ostendant toto hoc §. non nisi de nepote agi. Sed magis ridiculus Alciatus, qui locum hunc sic emendat vt legat, *post mortem scilicet qui nasceretur* quæ nec vllius sensus lectio est, nec præcedentibus vllomodo conuenit *illis viuis*. Itaq; vt hinc nostra coniectura incipiat dico delēda prorsus verba ista *post mortem scilicet aui* & ita legendum *tunc deinde nepos vel etiã adhuc illis viuis nasceretur*, vt sensus sit, quod ad propositam dubitationem attinet, nihil referre an nepos ex filio

ab hostibus capto natus sit patre & auo mortuis, an vtrisque viuis. Neuter enim casus aut ad Aquilij formulam aut ad legem Velleam pertinet. Nō equidē ad Aquilij formulam, his verbis conceptam, *si filius meus me vino morietur*, non tantum quod longè alius & dissimilis casus sit captiuitatis à casu mortis, sed etiã quia filius qui testamenti tempore apud hostes fuit quãdocumque in eodem statu decesserit iam tunc mortuus fuisse intelligitur non ex fictione legis Cornelie vt vulgo nostri omnes imperitissimè existimant (neque enim fictio legis Cornelie locum habere potest in persona filijfamilias vt docebimus lib. seq. cap. 8.) sed quoniam citra fictionem ab ipso instanti captiuitatis factus reuera seruus pro nullo & mortuo haberi debuerit l. quod attinet 32. de reg. iur. Vt proinde non ferè minus stultè faciat auus qui filium habens apud hostes vnde nunquam reuerfus sit, nepotem ex ea conditione heredem instituit, *si filius meus me vino apud hostes decesserit*, aut etiã prætermittis iis verbis, *me vino*, ac si sic scriberet filio iam testamenti tempore mortuo, *si filius meus morietur*. Denique Galli Aquilij formula pertinet ad institutionem nepotis posthumi qui testamenti tempore sit alienus. Hic autem natus post testamentum siue viuis patre & auo, siue vtrisque mortuis, siue alterutro tantum, si modò conceptus sit ex eo qui iam testamenti tempore apud hostes erat, nec vnquam reuerfus fuit, suus heres auo iam inde ab eo tempore quo testamentum præcessit, fuisse credendus est. Ergo nō solum minus sufficiens est huius nepotis institutio in casu mortis filij concepta, quæ, vt superiore capite diximus, nec ad deportationis aut emancipationis casum trahi posset, sed & ipsa Aquiliana formula in hac rem prorsus inepta est, aded vt nec suppleri in ea possit casus hic præsentis captiuitatis: tametsi & captiuitatis futuræ perinde ac deportationis aut emancipationis conditionem admittat. Quapropter non malè Florētina lectio sic habet, *quare non inducere*, nō quomodo vulgata quæ tamè Goueanus probat, *quare non induxit*. Neque enim miratur aut querit Scæuola cur Aquilius nō induxerit vt huius nepotis institutio valeret (cū etiã veteri iure & antè Gallum potuerit haud dubiè posthumus hic nepos vtiliter institui defuncto quãdocumque postea patre apud hostes, quasi iam suus, vt dixi, quia & impune pater eius præteriri poterat, hac ead. l. §. in omnibus & l. pen. §. eo. Reuerso autem patre nullomodo potuerit institui quod esset alienus) sed querit cur ij qui Aquilianam formulam sic interpretati sunt vt quãuis testator de morte filij nil expresserit, at simpliciter posthumum nepotem instituerit, valeat institutio in eum casum qui ex verbis concipi possit (de quibus in §. quidam rectè iidem non induxerint vt ex filio captiuo nepos institutus sicuti Gallo placuit vtiliter institutus videatur siue patre & auo viuis, siue vtrisque mortuis, siue alterutro tantum viuo decesserit. Causa autem propter quam id inducere debuerint illa fuit, quod hic nepos præteritus perinde rumpat testamentum ac si filius post testamentum captus ab hostibus fuisset. Non enim, vt mox Scæuola subiicit, casus hic ad legem Velleam pertinet, quod ita accipiendo debet vt nec ad verba nec ad sententiam legis pertineat, siue viuis, siue mortuis vtrisque parentibus nascatur, cum vtrumque casum tractet Scæuola. An quia lex Vellea eorum tantum posthumorum institutionem adprobet qui viuo testatore nascuntur? At ratio hæc probaret potius, Pertinere igitur hunc casum ad legem Velleam nato nepote viuis parentibus, quod tamen Scæuola negat. Deinde iam ostendimus superiore capite, legis quidem Velleæ verba iis tantum posthumis conuenire qui in vita nascuntur, sed sententiam tamen ad eos quoque extendi qui nascuntur,

post mortem si modò nascantur sui, & casum aliquem vtilem habuerint institutio: quam diximus esse sententiam §. & quid si tantum: An quia lex Vellea de iis tantum, & locuta fuisse & sensisse videatur qui testamenti tempore fuissent alieni cum introduxerit ut possent institui §. ille casus infr. hac lege Verum & illum quoque casum Velleius primo capite complexus est si nepos eo tempore instituat quo filius non sit, & consequenter quo nepos sit si filius, ut aperte Scævola scribit in §. nunc de lege. Nec fuit hoc casu supervacua legis provisio, cum iure antiquo nec talis posthumus suus posset institui, si postea viuo testatore nasceretur, perindeque rumpere ac si non institutus, l. 3. §. 1. de iniust. rupt. Vlp. tit. 22. qui hered. instit. poss. §. eos qui in vtero sunt, in fragment. Ratio igitur propter quam casus hic de quo tractamus ad legem Velleam nullomodo pertinet, illa sola est, quòd nepos ex eo natus qui apud hostes est natiuitatis tempore, nò omnimodo nascitur suus, sed ita demum si postea pater decedat apud hostes. Quid enim si ab hostibus reuertatur? Fictioe postliminij nunquam captivus fuisse videbitur, sed in ciuitate & patris potestate perpetuò mansisse, atque ita nepoti obstitisse quominus suus villo tempore fuisse videri possit. Atqui lex Vellea primo capite eius demum posthumi institutionem & permittit, & admittit, qui omnimodo suus heres nascatur. Designat enim præcisè tempus natiuitatis posthumi d. §. nunc de lege. Ideoque nec potest eius potestas in suspensò manere vsque in id tempus quo certum esse incipiat an fictio postliminij locum habitura sit ut posthumus natiuitatis tempore suus fuisse videatur. Nec ad rem pertinet quòd ob eandem fictionem ipsius quoque testamenti vis in suspensò manet. Id enim idcirco fit quòd filio redeunte ab hostibus nulla captiuitatis ratio habeatur, nec nepos suus vnquam fuerit: filio autem apud hostes mortuo verum sit iam tum cum testamentum fiebat fuisse illum extrà patris potestatem, atque ita nepotem post captiuitatem natum suum heredem fuisse eo instanti quo natus est. Denique fictio postliminij facit quidem ut intestati successio filio quandoque reuerso delata intelligatur l. pen. de suis & legit. An captiuo apud hostes defuncto nepotem qui in ciuitate mansit & reuera suus fuit heredem ab intestato nò facit, quoniã nulla in eam rem fictionis potestas est, quam scilicet sufficit cessare ut nepos iure communi admittatur. Ergo quòd ad causam testati pertinet multò minus fictio sola sufficiet, ut posthumus medio tempore natus vtiliter institutus censetur, quia prius est ut institui potuerit, quam ut vtiliter institutus fuerit. Institui porro non potuit siue ius ciuile, siue legem Velleam inspicias, nisi is demum posthumus qui suus omnimodo nascitur, quod huic sanè non euenit. Nam admittimus quidem suum natum fuisse hoc ipso quòd eius pater iam tum captiuus, nec postea reuersus abinde mortuus habebatur, sed nò ita suum natum fuisse ut non suus nasci non potuerit. Itaque idem hic, licet alia ratione, euenit quòd in specie l. si quis filio 6. de iniust. rupt. l. scripto 7. D. vnd. liber. ut filius qui nepoti non obstat in successione intestati eidem obstat in causa testati, non ut impediatur ne præteritus nepos rumpat testamentum, si filius ipse apud hostes moriatur, sed ut faciat ne potuerit nepos ex lege Vellea aut ex iure ciuili institui, propterea quòd pendente eo an filius quãdiu apud hostes est pro viuo aut mortuo haberi debeat propter postliminij fictionem, ipsius quoque nepotis ius pendere necesse sit. Nulla siquidem retrofictio fieri potest ut nepos aut moriente suus illi heres omnimodo nasciturus fuisse videatur, cum reuerso quandoque patre ab hostibus fu-

turum sit ut appareat natiuitatis tempore fuisse eum non suum. Quæ etiam differentie ratio est inter nepotem ex filio captiuo, & nepotem ex filio exheredato, in ea specie quam Paulus ex Pomponio & Marcello tractat in l. si quis posthumos 9. §. si filium de liber. & posthum. de cuius sententia & emendatione dicemus lib. seq. cap. 12. His consequens videtur, ut quod apud Scævola sequitur, *melius ergo est ut in eiusmodi utilitate, præsertim post legem Velleam quæ & multos casus rumpendi abstulit interpretatio admittatur*, & cætera omnia ad finem vsque §. Triboniano potius quam Scævola adscribamus. Nemo enim vnquam ex Iurisprudētibus quorum scripta habemus respondit, aut respondere potuit eum qui institutus esset sub ea conditione, si post testatoris mortem nasceretur, vtiliter institutum videri eo casu quo natus esset viuo testatore. Quin extat in contrarium apertissima Pomponij sententia in l. commodissime 10. hoc tit. l. si ita scriptum 47. §. 1. de hered. instit. Itémque Pauli lib. 3. sent. tit. 4. de testam. §. antepen. Imò & eiusdem Scævola quem tractamus in hac ipsa lege §. forsitan, ubi negat ille, rectè institutum videri eum qui viuo testatore natus est, si in casum iuris antiqui institutus erat, hoc est sub ea conditione, si post testatoris mortem nasceretur. Et sanè longè aliud est interpretari verba testatoris, aliud supplere. Interpretari Iurisconsultus & potest & debet, quantum voluntatis coniectura patitur, supplere verò nec potest nec debet, tametsi maxima æquitatis ratio urgere videatur, in eamque rem prorsus necessarium est aut legis alicuius aut scripti principalis auxilium ut iam supra diximus cap. proximo. Primus itaque Iustinianus fuit qui summa æquitate motus constituit in l. vltim. C. de posth. hered. instit. quæ vna ex 50. Decisionibus, ut posthumus in casum iuris antiqui institutus, hoc est, si post mortem testatoris nasceretur vtiliter institutus videatur etiam in casum legis Velleæ, hoc est tametsi viuo testatore nascatur: Ne, inquit, præteritionis pœnam patiatur pater qui liberos non præterit. Quæ constitutio cum aperte nouum ius faciat, frustra labores cum nostris interpretibus, si eam cum Pandectarum legibus conciliare velis. In eoque; iã recentiores omnes cõsentunt, reiectis distinctionibus, illis quas vulgares interpretes cõminiscuntur, an decem mēsu tempus in cõdicionem nascituri posthumi expressum sit necne, aut an demonstratum fuerit corpus quod in vtero esset, an generaliter & indefinitè institutus posthumus. Nã ea proculdubio Iustiniani mens est ut qui in casum mortis institutus est videatur rectè institutus omni casu siue viuo siue mortuo testatore natus sit, ut testatoris voluntas adiuetur. Quãquam autem ea constitutio, si verba inspicias, non nisi de filio loquitur, idem tamen testamentorum fauor eademque voluntatis coniectura & æquitatis ratio euincit vel inuito Bartolo, ut in posthumo nepote sub eadē formula instituto idē admittamus. Nec. n. recta est ratio illa diuersitatis, quòd filius posthumus iure antiquo perinde in vtrūque casum potuerit institui, posthumus nepos non item: Cū per legem Velleam non minus in filio quàm in nepote posthumis inductam sit, ut possint institui, si viuo parente nascantur, ut rectè Cuiacius docuit ex l. 3. §. 1. de iniust. rupt. Et longè rectius quàm Goueanus qui in posterioribus quoque commētariis scripsit, ad neporū dūtaxat, nò etiã filiorū institutionē pertinuisse legem Velleam, deceptus eo quòd scriptum est in l. sed et si conditioni 6. §. 1. de her. instit. nec animaduertens tractare Vlp. eo loco non de primo cap. leg. Velleæ, quod suè generale fuit, sed de secundo, quod cū ad eos tantum pertineat qui succedendo re statum rumpere possunt, in nepotibus tantum habere locum potest, non in filiis, quia

quoniā in primo gradu cōstituti sunt nō habēt cui possint succedere. Ad hāc
 gitur Iustiniani constitutionem quæ de filiis posthumis lata est respiciens
 Tribōnianus, & vt hanc ipsam dubitationem dilucet quam nostri quasi in-
 decisam agitant, vtrum in posthumis nepotibus idem admittendum esset ad-
 didit ad Scæuolam totum illum contextum verborum, *melius ergo est, inquit,*
vt in eiusmodi utilitate, hoc est propter utilitatem publicam ad quam fauor
 testamentorum pertinet, *præferim post legem Velleam qua & multos casus rum-*
pendi abstulit: neque enim omnes abstulit, saltem ne hunc quidem quem Scæ-
 uola proponit De nepote ex filio captiuo qui natus sit viuus patre & auo in-
 terpretatio admittatur, suppletionem dicere debuerat potius quā interpret-
 ationem, *vt instituens nepotem*, malè ab his verbis veteres interpretes noui-
 s. inchoabant, *qui sibi post mortem suus nasceretur*: Ecce formulam veterem in-
 stitutionis posthumi ab Aquilio quoque obseruatam in posthumo nepote
 instituendo, *rectè instituisse videatur quibuscumque casibus nepos natus suus esset*
rumpereque præteritus. Sic enim lego sublatis illis verbis, *post mortem*, vt pote
 additis ab eo ipso, vt credibile est, interprete qui in prioribus illa etiam ad-
 diderat, quæ nos iam sustulimus, *post mortem scilicet aui*. Alioqui non erit de-
 cisio congrua & accommodata ad propositum casum De nepote qui adhuc
 viuus patre & auo natus sit: fatendumque erit casum illum manere in deci-
 sum, cum tamen non potuerit decisio concipi verbis generalioribus quā
 illa sunt, *quibuscumque casibus*. Illud enim dūtaxat iatuedum vult Tribonianus:
 An posthumus nepos in vnum casum institutus talis sit qui alium rumpere
 testamentum possit tanquam præteritus, vt in eum ipsum casum in quem rū-
 peret, vtiliter institutus videatur. Ratione illa generali, vt arbitror, quæ posi-
 ta est in d.l. vi. C. de posthum. hered. insti. ne præteritionis pœnam patiat,ur,
 qui nepotem non præteriit. Cui conuenit quod statim sequitur. *Atque etiam*
si generaliter quicquid sibi liberorum natum erit post mortem, vt (nam & sic lego,
non aut) quicumque natus fuerit sit institutus si suus nasceretur. Ecce hîc repe-
 tita non esse verba illa, *post mortem*: vt intelligamus etiam si testator institutio-
 nem sic conceperit, *quicquid mihi liberorum natum erit post mortem*, institutū
 tamen videri quicumque suus natus fuerit: *quicumque*, inquam, id est tam qui
 viuo quā qui mortuo testatore natus sit, dummodò suus, hoc est talis cuius
 præteritione alioqui tēstamentum rumpere. Qualis est etiam is qui
 auo in ciuitate natus est ex patre capto ab hostibus. Quanquam enim non
 omnimodo suus nascitur propter spē postliminiij, ob idque nec ex lege Vel-
 lea institui nullomodo poterat, patre tamē postea apud hostes mortuo, appa-
 ret natum fuisse suum, ideoque testamentum rumpere si pro præterito ha-
 beretur. Melius ergo est, inquit; Tribon. vt in tanta utilitate quanta est susti-
 nendi testamenti vtiliter institutus videatur licet in alium casum natus sit,
 quā in quem fuerat institutus. Errant autem manifestissimè qui huius loci
 sententiam illam esse putant, vt cautionis loco ne tam facillè testamenta rum-
 pantur consilium dare Scæuola velit, concipiendæ institutionis verbis gene-
 ralibus eiusmodi illa sunt, *Qui mihi post mortē suus nasceretur*, aut, *quicquid mihi li-*
berorum natum erit post mortem. Nullo expresso casu aut mortis aut deportatio-
 nis aut captiuitatis filij ex quo conceptus sit nepos qui instituitur. Nam si cō-
 filium dandum erat commodius aliud excogitari non poterat quā quod à
 Pomponio traditur in d.l. commodissimè, vt qui nondum natus est, vel in
 vtrumque casum expressum vitæ & mortis instituatur, vel etiam purè neu-
 trius

trius temporis habita mentione. Atqui Scæuola de ea institutionis formula
 loquitur in qua additus & expressus sit casus ille specialis, *post mortem meam*.
 Et verò cum Aquilij formulam interpretaretur, non potuit ea verba præter
 mittere, quia nec Gallus potuerat cum posthumi sui institutio iure antiquo
 non nisi in hunc nominatim casum permissa esset vt supradicto Sententiariū
 loco Paulus refert: nec nisi post legem Velleā valere cœpit institutio post-
 humi talis qualis à Pomponio præscribitur in d.l. commodissimè, hoc est aut
 in vtrumque casum aut purè facta. Quæ omnia si vera sunt, vel hic maximè lo-
 cus probabit casum mortis trahi hodie ad casum vitæ, etiam si neque certum
 tempus, neque certum posthumi corpus in institutione demonstratum sit, cō-
 trā eorum errore qui putant his casibus non esse locum decisioni dictæ l.
 vi. C. de posthum. hered. insti. Vnus tantum in Pandectis textus est, ex quo
 tentari possit etiam antè Iustinianum casum mortis ad casum vitæ trahi po-
 tuisse: de quo sequenti capite dicendum nobis est, quod & superioribus ad-
 uersari, & non minùs emendatione aliqua quā noua interpretatione egere
 videatur.

Emendatio & interpretatio l. si pater filium 26. De vulg. & pupil.
subst. & l. posthuma 24. de liber. &
posthum.

CAP. V.

A I T lex. *Si pater filium impuberem heredem scripserit, & ei substi-*
tuerit si quis sibi post mortem natus erit, deinde viuo fratre posthu-
mus natus fuerit, testamentum rumpetur, Post mortem autem fra-
tris viuo patre natus, solus heres patri suo exisset. Locus sanè per-
 obscurus est, quia concisus, variâque admittens, si nostris cre-
 dimus, interpretationes. Accursio, Bartolo, & veteribus omnibus præter v-
 num Iacobum de Rauenna, placuit non de pupillari substitutione intelligi
 legem debere, sed de vulgari tantum, ideoque nihil referre an impubes an
 pubes filius scriptus proponatur. Substitutum autem esse hoc casu posthu-
 mum qui testatori non mortuo sed viuo nasceretur, post mortem tamen fi-
 lij instituti. Ideoque si viuo fratre nascatur, testamentum rumpere, quia non
 fuerit in hunc casum institutus, si post mortem fratris & patre viuo, non rū-
 pere, quasi purè institutum, purificata scilicet, vt loquuntur, duplici illa insti-
 tutionis condicione, qui tamen rumpere si post patris quoque mortem nas-
 ceretur. Vt pote in contrarium casum institutus, si viuo patre natus esset, sed
 propius intuenti mihi nō potest interpretatio hæc ratione vlla videri pro-
 babilis. Quid enim apertius, quā tractare Iulianum de pupillari substitutio-
 ne, & ob id nimirum de scripto here de impubere loqui, non etiam de pube-
 re? Etsi enim impuberi quoque vulgariter substitui potest perinde ac pube-
 ri, ea tamen substitutio ex Diuorū fratrum constitutione pupillarem etiam
 casum continet. Iam hoc iure 4. D. hoc ti. euaditque in pupillarem quoties
 pupillus patri heres extitit, ac postea impubes decessit. Instit. de pupill. sub-
 stit. in princi. Deinde quod lex ait, *si quis sibi natus erit*, sic intelligere vt sup-
 pleas *viuenti*, prorsus commentitium est, nec solum commentitium sed etiā
 improbabile cum statim sequatur, *post mortem*. Illud verò iterum absurdus,
 verba hæc, *post mortem*, referre ad mortem filij instituti, ac nō potius ad mor-

tem testatoris, ad quem proximam illam & præcedentem dictionem, *sibi*, referendam esse omnes fatentur, & apertissimum est. Ut taceam vulgarem & ex veteri iure receptam fuisse illam posthumi institutionem, Si post testatoris mortem nasceretur, ut superiore capite diximus ex Paulo lib. 3. sententi. 4. §. antepen. Nam etsi non ignoro Iuliani temporibus, & post legem Velleam potuisse institui posthumum sub ea quoque condicione Si viuo patre natus esset, cum tamen magis propriè posthumus is dicatur, qui post patris mortem nascitur l. 3. in princi. de iniust. rupt. vix est ut quis sub ea tantum condicione posthumum suum instituat, sed vel sub illa potius quæ vulgaris erat, Si post mortem nasceretur, vel sub vtraque ex Pomponij consilio in l. cōmo diffimè de liber. & posthum. ne tam faciliè testamentum ruperetur. Nec sanè memini legere me vllō iuris loco, posthumum sub ea solū condicione institutū proponi, Si viuo testatore natus esset, sed vel simpliciter, vel sub illa, Si mortuo testatore, vel sub vtraque simul. Sicut nec vsquam reperias institui posthumum qui post mortem fratris sui instituti nasceretur. Imò & tale testamentum ab initio nullum est & iniustum, utpote in quo præteritus sit ille ipse filius iam natus qui institutus proponitur. Nam cum ex testamento non possit deferri hereditas ne quidem suo heredi scripto, quandiu rumpi testamentum potest l. ventre 84. de acquir. hered. & in proposita specie testamentum in eo sit ut per agnationem posthumi rumpi possit nisi vno illo casu quo post fratris instituti mortem nascatur posthumus. Consequens est ut filius institutus non nisi post mortem suam scriptus videatur, ac proinde ut sit præteritus, qui scilicet quandiu vixit nec institutus fuerit nec exheredatus l. si ita scriptum 13. §. vl. l. filius 28. de liber. & posthum. Atqui manifestum est Iulianum eam speciem tractare in qua testamentum valeat quoad vsque per agnationem posthumi ruptū sit, & quod saltem eo casu valere possit quo post mortem fratris viuo patre natus sit posthumus, ut in fine legis scriptum est. Deinde quid ineptius quàm legis sententiam illam putare ut posthumus sub duplici condicione institutus, Si & viuo patre, & post fratris mortem nasceretur, heres esse possit vtraque impleta condicione, si aliud nihil impediatur? Itaque miror Iacobum Cuiacium in Commentariis ad d. leg. commodissimè, Accursij ad hunc locum interpretationem tam improbabilem adprobasse. Iacobus autem de Rauenna quem Bartolus refert, licet de pupillari substitutione legem interpretetur, Iuliani tamen sententiã affecutus non est, qui eam esse putat, ut tacita vulgaris quæ in pupillari expressa continetur non expiret defuncto pupillo viuo testatore quando impuberis frater est substitutus. Neque enim aut de tacita vulgari, aut de vi substitutionis Iulianus tractat sed de viribus testamenti, an & quonam demum casu agnatione posthumi rumpi possit. Videbatur namque posthumus omni casu præteritus, quippe qui non institutus aut exheredatus sed tantum substitutus esset siue vulgariter, siue pupillariter substitutum malis dicere. Illam verò tacitam vulgarem quæ in pupillari expressa ex Diui Marci rescripto continetur, certum est non idèò expirare quòd viuo testatore impubes cui substitutus datus fuerat, decesserit, siue impuberis frater, siue extraneus substitutus sit. Nam quod dici solet non aliter adiri hereditatem pupilli ex pupillari substitutione, quàm si paterna quoque ex paterno testamento adita sit, tum demum verè dicitur cum pupillus exheredatus proponitur nõ cum institutus fuit l. 2. §. adèd l. sed si plures 10. §. si ex asse D. hoc

si. l. ita tamen 27. §. qui suspectam D. ad SC. Trebell. Si quidem instituto impuberi datus substitutus, impubere aut ante patrem mortuo aut se abstinete potest ipse ex vulgari tacita patri succedere, atque ita vel pupillares quoque tabulas cõfirmare ut alio loco scripsimus, licet Goueanus passim dissentiat, vel si de pupillaribus tabulis tractari nihil possit, filiofamilias prædefuncto, paternam saltem hereditatem vindicare. Non enim solo pupillorum fauore sed etiam testamentorum nititur illa Diui Marci constitutio. Filio exheredato vulgaris tacita, aut, si melius loqui velis, à lege subintellecta, nulla est, cum non nisi ineptè possit sub ea condicione, *si heres non erit* substituere illi qui exheredatus est, nec heres esse potest. Rectius igitur Goueanus ad hanc legem, licet non omnino rectè, Iulianum sic explicat, ut in proposita specie testamentum rumpatur agnatione posthumi fratri impuberi substituti, quia in primo gradu præteritus reperitur: in quo omnes conueniunt, si viuo fratre posthumus natus fuerit. Quandiu enim frater viuit qui primo loco & solus institutus est non potest ex substitutione deferri hereditas l. quandiu institutus 69. D. de acquir. hered. Et consequenter non potest ea substitutio facere quin posthumus in primo gradu præteritus reperiat, siue viuo siue mortuo patre nascatur, quia quodocumque natus, loco eius est qui testamenti tempore superstes fuit l. si primo 8. in fin. de liber. & posthum. Sed quæri adhuc potest, Cur non admittat Iulianus, ut rupto primo gradu testamentum incipiat à secundo in quo posthumus institutus reperitur. Et respondet Goueanus non posse testamentum in secundo gradu consistere quòd in eo filius superstes præteritus sit. Non malè, sed minùs sufficienter nisi hanc rationem ex alia suppleas & adiuues. Possit enim adhuc obiici, quod verissimè est, sufficere ad validitatem totius testamenti ut filius in primo gradu sit institutus, nec esse necesse ut in sequentibus instituat vel exheredetur, d. l. si posthumus §. quod vulgo. l. 4. §. vlt. de hered. instit. Itaque addendum est, toties sufficere filium in primo gradu institutum fuisse quoties ex ea institutione cum secundi gradus heredibus heres esse potest, quod non aliter cõtingit quàm si habuerit coheredem cui substitutus datus est, primusque ille gradus valeat. Alioqui absurdum sit institutionem in primo gradu factam quæ vnà cum gradu rupta sit, ipsi filio nocere ut hereditatis paternæ commodo priuetur sicut in simili de exheredatione quoque scriptum est in l. filium 20. vers. Iulianus de bonor. poss. contr. tabul. Hic autem fieri nequeat, ut simul cum posthumo substituto admittatur filius institutus, cum duo gradus sint successionis ordinem necessariò inducentes arg. l. cum in testamento 37. de hered. instit. & l. prox. sup. hoc ti. ne fiat contra voluntatem si adiectum coheredem demus substituto cui totum testator dederit arg. l. verbis ciuilibus 7. D. hoc ti. sed & respondere Goueanus potuit, & melius, non posse in proposita specie testamentum consistere in secundo gradu in quo posthumus est institutus, nec si frater in eodem institutus esset aut exheredatus, quia posthumus in primo gradu præteritus si nascatur viuo instituto rumpit totum testamentum, nec sequentem gradum valere patitur. In quo sanè plus iuris habet quàm filius iam testamenti tempore natus, & in primo gradu præteritus, in secundo vel institutus, vel exheredatus l. nam etsi 5. vers. rumpendo de iniust. rupt. Et quod dicitur posse fieri ut posthumus partem duntaxat testamenti rumpat, tunc euenit cum in primo gradu est exheredatus, in secundo præteritus l. 3. §. vlt. & l. seq. l. si ego 19. eod. l. si posthumus 14. de libe. & posth. Posthumo

autem instituto in primo gradu licet præteritus sit in sequentibus totum testamentum valet si modò nihil sit quod impediatur ne primus valere possit, quia nihil imputari potest patri qui posthumum in primo gradu heredem instituerit. Nec minus in posthumo quam in filio iam nato locum habet quod scriptum est in d. §. quod vulgo l. posthumus 14. de lib. & posth. Si autem fratre iam mortuo posthumus nascatur, quæ secunda legis pars est, longè difficilior videtur. An testamentum omnimodo & indistinctè rumpat. Nam quod Iulianus ita scribit, *Post mortem autem fratris viuo patre natus solus heres patri suo existet* distinctionis materiam Goueano præbuit, Post patremne, an verò antè patrem filius primo gradu institutus decesserit. Vt si antè patrem eo demum casu posthumus non rumpat testamentum, propterea quòd institutione fratris facta quasi caduca substitutio posthumi ad intellectum institutionis reuocetur l. cum ex filio 39. §. quidam hoc ti. Si verò post patrem adhuc rumpat, quia in primo gradu præteritus reperitur. Et sanè vix est ut alium sensum admittat verba illa *viuo patre* quæ haud dubiè essent superflua si nihil referret viuonem an mortuo patre frater posthumi decessisset. Videamus tamen ne falsum sit quod ille putat, rumpi testamentum à posthumo post fratris mortem nato, si post patrem frater decesserit. Nam certi iuris est non aliter rumpi testamentum agnatione posthumi, quam si eo tempore præteritum se inueniat quo nascitur l. 3. §. ex his apparet de iniust. rupt. l. 2. C. de bonor. poss. contr. tabul. Hic autem de quo agimus licet in primo gradu præteritus fuerit, reperit tamen se institutum cum nascitur, quippe qui post fratris mortem natus & eo tempore quo de primo gradu amplius quærendum nihil est, hereditatè patris possit sibi ex substitutione acquirere. Neque enim frater iam mortuus obstare potest quominus posthumus substitutus heres existat ex substitutione pupillari si modò in pupillari ætate decesserit. Nam si iam pubes factus diem suum obiisset, cum pupillaris substitutio extincta & finita esset, posthumus qui substitutus tantum fuerat, præteritus reperiretur, & ita testamentum agnatione rumpere. Nec ad rem pertinebit si quis obiiciat substitutionem pupillarem testamentum esse filij, nec proinde valere posse in vllum casum siue vulgarem siue pupillarem, si paternum ipsum testamentum non valeat l. ex pupillari 44. hoc ti. Nam respondeo, eum quoque qui impuberi substitutus sit, non minus patri quam ipsi impuberi heredem esse l. j. §. j. sup. l. prox. j. eod. l. si ita scriptum 8. §. filio de bonor. poss. secund. tab. & ideo non minus videri eum testamento patris institutum secundo gradu, quam si alij cuiuslibet instituto vulgariter substitutus fuisset: cum patris & filij testamentum vnum sit l. paterfamilias 28. de reb. autor. iudic. possid. aut saltè pro vno habeatur tam civilis iure quam Prætorio l. patris 20. hoc ti. Vnde illud quoque fit ut posthumus qui pupillo alienus sit, heres ei dari possit dummodò sit suus testatori l. 2. §. prius autè, hoc ti. quod falsum esset, nisi ea ratione fieret, quòd quisquis pupillo substituitur ab ipso patre institutus videatur. Alioqui enim obstaret iuris civilis regula, quæ alieni posthumi institutionem non admittit. Sed & ex eodem fonte manat quod qui patri necessarius est, idem pupillo quoque est d. §. prius autem. l. sed si plures 10. §. quos possum eod. Valebit igitur testamentum patris filio instituto etià post patrem mortuo, posthumoque qui in secundo gradu pupillariter substitutus, in primo præteritus fuerat, deinde nato, quia quo tempore natus est nihil ei obstat quominus possit ex testamento heres esse, & quidem solus, sublato iam fratre de medio: Vt proinde absurdum sit dici eum præteritum qui solus sit heres.

heres. Atqui, inquit, vel ob id saltem testamentum erit nullum quod, ut supra diximus, filius institutus quandiu vixit non potuerit heres esse, cum toto illo tempore testamenti vires in pendentem fuerint, incerto eo an posthumus viuo fratre nasciturus esset necne d. l. si ita scriptum 13. §. vlt. d. l. filius 28. de liber. & posthum. Sed respondeo filium quidem priusquam moreretur non potuisse heredem existere propter metum & periculum rumpendi testamenti dict. l. ventre 84. de acquirend. hered. At quo instanti mori cœpit, heredem extitisse, quoniam eo demum instanti certum quoque esse cœperit non nasciturum eo viuo posthumum, & consequenter testamentum amplius rumpi non posse ab illo, qui se institutum postea reperitur sit arg. l. vlt. De condict. instit. l. si filius 16. de liber. & posthum. Estque hic casus valde singularis in quo testamentum valet adeò ut ex eo heres filius extiterit, nil obstante præteritione posthumi deinde nati: Nempe cum posthumus substitutus est, & post fratrem institutum natus. Quid ergo sibi vult Iulianus iis verbis, *viuo patre*? An ut testamentum non aliter valeat quam si posthumus & post mortem fratris, & viuo patre natus sit? Minimè. Quinimò posthumus ita institutus aut substitutus si post mortem testatoris nascatur, rumpit testamentum si nascatur viuo testatore, ut superiore capite ex Pandectarum iure disputauimus. Deditque ea res causam interpretationi Accursij ut ad dictionem illam, *sibi*, adiecerit, *viuenti*, & ea verba, *post mortem*, ad fratris non ad patris mortem retulerit, quod nos iam refutauimus. Goueamus verò difficultatem hanc sic eludit ut dicat verba illa, *viuo patre*, non ad sequentem dictionem, *natus*, referenda esse, sed ad præcedentia *post mortem fratris*, ponendamque in textu virgulam post *patre*, non post *natus* (sic enim in eius commentariis legendum est,) ut sensus sit mortuum quidem fratrem viuo patre, sed natum posthumum post mortem patris, quod certè durius est quam ut admitti possit. Adde quod & nos iam probauimus nihil referre an filius institutus idèque posthumi frater decesserit viuo patre, an mortuo, sed tantum an viuo fratre natus sit an post eius mortem, ut si viuo fratre, rumpat omnimodo testamentorum etià prædefuncto patre, multò magis eo adhuc superstitè, si post fratris mortem, non rumpat dummodò non viuo patre nascatur. Itaque cum hæc verissima sit nec obscura legis sententia, quid superest nisi ut ea verba, *viuo patre*, quæ sola tot inexplicabiles perplexitates induxerunt deleamus & in glosam inepti cuiusdam interpretis vnde irreperunt relegamus? Fefellit interpretem quod lex ait posthumum post mortem fratris natum solum heredem patri suo existere: quasi id fieri non possit nisi ponas natum eum viuo patre, cum si patri filius superfuisset ipse primus heres patri extitisset, non igitur posthumus solus. Sed animaduertere debuit imò verò posse fieri ut filius patri superstitè ei heres extiterit, nempe si viuo illo non sit natus posthumus, nec eò minus tamen post eius mortem posthumus quoque heres existat, & quidem patri, licet etiam fratri simul ex pupillari substitutione, adeoque solus posteaquam nemo amplius est qui possit aut impedire aut concurrere. Ex quo apparet non idem dici posse si testator filium puberem instituerit, eique posthumum vulgariter substituerit. Omnimodo enim testamentum rumpetur non solum si viuo fratre posthumus natus sit, sed etiam si post mortem fratris, utpote defecta conditione vulgaris substitutionis, quæ scilicet numquam euenire possit, atque ita præterito posthumo non minus in secundo quam in primo gradu.

Nam si obiciat fieri posse ut frater qui patri superstes fuit siue pubes siue impubes paterna hereditate se abstinerit, & hoc saltem casu perinde conditionem vulgaris substitutionis euenire atque si uiuo patre frater decessisset, saltem si non deliberante sed iam absento fratre posthumus natus sit: dicam errare te si existimas posse fratrem abstinere paterna hereditate quandiu rumpi testamentum potest agnatione posthumi. Etenim si verum est quod supra monuimus non deferri hereditatem ex testamento quod in eo sit ut ut rumpi possit d.l. ventre 84. de acq. hered. consequens est ut sicuti filius eo testamento scriptus immiscere se non potest, ita nec abstinere queat, quoniam priusquam delata sit hereditas, nec immixtionis nec abstentionis ius illi competat. Ergo nec illud fieri potest ut posthumus cum nascitur uiuo fratre, reperiat fratrem exclusum sequi institutum, hoc est ut fratre uiuo existat unquam condicio illa vulgaris substitutionis, si heres non erit. Imò, quod magis mirum est, nec fratre mortuo, quia, ut diximus, ipso instanti mortis heres fuisse intelligitur, (ex quo certum esse coeperit testamentum amplius rumpi per posthumum non posse.) Et quidem necessarius, quia neque se abstinere eo instanti potuerit, cum non sicut hereditas suo heredi acquiri in instanti potest ita & in instanti ab eo omitti possit. Acquisitio siquidem sit sola iuris potestate & hoc ipso quod hereditas suo heredi defertur, ommissio autem non nisi per abstentionem, abstentio uero non in instanti sed in tempore, quia factum hominis requirit, nec per alium quam per ipsum filium fieri hoc casu potest arg. d.l. ult. de condi. inst. Est namque non ignoro posse pupillum abstinere per tutorem l. pen. de autor. tutor. l. ex contractu 44. de re iudic. id tamen non aliter procedit quam si tutori confert delatam pupillo hereditatem, quod hic non euenit, quia nec defertur nisi eo ipso instanti quo pupillus moritur: post pupilli uero mortem sera & ridicula tutoris abstentio fuerit. Cum igitur abstentio hec neque per ipsum pupillum, neque per eius tutorem fieri possit eo praesente instanti quo pupillus moritur, restat ut pupillum qui numquam se abstinerit, patri suum & necessarium heredem extitisse concludamus, idque ex testamento l. j. §. qui sunt in potestate D. si quis omitt. caus. test. sicut & ab intestato heres esset si eo mortis instanti certum esse inciperet neminem ex eo testamento heredem futurum d.l. si filius 16. de liber. & posthum. Hinc uero & illud quoque necessarium sequitur, conditionem vulgaris substitutionis, quae illa est, si heres non erit, existere nunquam posse in proposita specie, hoc est in persona filii qui moriens ita fuit heres ex testamento necessarius, ut quandiu uixit abstinere se nunquam potuerit. Ac proinde cum omni casu reperitur posthumus praeteritus, qui fuit tantum vulgariter substitutus, nisi cum vulgaris substitutio impuberi facta trahitur ad pupillarem ex Marci constitutione, illud quoque euenire necesse est ut omni casu rumpat testamentum: etiam si post mortem fratris nascatur, licet mortuo iam patre, ac multo magis si uiuo adhuc patre, cum eo casu rumperet, tamen si primo gradu fuisset institutus ita nominatim concepta conditione institutionis. Si post mortem nasceretur d.l. commodissime. Eadem porro aut potius contraria ratione fit, ut si proponas institutum filium siue puberem siue impuberem emancipatum fuisse, qui moriens ipso iure heres esse non potuerit, aliud prorsus dicendum sit, hoc est ut ei instituto uiliter possit substitui posthumus frater in casum vulgarem, quia casus ille possit contingere mortuo quocumque emancipato ante natum posthumum, cum emancipatus nec citra aditionem heres esse possit, nec adire priusquam hereditas deferatur, nec

nec hereditas deferri ex testamento quandiu rumpi testamentum potest, nec rursus ab intestato quandiu speratur posthumus ex testamento heres futurus. Tantò magis quòd nec emancipati filii praeteritione testamentum iniustum dici possit: sed tamen quoniam siue ex testamento, siue ab intestato rem ille omnimodo habiturus fuit aut ciuili iure, si posthumus non natus fuisset, aut iure saltem Praetoris, si testamētum uiuo eo per agnationem posthumi ruptum esset, æquissimum erit hoc etiam casu accommodari ei decretum illud cuius mentio fit in d.l. ventre, & in l. 4. §. ult. iunct. l. 5. de bon. poss. contr. tabul. & de quo late scripsimus lib. 1. cap. 10. Notandusque est perelegans hic casus quo decretum illud necessarium fit à nemine adhuc ex interpretibus nostris animaduersus. Cum autem Iulianus non de emancipato filio loquatur, sed de suo herede, ut probant illa uerba, *solum heres patri suo existet* (existere enim proprium uerbum est suorum heredum non emancipatorum l. in suis 14. de suis & legit.) fatendum est non posse legem hanc de uulgari substitutione intelligi, sed tantum de pupillari, quae nec puberi fit nec emancipato: quae res magis me confirmat ut ea uerba *uiuo patre* delenda esse existimem. Coniecturam iuuat quòd in praecedentibus idem ferè error Florentinam quoque lectionem inuaserat, quae sic habet *testamentum uiuo rumpetur*, ubi nemo non uidet & alij Codices probant dictionem *uiuo* esse irreptitiam. Idem error, imò longè foedior irrepsit in l. Gallus 29. §. forsitan de liber. & posthum. in illis uerbis, *is que uiuo patre*, ubi pro *uiuo* alij codices habent mortuo, & rectius, ut facile appareat uetustiores interpretes dum hos locos tractarent in quibus praecipue inspiciendum est uiuone an mortuo testatore natus sit posthumus, non sibi temperasse quin suas adhiberent interpretationes, & contextui infererent. Ita fore existimantes ut apertior & facilius fieret legum sententia quam ex contrario dum incauti decipiuntur miris perplexitatibus innodarunt. Sic & in l. posthuma 24. de liber. & posthum. ut hoc quoque subiiciam, puto abundare eadem ipsa uerba *uiuo patre*. Nam cum posthuma sub conditione heres instituta est si pendente conditione nascatur etiam mortuo patre perinde rumpitur testamentum atque si uiuo patre nata esset, arg. l. cum posthumus 22. eod. ubi scriptum est cum posthumus sub conditione instituitur, casuali scilicet vel mixta, non etià potestatiua ut rectè Accursius interpretatur (siquidem potestatiua, nec uiciat institutionem, nec ante posthumi natiuitatem impleri potest) ita demum non rumpi testamentum agnatione posthumi, si priusquam nascatur condicio extiterit. Neque enim hac parte differentia ulla est aut olim fuit inter posthumum & posthumam, quānis inter filios iam testamēti tempore superstites differentia esset ut Caius & Iustin. in Instit. scribunt, adeoque inter posthumum & posthumam, quòd ad exheredationem nominatim faciendam attinebat, aut etiā institutionem. Poterat. n. posthuma non itē posthumus inter ceteros institui vel exheredari, dummodo exheredatæ aliquid legaretur, ut refert Vlp. tit. 22. qui her. inst. poss. §. posthumus filius 21. in fragmēt. Quae omnia Iustin. sustulit in l. maximū uitiū 4. C. de liber. praet. Ideoque de posthuma Paulus loquitur in d. l. posthuma, non quasi aliud sit in posthumo, sed ut intelligamus, quānis dubitandi ratio maior sit in posthuma, ut non tam facillè atque posthumus testamentum rumpere uideatur, propter sexum cui alioquin minus faueri solet, idē tamen ius hic aduitti debere. Sanè posthumam certū est rumpere testamentum non solum si sub conditione instituta sit, & conditione pendente nascatur, sed etiam si non scripta fuerit

quoties viuo testatore nascitur, si ius antiquum inspicias, si verò legem Velleam, quoties sub ea demonstratione scripta est *qua post mortem meam nascetur*, quoniam apud Iureconsultos, & antè Iustin. in d.l.vlt. C. de posthum. hered. instit. institutio facta in vnum casum, ad alium omissum trahi nunquam potuit. Proinde rumpit quasi præterita. Abeant itaque qui contrariã sententiã ex hoc Iuliani loco probare velint, aut aliã Iuliani sententiã querere.

Ad §. si eius l. Gallus.

CAPVT VI.

VI filium habebat, & nurum prægnantem, posthumum nepotem instituerat. Nurus ab hostibus capta apud eos pepererat, superstitionibus adhuc in ciuitate auo & patre, Tum pater ante auum decesserat: Auo subinde mortuo nepos ab hostibus redierat. Quærit Scæuola, utrũ casus hic ad legẽ Velleã respiciat, an ad ius antiquũ aptandus sit, hoc est, an posthumus hic nepos testamentum non rumpat tanquã institutus ex præscripto Aquilianæ formulæ, an potius tanquam institutus in eũ casum qui lege Vellea cõprehensus est. Ponimus enim nepotẽ hunc institutũ nõ sub ea nominatim cõdicione quæ Galli Aquilij formula continetur, *si post aui mortem nasceretur* (alioqui frustra de lege Vellea dubitaretur, ad contrariũ casum pertinente si viuo testatore suus nascatur, qui casus in casu mortis cõprehendi nullomodo potest l. cõmodissimè 10. de lib. & posthum.) sed simpliciter & nullo casu expresso. Ex consilio Põponij in d.l. cõmodissimè, & aliorũ de quibus Scæuola in hac l. Gallus §. quidã rectè. Non quærit Scæuola, an posthumus hic nepos, simpliciter vt dictũ est, institutus testamentũ rumpat. Põnit enim pro certo non rumpere vt probant sequentia illa, *Sed cõtestamentũ ab eo non rumpatur.* (hoc verò cur ita, dicemus postea) At de illo duntaxat dubitat, An idẽd non rumpat quòd vtiliter institutus videatur ex iure antiquo, an quòd ex iure nouo, hoc est ex lege Vellea. Ius enim antiquũ intelligit non legẽ duodecim tabularum, sed ius ciuile quòd Aquilij tẽporibus & ante legẽ Velleã, quæ nouũ ius fecit, obtinebat. Quærit igitur, an vtiliter hic nepos institui potuerit iure ciuili veteri, an verò ex lege Vellea. Nec tamen decidit quidnã probabilius dici possit. Nostri verò quòd ille prætermisit sic suppleat vt legẽ diuersa sentiant. Sunt namque qui putẽt posthumi huius institutionẽ defendi posse ex iure antiquo, propterea quòd cũ ab hostibus post patris & aui mortem redit posthumus, eo demũ instãti nasci videatur, vt pote qui in illũ vsque diẽ nec ciuis Romanus fuerit, sed seruus hostiũ, nec proinde iuri ciuili cognitus, quòd neq; Romanorum seruos agnoscit l. quòd attinet 32. de regul. iur. Casus autẽ in quo ius ciuile vetus permittebat posthumi sui institutionẽ, ille erat, si post testatoris mortẽ nasceretur, vt pluribus disputauimus cap. i. sup. Aliis placet defendi hãc institutionẽ ex lege Vellea duntaxat propter fictionẽ postliminij quæ omnia retrò agẽs, facit vt viuo adhuc auo nepos hic natus videatur, quo scilicet viuo captus sit ab hostib. Quã sententiã vir doctissimus Iac. Cuiacius probabiliorẽ arbitrat. Alij, vt subtiliores videãtur, magis probãt vt vtroq; iure institutio hãc defendatur. Vetere quidẽ si fictionẽ inspicias, quasi ficta natiuitas illa sit cũ captiuus redit ab hostib. Nouo autẽ si veritatẽ attẽdas, q̃ reuera natus sit viuo auo, qui apud hostes antè mortẽ aui natus est: vt de illo tantũ dubitet Scæuola an veritatẽ an fictionẽ spectari oporteat, i. an qui natus est apud hostes, videatur natũ in ciuitate: qui natus est nõ suus, videatur natũ suus. quæ videtur fuisse veterũ omnĩũ opinio, à Cuiacio quoq; parũ sibi hĩc cõstãte p̃bata. Mi-

hi verò, pace tãtorũ virorũ dixerim, prorsus desipere hi omnes vidẽtur. Nã si verum est, quòd sanẽ negari non possit, partum in ciuitate conceptum & apud hostes editum si postea quãdocunq; in ciuitatem redeat habere ius postliminij vt & locus hic probat, & l. ab hostibus 15. §. i. Ex quib. caus. maior illud prorsus cõsequens est, posthumũ hunc nepotẽ quãdocunq; reuersum etiã post mortẽ aui, semper tamẽ & in ciuitate, & in potestate fuisse retrofin gil. non vt à patre 8. l. retro 16. & pass. D. de captiu. & postlim. Quòd si ita est non minũs ex fictione quã ex veritate dici potest natum fuisse eum viuis patre & auo, ac proinde nullomodo posse institutionẽ eius defendi ex iure antiquo, quòd ne sui quidem posthumi institutionẽ aliter permittebat quã si is & suus & post testatoris mortem nasceretur. Itaque hoc casu fictio postliminij cum veritate congruit. Prorsusque noua & inaudita est fictio illa quã isti comminiscuntur vt qui ab hostibus redit tum demũ agnasci videatur. Cũ non solũ rei veritas repugnet, sed etiam postliminij fictio quæ contraria ista fictione deleretur. Illud sanẽ plus est in postliminij fictione quã in veritate, quòd qui reuera apud hostes & natus & educatus est, in ciuitate natus fuisse ac perpetuò vixisse creditur, vnde illud quoque fit vt qui reuera natus est seruus hostium, & alioqui pro nullo computandus iure ciuili, videatur tamen natus viuo patre qui tum cũ hic apud hostes natus est viuebat in ciuitate & sub patris sui eiusdemque testatoris & aui potestate. Sic euenit vt concurrente quòd ad hoc etiam pertinet postliminij fictione cum rei veritate, non minũs verè quã fictè dici possit nepotem hunc natum fuisse non suũ, & consequẽter talem qui nullo iure institui potuerit, nec veteri nec nouo iure. Id enim iuri veteri cum nouo, hoc est cum lege Vellea commune fuit, quòd neutrum patiebatur institui posthumum nisi qui suus esset. Et quidem aut eo tempore quo institueretur ac ita demũ si post testatoris mortem nasceretur (quæ fuit iuris antiqui constitutio) auo eo saltem tempore quo nasceretur tametsi viuo testatore, quòd Vellea lex introduxit. Frustrã igitur labores in quærendo & inuestigando, an ex antiquo iure an potius ex lege Vellea vtiliter institutus videatur is quem constat nullo iure institui potuisse. Idq; & Scæuola ipse fatetur in §. ille casus j. hac leg. in illis verbis: *Porro præcedere debet vt vtiliter sit institutus, quòd nullo iure potuit is qui nondum natus erat.* Nam in illo §. eandem prorsus quam in isto speciem tractat de auo qui filium habens, nepotem nondum natum instituerat, postea viuis patre & auo natum, deinde post obitum patris viuo adhuc auo mortuum: hac sola differentia, quòd hĩc tractat de nepote nato apud hostes mox post patris & aui mortem reuerso, illic verò de nepote qui nõquam apud hostes fuerit. At qui nemo dixerit, nepotem apud hostes editum melioris condicionis esse debere hactenus vt vel suus natus fuisse vel faciliũs institui potuisse videatur quã si ab hostibus nunquam captus fuisset. Postliminium enim eandem quidem condicionem facit reuersi ab hostibus quæ esset si in ciuitate semper mansisset, sed meliorem facere non potest. Cũ igitur institui nõ potuerit hic posthumus nepos siue ex veritate, siue ex fictione natũ eum dicas, vel viuo, vel mortuo testatore, quia tam rei veritate, quã postliminij fictione inspecta natus est non suus. Parum certè subtiliter faciũt qui rationem reddentes cur testamentum non rumpat, hanc adferunt quòd commodissimè sit institutus. Quasi vt commodissimè institutus quis videatur sufficiat ita esse institutũ vt commodiũs institui non potuerit, ac non priũs de illo quærendũ sit an ali-

quo modo aut aliquo iure institui potuerit. Nam qui nullo iure institui potest multò minùs possit commodissimè institui. Et tamen testamentum non rumpit, ut ait Scæuola, An quòd, ut fert secūda Accursij interpretatio, nec præteritus ruperet? Nā si ita est, frustrā sanè quæramus, an iure aliquo vtiliter institutus sit, qui vtiliter potuit præteriri. Constāque tam antiquo iure ciuili quàm lege Vellea non alios prohiberi rumpere, cum instituti sunt vel exheredati, quàm qui rumpent si essent præteriti. Atque ita Goueanus quoque sentit in posterioribus suis ad hunc locum Commentariis. Sed ego nō probo. Esset enim ridicula quæstio: An nepos hic ita ut dictum est institutus testamentum rumpat si nec præteritus rumpet. Et in d. §. ille casus in quo eadem, ut dixi, species proponitur de instituto nepote, qui & natus sit nō suus, & post mortem patris viuo auo decesserit, aperte Scæuola scribit, Iuliani sententiam necessariò admittendam fuisse ut nepos hic institutus testamentum non rumpet commixtis scilicet duobus capitibus legis Velleæ: Quod vti que superuacuum fuisset si etiam præteritus non rumpet. An igitur si præteritus esset rumpet adgnascendo an succedendo? Alterutro siquidem ex his modis rumpat necesse est. Atqui agnascendo non potest rumpere qui non nascitur suus. Hic autem cum & reuera & ex fictione postliminij nascatur viuo patre suo herede, suus heres auo nasci non potest, nec si semper in ciuitate fuisset, quia pater eum præcederet. In eoque omnes consentiunt, quia nec dubitandi ratio vlla est. Et hac de causa fortassis possit quis dicere Scæuolam negare hunc nepotem rumpere, quoniam tota hac lege vsque ad §. sequenti parte, non nisi de iis posthumis tractat qui si præteriti sint agnascendo rumpunt, quoniam & de iis solis instituendis Gallus, & Velleus tractarunt. Cum, quòd ad eos attinet, qui succedendo rumpunt secunda pars legis Velleæ sic prouiderit ut non tam institui eos permiserit, quàm veterit rumpere, si modò instituti essent vel exheredati d. §. ille casus. Ut proinde quod in fine huius §. Scæuola scribit: *sed cum testamentum ab eo non rumpatur, nihil refert vtrum ex iure antiquo an ex lege Vellea excludatur,* perinde sit ac si diceret frustrā quæri an nepos hic vtiliter institutus sit ex iure antiquo an ex lege Vellea, ut excludatur à potestate rumpendi testamenti, cum non rumpat agnascendo, de iis autem solis instituendis Gallus & Velleus egerint qui testamentum rumpere agnascendo possunt quoties sunt præteriti. Verùm quoniam verba illa, *cum testamentum ab eo non rumpatur,* tam generalia sunt ut omnem rumpendi modum excludere Scæuola videatur, hoc est, siue agnascendo, siue succedendo, inuestigandum nobis est an nepos hic præteritus, quem diximus non rumpere agnascendo, rumpat succedendo. Nam ut rumpat illud omnino facit, quod cum fictione postliminij videatur semper fuisse in ciuitate, eadem ipsius condicio esse debeat in omnibus nec melior aut deterior quàm si nunquam apud hostes fuisset. At si in ciuitate mansisset, eiusque pater antè aut decessisset, proculdubio successisset ille in locum sui patris, atque ita succedendo aui testamentum rupisset l. posthumorum 13. j. ti. prox. Cur non ergo rumpet quancumque reuersus ab hostibus? An quia extremum fictionis ad quod non sit habile? ut Bartolus, Castrensis & veteres omnes existimant? Sic enim sentiunt, posthumum hunc qui apud hostes natus sit non posse videri aut retrofrangi mansisse in ciuitate in qua nunquam antea fuerit. In quo labitur apertissimè. Nam ut maximè verū sit requiri necessariò ad inducendam postliminij fictionem, quòd in ciuitate aliquando fuerit is qui in ea perpetuò mansisse

mansisse videri velit, Constat eum qui in ciuitate conceptus est licet apud hostes natus sit, statim atque in vtero fuit, pro iam nato habitum fuisse, præfertim quòd ad postliminij fictionem attinet l. penult. D. de stat. homin. indeque fieri quod pterisque iuris locis scriptum est ut partui quoque postliminium detur d. l. ab hostibus 15. §. j. ex quib. caus. maior. l. si quis filio 6. §. siue autem infr. ti. prox. nimirum si apud hostes natus tantum non etiam conceptus fuerit, ut sequenti capite differemus. An ergo verius est quod Goueano placuit nepotem hunc de quo tractamus idè non rumpere aui testamentum succedendo, quòd in aui potestatem numquam reuersus sit, quo scilicet iam mortuo ab hostibus repedauerit? Verùm & huic sententiæ ipsa iuris ratio refragatur, quæ propter fictionem postliminij facit ut nepos hic sicut in ciuitate ita in aui potestate semper fuisse intelligatur, adè ut nec tractari possit an in potestate reuersus sit de qua nunquam exierit. Nisi velis defendere ob eam causam cessare hinc postliminij fictionem quæ extremum à quo non sit habile iam defuncto auo quo tempore nepos ab hostibus reuertitur. Sed hoc multò minùs dici potest. Non enim ex aui, sed ex ipsius nepotis persona inspiciendum est an extrema sint habilia: sufficitque nihil prohibere quominus nepos apud hostes natus in ciuitate semper mansisse fingatur, ut cætera omnia consequantur, quæ pro factis haberentur si numquam hostium potitus fuisset, alioqui non esset plenum & integrum ius postliminij, sed diminutum & dimidiatum, quale esse non magis potest quàm illud fieri ut eodè tempore vnus idemque homo & liber sit & seruus, & in ciuitate & apud hostes. Atqui si nepos hic semper in ciuitate mansisset, haud dubiè prædefuncto patre viuo auo in patris locū successisset, ac succedendo aui testamentum rupisset. Idem ergo admittendum quoque est cum in ciuitate conceptus, apud hostes natus in ciuitatem rediit, mortuo etiam patre: Cæteroquin eadem iuris ratio faceret, ut iam natus filius ab hostibus captus, & patre mortuo reuersus, patri suus heres existere non posset, cum suus heres ille sit qui mortis tempore & in potestate est & primum gradum occupat in causa succedendi d. l. si quis filio 6. in princip. infr. ti. prox. l. si filius familias 33. §. j. de testam. milit. l. scripto 7. D. vnd. liber. At constat filium qui apud hostes sit testamenti tempore licet impunè præteriri possit si in eadem causa decedat, si tamen ab hostibus redeat etiam post mortem patris perinde iniustum facere testamentum iure sui heredis præteriti, ac si cum testamentum cõdebatur in ciuitate fuisset §. in omnibus j. hac leg. l. pen. hoc ti. d. l. si quis filio 6. §. sed si pater j. ti. prox. Adè ut quandiu pendet an filius ab hostibus rediturus sit, hoc est quandiu viuit, neque ex testamento neque ab intestato deferatur hereditas l. nec nos 4. C. de postlim. reuers. ne nepoti quidem, cuius intereà ius pendet ac in suspensio manet l. si quis posthumos 9. §. si filium hoc ti. Nam & si pater ab hostibus captus esset filio in ciuitate relicto, tum filio iam mortuo pater rediisset, eadem postliminij fictione omnia quæ medio tempore filius quæsiisset, patri acquisita censerentur, quasi nunquam egresso filio potestatem patris: nec patri posset obiici extremum à quo non esse habile ut filius iã tum mortuus in potestatem redire nequeat, utpote qua nunquam fuerit in plenum liberatus propter suspensi iuris constitutionem l. proponebatur 9. de castr. pecul. l. penult. D. de suis & legit. l. bona 22. §. j. de captiu. & postlim. Denique captum ab hostibus filiū patre mortuo medio tempore lex postea reuersum si in potestate patris tempore quo capiebatur fuit suum facit heredem, siue te-

status siue intestatus pater decefferit l. captū 9. C. eod. (vbi tamē obserua ditionē illā *Cornelia* abundare & vel ab imperito interprete additam vel ex scriptoris incitua ex ditione *postea* quæ ibidem optimè quadrat conflata: cum apertissimum sit non ex lege *Cornelia* id fieri sed ex *postliminij* fictione quæ multum distat à lege *Cornelia* & moribus ac naturali æquitate prius quàm lege vlla videtur introducta l. *postliminium* 29. eod.) Quod itaque in filio ab hostibus reuerso *postliminium* facit etiam mortuo patre, idē in persona nepotis faciet post aui mortem ab hostibus redeuntis si modò antè aui pater decefferit: ac proinde succedendo, testamentū aui rupisse intelligetur non minùs quàm si semper in ciuitate māsisset, quasi viuo auo in locū patris successerit. Non enim *postliminij* fictio facit vt rediisse in ciuitatē nepos videatur viuo auo, sed vt nūquam abfuisse intelligatur. Cū igitur necessariò fatendū sit nepotē hunc aui testamentū rumpere succedendo, consequens est vt rumpat non solū si sit præteritus, sed etiam si institutus inspecta iuris veteris ratione. Nam antè legem *Velleam* nepotes omnes qui in suorū locū succedendo sui heredes fiebant succedendo rumpebant, quamuis instituti essent, & institui potuissent, ob idq; necessaria fuit lex *Vellea* cuius secūdo capite prohibiti sint rumpere d. §. ille casus infr. Ergo quod ait *Scæuola* testamentum ab eo non rumpi rationem illam habere non potest quòd sit institutus: cū in iis qui succedendo rumpebant antè legem *Velleam* nihil planè referret an instituti essent an præteriti, nec tamen aliter institui poterant, quàm si iam nati essent. Planè post legem *Velleam* interest, quoniam eos solos succedendo rumpere lex prohibuit qui vtiliter instituti essent vel exheredati d. §. ille casus. An autem ex eo inferemus legis *Velleæ* potestate fieri vt nepos hic testamentum non rumpat succedendo? Minimè. Nam sicut legis huius primo capite eorum tantū posthumorum institutio permilla est qui & sui heredes, & viuo testatore nascerentur, in quorum numero non est hic de quo agimus, quia non suus & viuo patre natus est: ita secūdo capite nō de permittenda nepotū institutione locuta lex est, sed de iis dūtaxat agēs qui omni iure institui poterant saltem tanquàm extranei, hoc est de nepotibus natis, id solū constituit quòd legis autoritate constitui necesse erat, vt si vtiliter instituti essent vel exheredati testamentum rumpere prohiberentur. At nos de eo nepote agimus qui testamenti tēpore necdū natus erat, nec in eo vt si tū natus fuisset suus heres auo existeret potuisset, quippe quē pater præcedebat: quique ob eam causam nullo iure institui poterat. Non magis igitur ad secundū quàm ad primū caput legis *Velleæ* casus hic pertinet. Quòd cū ita sit, illa semper dubitatio manet quid illud sit quòd *Scæuola* negat testamentū ab eo rumpi: non puto aliud responderi posse quàm quòd res est, *Scæuolam* respexisse ad ius illud, quòd iam tū *Iuliani* autoritate receptū erat, & exploratū, quo defēditur institutio nepotis huius, qui & viuo patre natus sit, & in prædefuncti patris locum viuo auo successerit, vt nec præteriri eum necesse sit, nec eo instituto vereri oporteat ne succedendo testamentum rumpat, quasi commixtis legis *Velleæ* capitibus. Priore quidem ad permittendā institutionem eius qui alioqui præteritus succedendo rumpat. Posteriore verò ad prohibendū ne succedendo rumpat is qui vtiliter fuerit institutus. Hic enim *Iuliani* casus est, de quo idē *Scæuola* tractat in §. ille casus 3. huic nostro prorsus similis, imò idem penitus, nisi quòd in hoc §. ponit nepotē apud hostes natū & post mortē patris atq; aui reuersū. Quæ tamen circūstantiæ nullā iuris diuersitatē inducūt, nepe propter fictionē *postliminij* quæ nō solū ca-

ptiuitatis, sed etiam liberationis & reditus memoriā sic obliterat, vt nec vquam captus fuisse, nec à ciuitate abfuisse, nec proinde in ciuitatem rediisse nepos videatur. Cur ergo, inquires, casum hunc *Scæuola* separat à casu *Iuliani*, de quo necdum quicquam dixerat, dicturus duntaxat in d. §. ille casus. Nimirum quia nihil commune habet casus *Iuliani*, si captiuitatis & *postliminij* circūstantias tollas, cum formula *Galli Aquilij* de qua hic tractas *Scæuola* & tota hac lege vsque ad §. nunc de lege, vbi de lege *Vellea* tractare incipit. *Iulianus* enim de eo nepote tractat qui viuo auo nascitur non suus. *Gallus* verò de illo qui & post aui mortem & suus heres auo nascitur. In hoc autem §. de eo agit *Scæuola*, qui apud hostes viuo auo natus, & ab iisdem auo iam mortuo reuersus, est, qui quoniam non nisi post aui mortem caput in ciuitate habere incipit, eo demum instanti natus videri posset, ideòque & ad formulam *Aquilij* pertinere, nisi *postliminij* fictio obstaret, quæ tamen non obstaret si mortuo in ciuitate auo nepos apud hostes natus proponeretur. Neque enim fictio hæc retrofingit posthumum prius natum quàm natus sit, vt viuo auo natus videatur qui reuera eo iam mortuo natus est. (Re pugnat siquidem naturæ ordo qui non magis fictione ista *postliminij* quàm alia vlla ciuili lege & constitutione immutari potest.) sed fingit duntaxat natum in ciuitate qui apud hostes natus est, quia non sicut tempus ita locum certum nascendi vllum natura præscripsit. Vt verò semper in ciuitate fuisse videatur qui numquam fuit, non sola *postliminij* fictio facit sed illa potissimum iuris regula quæ partum in vtero existentem pro iam nato habet, vt *Iulianus* scribit in d. l. pen. de stat. homin. & *Caius* in Instit. tit. 4. §. vlt. lib. 3. Cæterum quemadmodum & in hoc §. & in præcedentibus, ad propositas quæstiones dissoluendas *Scæuola* legis *Velleæ* sapius meminit priusquam ad eius interpretationem accedat, tamen de formula tantum *Aquiliana* differat, ita & ad ius illud quòd *Iuliani* autoritate inductum erat & sine controversia receptum, respicere potuit, cū scripsit à nepote isto de quo tractat, aui testamentum non rumpi, nulla tamen *Iuliani* mentio facta sed iuris antiqui duntaxat & legis *Velleæ*, quia nec ius nouum *Iulianus* fecit vt nec face-re potuit, sed tantum induxit vt legis *Velleæ* duo capita miscerentur ad comprehendendum casum hunc nouum & improuifum, qui neutro capite separatim continebatur, quoniam de illo *Velleus* non cogitauerat. Nec idcirco superfluum est tractatus qui sequitur in d. §. ille casus, quia ibi *Scæuola* disputat qua ratione inductum sit vt talis nepos institui possit ne succedendo rumpat. Hic verò nihil aliud *Scæuola* notat quòd ad *Iuliani* sententiam pertineat, nisi testamentum non rumpi tacito eo cur non rumpat: Quæstionem verò duntaxat illam mouet, An ex iure antiquo & formula *Galli Aquilij*, an ex lege *Vellea* institutus videatur. Nam si ad ius antiquum casus hic aptari posset propter circūstantias nati posthumi in captiuitate, & post aui mortem ab hostibus reuersi, nec ad legem *Velleam*, nec proinde ad *Iuliani* sententiam pertineret. Subinde, tamen quasi meliùs re considerata, monet *Scæuola* superuacuum esse quæstionem, quia siue ad eius antiquum, siue ad legis *Velleæ* capita aut separata aut commixta casum aptare velis, certum est nepotem hunc tanquàm ritè institutū aui testamentū rumpere nō posse. Reuera tamē ad legē *Velleæ* pertinet si cū *Iuliano* coniunges capita, quæ alioquin separata nil prodesent, sed si præteritus esset hic nepos, haud dubiè rumpat nō agnascendo, sed succedendo. Quæquā putabā aliquan-

do fieri non posse ut qui posthumus, siue post testatoris mortē, siue post testamentum natus non rupit agnascendo cum esset preteritus, idem unquam rumpat succedendo: quasi totā vim posthumi in rumpendo testamēto, tum exeri necesse sit cum nascitur. Sed me nunc in contrarium illud vocat quod de recepta Iuliani sentētia scriptū video in d. §. ille casus, *Ne, inquit lex, rumpantur testamenta.* Et sanē cum non eadem sit ratio rūpendi testamēti agnascēdo & succedēdo, propterea quod agnascendo rūpit qui suus nascitur, succedendo verō qui cum natus esset nō suus, fit suus subintrādo in locū patris prēmortui viuo auo, nihil vetat eum qui agnascēdo nō ruperit licet preteritus, rūpere tamen succedendo. Sequitur apud Scæuolam, *Quod querendum est si iam mortuo filio pronepotem instituat redeatque mortuo.* Quibus verbis non mutari speciem defendit Cuiacius, ideōque non, *pronepotem*, legendum esse, sed *nepotem*, quod iam olim Ioannes & Pileus senserunt. Et quia repugnant præcedentia ne dici possit nepotem hunc iam mortuo filio institutum ab auo quem Scæuola initio dixerat habuisse testamenti tempore filium apud hostes, addit de suo pro *instituat*, legi debere, *pariat.* Quæ tamen correctio quàm sit improbabilis nemo non videt: eō autem improbabilius est quod minus necessaria. Nam cum de pronepote tractare Scæuola incipiat, qui prius in nepote instituto quæstionem conceperat, nihil apertius est, quàm quod Accurs. & veteres omnes tradiderunt mutari speciem eadem tamen quæstione retenta, nempe an vtiliter proauus testatus videatur siue ex iure antiquo siue ex lege Vellea, si iam mortuo filio pronepotem ex nepote instituat & pronepos conceptus in ciuitate apud hostes natus, mortuo patre, deinde proauo ab hostibus reuertatur. Itaque rectē veteres libri, *Quod & querendum est, & paulō post, mortuo eo, id est testatore.* Ideō autē tractans de pronepote Scæuola ponit filium iam mortuū, ut species hæc magis conueniat superiori, nepote in locū filij ingresso, & pronepote in locū nepotis. Quamquā nec aliud probari oporteret si filius quoque testamēti tēpore vineret, dummodō ex aliqua parte institutus esset iuxta eiusdem Scæuola præceptum in §. in omnibus j. Cæterū si cum Cuiacio poneret tractare Scæuolā de nepote ex filio iam testamēti tempore mortuo, ridiculum faceres Scæuolā qui dubitaret an nepos hic vtiliter esset institutus siue ex antiquo iure siue ex lege Vellea. Apertissimū enim esset potuisse eum ab initio institui omni iure tanquam posthumum suum quem pater nō præcedebat, eo tamen nato viuo testatore institutionem euanescere, si ius antiquum inspicias, subsistere verō, si legis Velleæ primum caput consideres. Nec sanē dubitandi causa vlla esset an ad formulam Galli Aquilij aptari casus hic posset, non solum quod ea formula ad illos duntaxat nepotes pertineat qui propriè sunt posthumi, hoc est post aui obitum nati, sed etiā quod in his omnibus speciebus quas Scæuola tractat in Aquilianæ formulæ interpretatione ponendū necessariō sit superstitem fuisse testamenti tempore filium, adeōque ex aliqua parte institutum d. §. in omnibus. Id enim vnum erat quod nepotis posthumi institutio prohiberi videbatur quod testamēti tēpore pater eum præcederet. Et verō cū Scæuola ponit nepotem hunc post patris & aui mortē rediisse, iis verbis, *mox ille post mortem patris atque aui redeat*, non obscurè significat natum eum fuisse viuo utroque. Eo autē nato, ac priusquam ab hostibus rediret, defunctum in ciuitate patrem primo loco, subinde auum. Quod fit ut in illis verbis, *ibi que viuo pariat*, putem abundare dictionem, *viuo*, quæ & sola per se nullius sensus

sensus est, māsque in textu ex glossa interpretis qui non tantū dictionem illam addiderat, sed & alias plures quæ extant adhuc in veteribus libris, in quibus sic legitur, *viuo auo & eius filio.* Eadem dicitio *viuo* irrepit etiam in textum l. si pater filium 26. de vulg. & pupill. subtit. de qua superiore capite diximus. Hæc verō ad loci huius obscurissimi, necdum à quoquam bene explicati, interpretationem sufficiant.

De sententia l. si quis filio 6. §. sed si pater D. de iniust. rupt.

CAPVT VII.

ORSIT me diu multūque hic locus, in eo primū quod Vlp. ait si pater eius qui mortis aui tempore in vtero fuit apud hostes erat, nepotem istum, patre in eadem causa decedente post mortem aui succedendo testamentum rumpere. Nam si verum est quod pro ratione sequitur, *quia superscripta persona ei non obstat, nec enim creditur in rebus humanis fuisse cum in eadem causa decedat*, consequens videtur ut nepos hic in testamento aui præteritus illud rumpat, non ut Vlp. ait, succedendo sed agnascendo. Nam agnascendo rumpit quisquis suus nascitur, si præteritum se reperiat, siue viuo, siue mortuo testatore nascatur: succedendo verō ille demū qui non ex suo fit suus subintrando in locum sui heredis viuo duntaxat non etiam mortuo testatore, l. posthuminum 13. infra hoc tit. l. Gallus 29. sequenti parte supr. tit. i. Ex quo apparet fieri non posse ut idem nepos rumpat & agnascendo & succedendo, siue quod testamentum iam semel agnatione ruptum, iterum quasi agnatione rumpi non possit, siue quod nec fieri queat ut vnus idemque posthumus nascatur suus & non suus. Multo minus autem admittendum esse quod Vlpianus ait posthumum hunc rumpere succedendo post mortem aui, cum Velleana successio, ut dixi, non nisi viuo testatore fiat. Accursus nodum hunc quasi nec viderit non dissoluit, nec alius quisquam ex veteribus interpretibus. Cuiacius verō sic eludit ut dicat Vlpianum scripsisse *succedendo*, eo sensu, ut idem prorsus significet quod *agnascendo*. Ratione illa quod quemadmodum successio quasi agnatio quædam est d. l. posthuminum in fin. ita non malè ex contrario dici possit agnationem quandam veluti successionem esse, eum post mortem testatoris ex filio iam defuncto nepos agnascitur. Sed hæc longè sunt dissimilia. Successionem enim quasi agnationem appellamus, quoniam qui succedit in locum sui heredis ex non suo fit suus, ac proinde quod ad qualitatem sui heredis attinet, quæ sola facit ut testamentum rumpatur, eo demū instanti nasci quodammodo videtur. At agnationem ex contrario successionem appellare non possumus, nec quasi successionem, quia qui suus nascitur cum à nemine anteuertatur (alioqui non suus nasceretur) non habet in cuius locum possit succedere, siue de filio agamus, siue de nepote. Quauquam verum est sicut nepos non succedit in locum filij successionem Velleana nisi filius viuo testatore suus esse deserit, ita nec aliter agnasci suum heredem auo posse, id est, proximum ei nasci post eius mortem, quàm si filius qui eum præcedebat viuo auo suus heres esse deserit, ac proinde quàm si nepos qui quasi nepos secundū gradum tenet, in filij locum successerit, & primum gradum tenere ac filij loco esse cœperit, quo sensu dici sanè potest succedendo rumpere eum qui rumpit agnascendo: non quia idem sit

succedere & agnasci, sed quod auo agnascaturis demum nepos qui in patris locum nascendo succedat l. i. §. si filius & seq. de suis & legit. Antonius Goveanus nescio quid prima facie subtilius, prope autem intuitu multo probabilius commentus est. Putat namque nepotem hunc cuius pater testamenti tempore apud hostes fuerit si mortuo auo & existente adhuc patre apud hostes natus sit, aui testamentum rumpere non agnascendo sed succedendo; quoniam, inquit, & in aui morientis potestate fuisse creditur qui eo viuo conceptus sit & eo viuo natus in potestate futurus esset, & in locum quem pater propter ius suspensum postliminij obtinere videbatur, subintravit mortuo postea apud hostes patre. Unde infert ille non nascentem hunc sed iam natum rumpere: eum vero qui natus rumpat, necesse esse rumpere succedendo. Sed in eo vir doctissimus labitur, quod non animadvertit, imò vero nepotem hunc non iam natum sed nascentem, & nascendo rumpere, quia quo tempore nascitur licet patrem habeat viuum apud hostes non magis tamen ei obstat persona patris quandoque postea apud hostes defuncti, quam si iam tum defunctus esset, ut apertissime Vlpianus scribit. Nam tamen si lex Cornelia quæ de hereditatibus tam testamentariis quam legitimis eorum qui in hostium potestate decessissent lata est, ad filios familias non pertineat, qui sicut bona in ciuitate nulla relinquere potuerunt, ita nec heredem habere possunt l. qui uxorem 15. hoc tit. iunct. l. lex Cornelia 28. de vulg. & pupill. substit. ut proinde fingi non possit ex ea lege filius familias decessisse in ciuitate ante primam horam captiuitatis. Verum tamen est decessisse eum viuo patre suum heredem esse cum ab hostibus eo viuo non redierit, & quo instanti pater eius moriebatur certum esse coeperit non posse amplius viuo eo filium redire l. Gallus §. videndum §. ti. i. quod nos pluribus explicabimus lib. prox. cap. 3. Consequenter fatendum est nihil ob stare nepoti huic post aui mortem nascenti, quominus auo suus heres nascatur, quamuis si viuo auo nasceretur, sui heredis ius nascendo non haberet nec si pater apud hostes postea decessisset. In quo differt hic nepos ab eo de quo in priore legis specie dictum fuerat, hoc est qui conceptus sit ex filio exheredato, & patri superstite. Ille enim vno tantum casu suus heres nascitur si exheredatus filius decesserit herede scripto deliberante qui postea hereditatem omiserit, & tamen ne illo quidem casu rumpit testamentum, quia potuit præteriri cum mortis tempore pater eum præcederet l. scripto 7. vnd. liber. quam ob causam magis probò ut in huius §. principio legamus, *sed si pater, quam, sed et si*, differentiarum indicandæ gratia. Quod si admittas nasci hunc nepotem suum heredem, quia nemo eum præcessit mortis tempore, negare non possis quin agnascendo rumpat. Non igitur succedendo, cum vel fatente Goveano succedendo rumpat is dumtaxat qui natus, non qui nascens rumpit. Quid ergo est quod Vlpianus de nepote isto sic scribit, *post mortem aui succedendo testamentum rumpet?* Tentemus an dici possit Vlpianum his verbis nec de Velleana successione agere, quæ fit subintrante suo herede in locum sui heredis, nec de ea sola quæ fit in gradibus potius quam in personis, hoc est subintrante secundo gradu in locum primi deficientis etiam prius quam persona nascatur quæ gradum illum occupare possit, l. i. de suis & legit. (quanquam si de hac maxime velis intelligere, non valde repugnabo ut §. dixi) Sed de successione in hereditate de qua & in præcedentibus illis locutus fuerat, *ab intestato vero is succedit.* Ut sensus sit longè elegantior, nepotem hunc post mortem aui succedendo in ipsius hereditate cum auo suus heres agnascatur testamentum eius rumpere. Hoc autè

ideò (ne quis fortè putet absurdè aut ociosè hoc verbū additum) quia posthumus, siue filius, siue nepos nunquam rumpit nisi succedendo, hoc est quin statim & in ipso instanti rumpendi succedat ei cuius testamentum rumpit. Et in hoc melior cōdicio est posthumi quam filij iam nati. Hic enim si in primo gradu testamenti præteritus sit, in secundo verò vel institutus vel exheredatus facit quidem primum gradum iniustum, sed sequentem valere patitur. Posthumus verò rumpendo sibi locum facit, atque ita non tantum primum gradum à quo præteritus fuit, sed & omnes sequentes totumque testamentum rumpit, ut eleganter idem Vlp. scribit in l. prox. præced. versic. rumpendo. Vix que nisi vno casu evenire potest ut partem dumtaxat testamenti posthumus rumpat: nimirum cum à primo gradu exheredatus est, à secundo præteritus l. 3. §. vlt. §. eod. Scilicet quia quandiu primus gradus subsistit de secundo nihil querendum est, nec proinde ob secundi gradus inualiditatem primus rumpi potest. Ergo nec totum testamentum sed pars tantum, si fortè vno ex primis heredibus advenit alius qui substitutus vulgarem acceperat præterito in substitutione posthumi hereditatem omiserit l. 4. eod. Supra scriptæ autem differentiarum inter posthumum & filium iam natum elegans ratio illa est, quam iam superiore libro attigimus cap. vlt. quod cum filij præteritione testamentum iniustum & nullum est, nullum filij factum intercedit, sed sola iuris potestas quæ odio præteritionis etiam ignorante filio testamentum inutile reddit. Ergo eatenus dumtaxat quatenus filius præteritus est, atque ita ratione primi gradus tantum, non etiam sequentiū, si in solo primo gradu filius præteritus sit, in sequentibus verò vel institutus vel exheredatus. Quomodo igitur possit filius iam natus sibi locum facere, qui nihil facit? Prius siquidem est ut faciat quam ut sibi locum faciat. Nec pugnat quod quibusdam locis scriptum legimus filium præteritum facere iniustum testamentum ut in hoc ipso §. & in d. l. 3. §. ex his §. hoc tit. Id enim sic accipi omnino debet ut præteritio ipsa filij iniustum faciat, aut si manet, ut filius præteritus non patiatu rumpere testamentum valere, quomodo Vlp. loquitur in §. ex suis heredibus tit. 22. qui hered. inst. poss. non ut in eam rem filij factum vllum intercedat, aut intercedere sit necesse, cum, ut dixi, & ignorante & invito filio sola iuris potestas iniustum faciat gradum in quo filius præteritus est. At cum posthumus suus heres rumpit hoc ipso quod rumpit facit aliquid & vel ipsum rumpendi verbū posthumi factum demonstrat se exerentis & in lucem prodeuntis. Stultus verò sit si ideò rumpat, ut alij locum faciat, ac non potius sibi ipsi. Quanquam enim nec voluntatem nec iudiciū habet qui nunc primum nascitur ut quid faciat possit intelligere, lex tamen vtrumque supplet, hoc vno contenta quod factum nepotis in nascendo interueniat quippe quæ certa sit ætatem solam, & iudicium illi, & voluntatem esse allaturam. Itaque non ea ratione potentius est ius posthumi quam filij iam nati quod ille sit favorabilior, sed quia plus est & ad euertenda testantis iudicia validius, rumpi testamentum quam nullum esse & iniustum. Ut autem posthumus rumpat non dumtaxat iniustum faciat, ratio illa est, quia quandiu in dubio euentu positum est an posthumus nasciturus sit testamentum valet. Proinde vel semper validum id manere necesse est, vel quoniam id citrà posthumi iniuriam fieri non posset, rumpi penitus & euerti nascente posthumo præterito. Ad id ergo nimirum respiciens Vlpianus ait nepotem hunc post mortem aui succedendo rumpere testamentum, quod perinde est ac si transpositis verbis diceret rumpendo

succedere ut in d.l. prox. præced. vers. rumpendo. Cæterum & rumpit, & succedit agnascendo, & agnascitur, qui, cum in parentis quasi præmortui locum successerit, proximum ipsi locum cum nascitur obtinet. Iam natus, quia ab initio iniustum facit, & nullum, nunquam rumpit. Nam quod nullum est rumpi non potest l. prox. s. idq; est quod Vlp. noster innuit in s. seq. iis verbis, *si gradus ille valeat*. Et errat qui putat præteritione filij iâ nati ruptum dici testamentum in l. inter cætera 30. s. tit. l. Habet. n. lex illa duas partes, quarum prior de posthumis necessario intelligenda est de quibus fortasse eo loco Caius tractabat qui sic loquitur, *ne præteritis istis rumpatur testamentum*. Posterior vero de filiis iam natis, & testamenti tempore in testatoris potestate constitutis d. l. 3. s. ex his hoc tit. Alia quæ ad huius legis principium pertinent, quia magis elegantia sunt quam obscura, nec malè ab antiquioribus & recetioribus explicata, prætermittimus. Pertinent ad nepotem ex filio exheredato cuius aliam esse rationem quam nepotis ex filio captiuo Vlpianus hic docere voluit, ut & in l. si quis 5. s. i. s. tit. prox. Sed quæ sequuntur usque ad s. irritum, quoniam luce maxima & noua indigent, sequenti capite exponamus.

Emendatio s. siue autem eiusdem legis, & interpretatio l. si statulibera 6. in princip. & s. i. de statulib.

CAP. VIII.

INGE obscurius est quod apud Vlpianum sequitur in s. siue autem hac eadem lege, *siue autem, inquit, in ciuitate nepos fuit conceptus, siue apud hostes, quoniam datur & partui postliminium, succedendo testamentum rumpit*. Hic Vlpianum incipere de Velleana successione tractare existimat Cuiacius, quod nepoti concepto apud hostes postliminium non aliter detur quam si cum filio reuertatur l. i. C. de postlimin. Vtroque autem reuerso ita demum nepos succedat in locum filii, & succedendo rumpat, si filius viuo testatore suus heres esse desierit l. posthumorum 13. j. hoc tit. l. Gallus 29. s. sequenti parte s. i. l. Mihi verò probabile hoc fieri non potest, qui video iis verbis, *siue autem*, coniungi hunc s. cum precedentibus ita ut eadem species tractetur, scilicet de nepote ex filio, testamenti tempore capto ab hostibus & in eadem causa, hoc est in captiuitate defuncto. De nepote, inquam, qui post aui mortem natus sit, ac proinde in cuius persona Velleanae successione ordo locum habere non potuerit, si verum est quod in superioribus sæpius diximus, & vir doctissimus non negat Velleanam successione non nisi viuo testatore posse contingere. Quomodo enim viuo testatore succedat in locum filij nepos qui post testatoris mortem nascitur? Sed & cum in præcedente s. eadem illa verba extent quæ in isto, *succedendo testamentum rumpit*, cur aliter atque aliter ea interpretari liceat, quasi vno loco de Velleana successione Vlpianus egerit, alio verò de sui heredis agnatione quæ per subrogationem sequentis gradus in locum præcedentis mortuo testatore contigerit? Eadem sanè verba eodem contextu scripta, & ad eandem speciem accommodata, vnâ eandemque interpretationem recipiant necesse est. Nec me mouet quod Cuiacius obiicit nepotem hunc apud hostes conceptum de quo Vlp. tractat non aliter postliminium habere posse, quam si cum patre ab hostibus reuertatur. Nam ut maximè id verum esse concedam, quod

quod mox negabo, nepotem ab hostibus cum patre reuersum postliminij ius habere, planè ridiculum facias Vlpianum, si eum sic intelligas ut vtroque ab hostibus reuerso viuo adhuc testatore si contingat filium præmori nepos in ipsius locum succedat, & succedendo viuo auo rumpat. Quid enim necesse erat captiuitatis mentionem facere, cuius memoriam & incommoda vtroque postea reuerso postliminij fictio deleuisset? Aut quis dubitare poterat, eo casu quo vterque propter ius postliminij semper in ciuitate mansisse credebatur, nepotem in prædefuncti parentis locum viuo auo succedentem ipsius testamentum rumpere? Vtique pertineret ea res ad tractatum De postliminio potius quam ad titulum sub quo locus hic situs est De iniusto rupto, & irrito facto testamento. At neque verum est, quod Cuiacius pro certo ponit, nepotem in captiuitate patris conceptum postliminij ius habere, etiam si cum patre reuertatur. Qui enim in ciuitate numquam fuit aut natus, aut pro nato habitus, quomodo retro fingi possit perpetuo in ciuitate mansisse? An non hic optimè illud quadrat quod nostri iactare solent post Bartolum ad l. si is qui pro emptore D. de vsucap. neque postliminij, neque aliam vllam fictionem tunc locum habere cum extrema non sunt habilia? Porro extremum ad quod hic nullum est, ad quod scilicet postliminij fictionem referre possis, cum nepos apud hostes conceptus nec ab hostibus captus, nec in ciuitate nunquam fuerit. Nam & quod receptum est ut qui in ciuitate conceptus & apud hostes natus est postliminium habeat l. ab hostibus 15. s. j. ex quib. caus. maior. d. l. Gallus s. si eius s. ti. j. aliam rationem non habet quam quod ex iuris regula fauorabiliter introducta qui in vtero sunt pro iâ natis habeantur quoties de illorum commodo agitur l. penult. D. de stat. homin. At ut pro nato habeatur, qui nondum conceptus est nec iuris regula, nec fictione vlla constitui potest. Planè, etiam qui apud hostes conceptus est si in ciuitate cum patre reuertatur ciuis Romanus efficitur, & patriæ potestati subditus non minus quam si in ciuitate, & conceptus & editus fuisset. An quia postliminij ius habeat? Id enim est quod & virum doctissimum & interpretes omnes sefellit. Minimè. Sed quia cum eius patri postliminium detur, & postliminij ea vis sit ut patri reddat omnia, ac proinde liberos, in consequentiam fieri necesse sit ut reddendo patri liberos in seruitute conceptos ac si in ciuitate concepti fuissent, liberis quoque det patrem, si quidem sunt ista correlatiua quorum vno posito alterum quoque poni necesse est. In eamque rem textus est perelegans & apertus in d. l. j. C. de postlim. reuers. in illis verbis, *quâquam enim iure proprio postliminium habere non possit quæ capta non est, tamen parentum restitutio reddet patri filiam*. Nec est contrarium quod in eiusdem legis principio scriptum est, filiam apud hostes conceptam ita demum parentis originem secutam videri si ambo in ciuitatem reuersi sint. Sunt enim hæc longè differentia, filiam apud hostes conceptam & cum patre vel matre reuersam sequi patris aut matris originem, Et, Habere eam ius postliminij. Prius verum est ex necessitate paterni aut materni postliminij: Posterius falsum, quâuis eò tandem decursum sit ut dici coeperit ex patris persona dandum huic filiam postliminij, licet persona ipsa filiam quæ nec ab hostibus capta nec in ciuitate vnquam fuit fictionis huius incapax prorsus videatur. Sic enim omnino accipiendum est quod ait lex apud hostes 9. D. eod. filium apud hostes susceptum, id est & conceptum & editum filij iura habere si postliminio redierit, scilicet cum patre vel matre. Habere enim postliminiam, nempe ex persona parentis cum quo redierit siue pater,

frue mater sit. Idque ex rescripto Seueri & Antonini cuius & idem Vlpianus meminit in l. j. §. interdū verſ. ſed etſi apud hoſtes D. ad SC. Terryll. Quod reſcriptum illud ipſum eſt cuius verba extant in d. l. j. C. de poſtlim. vt ex inſcriptione apparet. Adde quod & in l. Diui 25. D. de captiu. & poſtlim. Marcianus ita ſcribens *et filium in poteſtate patris quemadmodum ſi iure poſtliminiū reuerſus ſit*, ſatis ſignificat non propriè & verè ſed impropiè & abuſiue nos loqui cum dicimus filio qui apud hoſtes conceptus ſit poſtliminium competere, tametſi cum patre reuertatur. Vnde illud etiam ſit quod monſtri inſtar videri poſſit, vt filius conceptus in ſeruitute ſi ſolus aut cum matre ſola in ciuitatem redeat patre apud hoſtes deſuncto, nec patrem habere intelligatur, nec proinde matrem ſi cū patre ſolo redeat, deſuncta apud hoſtes matre: cum iam inde ab eo tempore quo captus eſt parens quiſquis ille ſit diè ſuum obiiſſe exiſtetur vt ait d. l. j. in fine. Itaque ſpurius dicitur priore caſu & vulgo quaſitus d. l. Diui 25. D. eod. d. l. j. §. ſed etſi apud hoſtes D. ad SC. Terryll. quod & de libertinis Vlpianus ſcribit in fragmentis, t. 12. de curator. §. à Prætor. Poſteriore autè ſine matre eſſe exemplo adrogati qui patrem habet non matrem. Id verò magis nouum & mirum hodie videri debeat, natum ex legitimo matrimonio filiū pro ſpurio vulgo quaſito haberi, poſtquam iure nouo & ex Iuſtiniani Nouell. 22. de nupt. cap. 7. §. ſed etiam captiuitatis, inductum eſt vt per captiuitatem matrimonium nō diſſoluatur, quod olim diſſoluebatur l. in bello 12. §. medio tempore in fin. D. de capt. & poſtlim. quod & Accuſ. ad d. l. Diui obſeruauit. Nemo enim dixerit illa Iuſtiniani conſtitutione ſublata fictionem legis Corneliæ quæ facit vt proximo ante captiuitatē momento captiuus deceſſiſſe retroſingatur. Vereor tamen ne malè Accuſius & poſt eum cæteri legem Iuſtiniani accipiant, quæ ſanè illo demum caſu matrimonium manere patitur quo alterutra cōiugum perſona ſuperſit in Republica, non etiam ſi ambo coniuges in hoſtium poteſtatem peruenerint. Ideoq; nec dici poteſt ſpurium hoc caſu naſci ex legitimo matrimonio, niſi ponas vxorem non captiuā ad virum captiuum cōmeatu ab hoſtibus, vt plerunque ſit, accepto ad eum acceſſiſſe ibique ex eo cōcepſiſſe. Vt ſit, conſtat filium apud hoſtes cōceptum ſi ſolus redeat nullum poſtliminiū ius habere, neque ex perſona propria, cum, vt dixi, nec ab hoſtibus captus nec in ciuitate vnquam fuerit, neq; ex perſona parētum qui nō redierint. Si verò cum parentibus redeat cōpetere ei ius poſtliminiū, ex perſona quidē patris ſi vel vterque parens vel ſolus pater redierit, ex perſona autem matris ſi ſola mater reuerſa ſit. Quod pertinet quod idē noſter Vlp. tractat in l. ſi ſtatulibera 6. §. j. D. de ſtatulib. de ſtatulibera quæ in ciuitate & ante exiſtente ſtatutæ libertatis conditionē ac proinde in ſeruitute conceperit, deinde ab hoſtibus captā ibi poſt exiſtente cōditionē pepererit. An liberum pariat. Et ait interim quidem, id eſt quandiu apud hoſtes eſt filius dubiū nō eſſe quin ſeruus hoſtium ſit, ſed verius eſſe poſtliminio eum liberū fieri. An verò ex matris perſona, an ex propria? Ponimus enim & matrē & filiū ab hoſtibus rediiſſe. Et puto ex perſona matris nō ex ppria tametſi cōceptus fuerit in ciuitate, quia eo tēpore cōceptus eſt quo mater nō dum erat libera, ac proinde in ſeruitute, ſcilicet nō dum impleta ſtatulibertatis cōditione: quæ res facit vt quādiu in vtero fuit & in ciuitate nō potuerit haberi pp nato, cum ea ſit iuris ciuiliſ regula, quæ ſicut ad ſeruos non pertinet, vt pote iuri ciuiliſ incognitos, ita nec ad filios ſtatuliberorū, niſi ab eo tēpore quo exiſtit cōdicio &

cio & libertatē mater cōſecuta eſt. Idq. elegāter Vlpianus docet, illā ſuæ ſententiæ rationē ſubiiciēs, *quia ſi mater in ciuitate eſſet*, intellige, tūc cum ſtatutæ libertatis condicio euenit, *liber naſceretur*. Sufficit enim partui liberam matrem vel cum natus eſt vel quo alio tempore habuiſſe vt & liber, & ingenuus natus videatur l. & ſeruorum 5. §. ingenui & §. vlt. de ſtat. homin. Quod ſi poneres conceptum in ciuitate ex ingenua matre filium deinde natum apud hoſtes ex captiua, poſteā ſine matre reuerſum, dicerem poſtliminium ei cōpetere, proprio iure acſi iam natus vnā cū matre captus fuiſſet l. vlt. C. ex quib. cauſ. maior. tameſi non poſſit retroſingi natus in ciuitate ſine matre: quia nec retroſingi neceſſe eſt, quandoquidem iam pro nato habebatur priuſquam mater ab hoſtibus caperetur, & ſecuta calamitas matris quæ poſt conceptionem ab hoſtibus capta apud eos & peperit, & deceſſerit non magis filio nocere debet, quod ad ius poſtliminiū attinet, quàm in eo vt & liber & ingenuus naſcatur ſi vel minimo mediū temporis momento liberam matrem habuerit, quanuis & conceptionis & partus tempore ancilla fuerit, d. l. 5. §. pen. & vlt. de ſtat. homin. Quid autem ſi in ſupraſcripta ſpecie ſtatulibera & apud hoſtes concepſſet, & poſt exiſtente cōditione edidiſſet? Difficilius eſt vt poſtliminium filio competat, quippe qui non ſolum in ciuitate numquā fuerit, ſed etiam in duplici ſeruitute conceptus ſit. Sed tamen quia poſt exiſtente cōditione natus eſt, & eo tempore quo ſi mater eſſet in ciuitate hic liber naſceretur, adhuc benigniūſ dicitur competere ei poſtliminium, & liberum eum eſſe, nimirum inducta ex perſona matris poſtliminiū fictione, & ita demum ſi ſimul cum matre redierit: alioqui melior condicio eſſet filij apud hoſtes concepti ex ſtatulibera quàm eius qui conceptus eſſet ex muliere ante captiuitatem libera, quod tamen dici non poteſt. Matri autem quæ captiuitatis tempore ſtatulibera fuit licet numquam caput in ciuitate habuerit, idē fictionem poſtliminiū accommodamus quod quamuis toto præcedenti tempore ſerua fuerit, adeo vt ſi tum peperiffet etiam partus heredis fuiſſet l. ſtatulibera 16. de ſtatulib. nihilominus ſi ſemper in ciuitate manſiſſet, exiſtente quacumq; cōditione perinde libera fuiſſet acſi libertatē ab initio purè non in tēpus aut cōditionem accepiffet l. 2. eo. tit. de ſtatulib. nō tamē ablatis heredi mediū temporis cōmodis. Itaq. eadem ratio quæ libertati iam competenti poſtliminium daret etiam competituræ fauere debet, & ſuccurrere, nec ciuiliſ laſſator pati debet vt ex hoſtium iniuria deterior eius condicio fiat. Dico, *ex hoſtium iniuria* quoniam ſi mater ſerua pœnæ facta ſit ex cōdemnatione nihil ei prodeſſe debet quod poſteā libertatis cōdicio euenierit, cū & ſi cōdēnationis tēpore libera fuiſſet, & ex libera pœnæ ſerua effecta, ei ſubueniri nō oporteret, tāquā indigne propter pœnā ex pprij delicti cā irrogatā l. Papinianus 20. de mino. Partui tamē ante dānationē cōcepto p̄ficiet exiſtēs poſt dānationē libertatis cōdicio, vt p̄inde liber naſcatur atq. ſi mater dānata nō eſſet, ne obſit ei caſus matris in libertate qui nec in dignitate obſeſſe poſſet arg. l. filiā 9. D. de ſenator. Atqui, inquit, obſtat ei caſus matris cū mater ab hoſtibus capta nec reuerſa eſt. Immo inquit, nō obſtat ſed potiūſ ipſius filij qui & ipſe in ſeruitute conceptus eſt. Idē deoq. alieno auxilio indiget vt poſtliminiū fictione adiuetur, quā ex ppriæ perſona inducere non poteſt. Et hæc mihi videtur Vlpiani ſententiā quāquam ſubobſcura in d. l. ſi ſtatulibera 6. in prin. & §. j. de ſtatulib. Verum vt ad rem noſtrā redeamus, etſi nullo caſu fieri pōt vt ei qui apud hoſtes conceptus eſt

si solus redeat postliminium detur, obseruandum tamē est nōnullā hac parte differentiam esse inter filium & nepotē ex filiofamilias. Nam si ex patrefamilias ab hostibus capto cōceptus sit in captiuitate filius, & patre postea in eodem statu decedente filius solus in ciuitatē redierit, ea ratio facit ne postliminiū habere filius possit ex persona patris, quōd nec patrē habere intelligatur, quippe qui fictione legis Corneliā antē primā horam captiuitatis defunctus existimetur d.l.j.C.de postlim. In nepote verō cōcepto apud hostes ex filiofamilias nō eadē ratio locum habere videtur, quia nec fictio legis Corneliā ad filiosfamilias pertinet pręterquā si sint milites, & ratione duntaxat bonorū castrensiū l.filiusfa.14.de re milit.l.lex Cornelia 28.de vulgar.substit. quāuis pater idēq. filiofamilias apud hostes postea mortuus, videatur iā inde viuo auo sui heredis ius amisisse d.l.Gallus §.videndum §.tit.j. & hac ipsa lege §.prox.pręcede. Proinde negari vix potest, quān nepos hīc patrē habeat, nisi dicas quod & verius & subtilius dici posse arbitror, patrem hunc licet nō retrofingatur ex lege Cornelia ciuis Romanus decessisse, quia filiofamilias fuit, cōcepisse tamen pro nullo & mortuo haberi ex quo ab hostibus captus est, & seruus hostiū reuera factus, cūm, quōd ad ius ciuile attinet, serui pro nullis & mortuis habeantur l.quod attinet 32.l.seruitutē 209.de reg.iur. Indēq. fieri vt tanquā ex nullo aut mortuo conceptus nec patrem habere intelligatur, nec proinde auum, quia coniungi auo nisi per mediā patris personam nepos non potest: adēd vt nec quasi suus, nec quasi nepos, nec quasi cognatus ad aui hereditatem, aut bonorū possessionē admittendus sit, licet eo iam reuerso & adhuc superstitē auis moriatur, perinde ac si ex contrario post aui mortem conceptus esset, hac ipsa l.in prin.verfi. sed hęc ita, & l.j. §. si quis proximior D.vnd.cogn. Quid enim hīc interest an post aui obitū reuera conceptus sit, an post patris mortem & ex nullo cōceptus existimetur? His verō cōsequens est vt quāuis in ciuitatē reuersus liber fiat, postliminium tamē nō habeat, nec illa solū ratione quōd in ciuitatē numquā fuerit, sed etiā quōd nō habeat qui eum vel ciuitati reddat vel in ciuitate recipiat, quæ duę species sunt postliminij l.cūm duę 14.de captiui.& postlim. quarum posterior ne seruis quidē denegatur dominos in ciuitate repēriētibus l. sicut 10. l. ab hostibus 12. C. eo. Quæ cūm ita sint, non video qua arte defendi possit quōd Vlp. scribit in hoc §. quem interpretamur, nepotē istum de quō in pręcedētibz dixerat, hoc est qui mortis aui tēpore in vtero fuit, patrē iā ab hostibus testamenti tēpore capto, ibiq. postea mortuo rumpere testamentū aui succedendo, siue in ciuitate, siue apud hostes cōceptus fuerit. Nā qui apud hostes cōceptus est etiā viuo auo ex filio captiuo & in captiuitate defuncto, is neq. auo succedere, neq. testamētū eius aut agnascēdo aut succedēdo rūpere pōt. Nec aliud erit tamēsi cū Anto. Gouēano dicas, quātūuis im. p. babiliter, mutari hīc speciem, & incipere Vlpianū loqui de nepote qui apud hostes cōceptus, mortuo patre postliminio reuersus fuerit viuo adhuc auo. Etenim siue viuo aū dicas, siue mortuū nullo eū sanguinis aut iuris vinculo pōt cōtingere qui ex filio captiuo & seruo factus natus est vt dixim⁹. Nēpe q. ad causā successionis attinet quæ tota iuris ciuilis est siue testamentaria siue legitima. l. verbis legis 120. l. lege obuenire 130. de verb. sig. Deinde ratio illa quæ apud Vlpianum sequitur, *quoniam datur & partui postliminium*, prorsus falsa est in partu apud hostes cōcepto, & ab hostibus sine patre aut matre reuerso vt aptissimē pbauimus, locūq. tātū sibi vindicat in partu qui in ciuitate cōceptus, & apud hostes natus sit. Sed etiā ponerēs nepotē hunc nō solū sed cū matre

ab hostibus rediisse, atque ita postliminium aut potius postliminij commodū ei daretur ex persona matris, attamen non idēd faceres vt aui testamentum vel agnascendo vel succedendo posset rūpere, quia sicut ea postliminij fictio ex persona matris non reddit ei patrem qui in captiuitate decessit, ita nec reddere illi potest auum paternum, qui nisi per patrem nullus est. Quōd si cū Iacobo Cuiacio diuines rediisse nepotē cū patre viuo auo, inepta erit & superuacua ratio illa, quōd etiam partui postliminium detur. Nam etsi non daretur, patri tamen, de quo nemo dubitat, dari sufficeret ad hoc vt nepos quoque in ciuitate & conceptus & natus & perpetuō educatus crederetur, sicut & seruos ab hostibus redeuntes dominis suis restitui diximus ex d. l. sicut 10. C. de postli. iūct. d. l. i. eod. Ergo cōcludēdū necessariō est corruptū esse locū, & abūdare dictionem *conceptus*, quæ sola cū Iureconsulti sententiā apertamque iuris rationē destruat ex glossa imperiti alicuius interpretis, vt vt credibile est, in textum irrepfit. Ea porrō sublata sensus & elegans & clarus ille erit, nepotē hunc quem diximus susceptū ex filio iam testamēti auiti tēpore captiuo & deinde apud hostes mortuo rūpere aui testamentum succedēdo siue in eo pręteritus fuerit, siue in ciuitate fuit, siue apud hostes mortis aui tēpore, aut cū auis suprema ordinaret, dūmodō in ciuitate antea conceptus esset, vt talis sit cui ratio illa cōgruere possit, *quoniam datur & partui postliminium*, quæ alioqui & falsa futura sit & superuacanea. Rūpet autem succedendo, id est, vt superiori capite eadē pręcedentis §. verba interpretati sumus, non per Velleanā successionem, sed cū ab hostibus reuersus aut in ciuitate manēs patre iam defuncto apud hostes in eius locū successerit, post aui mortem, & successionis hereditariæ capax factus fuerit. Quo tamen casu aut iure postliminij, si ab hostibus redierit, aut iure communi si in ciuitate semper manserit, rūpisse videbitur agnascendo, vt pote cū nulla persona ei obstitit quominus suus natus videri possit, patre quando cunque apud hostes mortuo, quamuis eo viuo nec succedere potuerit in ipsius locum, nec cōsequenter in aui hereditate propter spem postliminij: d. l. i. §. si filius suus heres D. de suis & legit. Sequitur apud Vlpianū *succedendo itaque sui nō rumpunt si vel fuerint instituti vel exheredati ab eo gradu ad quem hereditas defertur, scilicet si gradus ille valeat*. Ex quibus verbis apparet euidentius, non loqui Vlpianū de successionē Velleana. Nā in successionē Velleana non is rūpit qui iā suus est, sed ex contrario ille qui nō est, & qui fit suus hoc ipso instāt quo succedit in locū sui heredis. Non enim qui iam est, sed qui nondum est suus, fieri suus potest. At Vlp. tractat hīc de iis qui iam sui sunt, & negat eos rumpere succedendo cuiuscunque tandem gradus sint, si vel fuerint instituti vel exheredati ab eo gradu ad quem hereditas defertur, si modō gradus ille valeat. Deinde qui succedunt Velleana successionē etiam si sint instituti, vel exheredati, rumpūt tamen, inspecta iuris ciuilis ratione nisi confugas ad auxiliū legis Velleæ quæ secundo capite prouidit & prohibuit ne rumpant d. l. Gallus §. sequenti parte, de quo dicemus cap. 2. libr. prox. Vlp. verō de iis loquitur, qui iure ciuili non rūpunt, cū instituti sunt vel exheredati, neque enim legis Velleæ vllomodo meminit, quomodo meminit in l. 3. §. 1. sup. hoc tit. tractans de filio qui post testamentum viuo testatore natus sit, itēque Caius tractans de Velleana successionē in l. posthumorum 13. in fin. infr. hoc tit. Denique cū hic versiculus vnico contextu subiiciatur pręcedentibus in quibus nihil de Velleana successionē proponi diximus, non vi-

deo qua ratione diuersam interpretationem possit admittere. Nec pugnat quod sequitur *quocumque autem modo parentes precedentes in potestate esse desierint succedentes liberi si fuerint instituti vel exheredati non rumpunt testamentum*. Succedentes enim liberos commodè intelligere possumus, *sequentes* oppositos nimirum *precedentibus*. Sequentes, inquam, in gradu quidem & qui in priorum locum successerint, sed qui tamen iam testamenti tempore primum locum tenuerint parentibus iam tum aut captis, ut in exemplo proposito, aut mortuis aut damnatis. Id enim agit Vlp. hoc versiculo ut doceat nihil referre, an cū auus testabatur pater captus esset ab hostibus apud quos postea decesserit, an mortuus, an condemnatus. Quemadmodum & illud addere potuit, nihil interesse an pater suus heres esse desisset, an suus esse nunquam cœpisset, ut in singulari illo casu quem idem Vlp. ponit in d.l. 1. §. sed si quis non desit de suis & legit. His enim omnibus casibus successione nepotum in parentum locum admittimus, sed ita tamen ut succedentes aut testamentum rumpant agnascendo, non succedendo si de Velleana successione intelligas, si quidem hæc non nisi post testamentum contingit, & in persona succedentis in locum eius qui suus heres esse desierit d. l. Gallus §. sequenti parte, & d. l. posthumorum. Hancque interpretationem illud omnino euincit, quod in præcedentibus palàm est tractare Vlpianum de posthumo nepote ex filio, qui iam testamenti tempore apud hostes erat ob idque impune præteritus fuerat, ut verba illa probant, *in eo præteritus*, cū si apud hostes tunc non fuisset, nominatim institui vel exheredari debuisset d. l. Gallus §. in omnibus, tametsi ab hostibus postea captus fuisset, viuo adhuc auo: nam nec testamentum conualesceret si filius in eo præteritus, postea viuo testatore decederet l. si filius 7. supr. tit. 1. Tractat igitur de posthumo nepote qui si testamenti tempore natus fuisset suus heres auo extitisset, patre nunquam ab hostibus reuerso. Ut ergo sequentia congruant intelligi debent de nepote suscepto ex filio qui iam testamenti tempore aut mortuus esset aut condemnatus, ita ut vel suus heres esse desisset, vel nunquam esse cœpisset. Huiusmodi verò suos heredes cum præteriti sunt lex ait rumpere succedendo, quoniam eodem instanti & succedunt & agnascuntur. Neque enim prius succedunt aut in hereditate aut in locum parentis exclusi, quam nascuntur. Idèd autem agnascuntur, quia iuxta testatorem & proximi nascuntur priorem gradum vacuum reperientes, eumque occupantes. Non rumpere verò si sint instituti vel exheredati, quia instituti succedunt ex testamento. Exheredati nullomodo succedunt, ob idque nec succedendo rumpunt, quanuis non eò minùs succedant in locum & gradum præcedentium parentum, ideòque & institui vel exheredari debeant. Quanquam nec infior in Velleana successione idem obrinere post legem Velleam ut qui in suorum locum succedendo fiunt non rumpant, si scripti sint vel exheredati. Etsi autem liberorum dictione, quæ generalis est, & ad eos quoque qui iam nati sunt pertinens, Vlpianus vitur, subiectum tamen rumpendi verbum ostendit non de iis liberis tractare illum qui si præteriti sint iniustum faciunt testamentum, sed de iis tantum qui rumpunt, id est de posthumis, de quibus solis actum est tota lege ad hunc usque locum, quin & in præcedentibus omnibus ab ipso principio legis vsque, sicut & in omnibus legibus, quæ toto hoc titulo sequuntur, excepta l. filio 17. quæ est de liberis iam natis, & d. l. posthumorum 13. quæ sola est de Velleanis nepotibus, quasi de istis

istis iam satis superque tractatum esset titulo antecedenti. Sed & cū de solis posthumis hūc locum intelligi volo, posthumos eos solos intelligo qui post mortem parentis nascuntur, quos duntaxat dicendos esse posthumos idem Vlp. scribit in d. l. 3. §. 1. s. hoc tit. Nam qui post testamentum viuo testatore nascuntur ij propriè non sunt posthumi sed per interpretationem, ideòque nec institui olim poterant antè legem Velleam. Et in eo errant, qui dictionem illam, *duntaxat*, postquam in d. §. 1. irreptitiam esse arbitrantur. Nec mouere illos debuit quòd posthumis exheredatis hi quoque exheredati intelligantur. d. l. 3. §. nominatim in fin. cū tamen exheredatio quæ odiosa est ad iuuanda non sit interpretatione l. cū quidam 19. §. ti. 1. Id enim fit legis Velleæ potestate & autoritate, quæ sicut institui eos ita & exheredari permisit ne rumperentur testamenta quorum fauor plerumque non minor est quàm liberorum l. si pars 10. D. de inoff. testam. Eadem ergo ratione si parètes præcedentes in potestate esse desierint post testamentum, succedentes posthumi instituti vel exheredati si viuo testatore & sui nati sint non rumpunt propter legem Velleam: sed quia rupturi essent si lex Vellea ipsorum institutionem aut exheredationem non confirmaret, nullaq; hūc legis illius mētio fit, eos quoq; non minùs quàm qui iam testamenti tempore nati in suorum heredum gradum viuo testatore successerunt, ab huius loci interpretatione arcemus. Eos etiam multò magis qui testamenti tempore nōdum nati, postea viuo patre & non sui editi, subinde mortuo patre suo heredè in eius locum successerunt. Hi enim licèt instituti sint aut exheredati rumpūt & iure ciuili & post legem Velleam, nisi ambo eius capita coniungas ex Iuliani sententia de qua in d. l. Gallus §. ille casus. Ex quo apparet magis non posse postremū hunc versiculum tam generaliter accipi, ut Velleanam quoque successionem comprehendat.

Vera lectio & interpretatio §. forsitan l. Gallus 29. de liber. & postum.

CAP. IX.



BS CVRAM & difficilem huius loci explicationem fecit interpretibus non ipsa solùm quæstio per Scauolam tractata per se alioquin satis intricata, sed verborum etiam contextus non vno loco mendosus. Quem etsi corruptum esse veteres quoq; obseruarunt, & recentiores multò audentiores & perspicaciores non negant, quomodo tamen suæ integritati restituendus sit non cōueniunt, & dū suam quisque coniecturam proponit, alii aliter emendant. Nemo tamen adhuc dixit, ut arbitror, quod oportuit, quòd magis laborandum nobis erit ut & noua & vera sint quæ nos de nostro proferemus. Faci speciem sic constituo. Qui habebat filium & ex filio nurum prægnantem, filium heredem scripsit, & ex præscripto Galli Aquilij nepotè & pronepotè ut securiùs testaretur his verbis instituit, *si filius meus me viuo morietur, tunc qui mihi ex eo nepos aut ex nepote pronepos nascetur post mortè meam, heres esto*. Natus est ex filio instituto nepos non solùm viuo patre, sed etiam viuo auo testatore. Ex eodem nepote conceptus est pronepos, natus deinde mortuo primum patre, eodèque testatoris nepote, mortuo subinde auo qui & filius erat testatoris, ipso etiam testatore proauo post nepotem & filium iam defuncto. Quærit Scauola, An

pronepos hic ritè sit institutus: Quæstio in eo est an institui potuerit. Nam si potuit utique fatendum est utiliter esse eum institutum. Dubitandi autem causa illa quam Scæuola exprimit: *quia pater ipse*, idemque nepos testatoris non rectè institutus esset. At hoc ipsum cur ita? At quia institutus in eum casum quo post testatoris mortem nasceretur, viuo eo natus fuerat? Ita Goueanus, Cuiacius, cæterique recentiores ex l. commodissimè 10. hoc ti. Nō malè, sed nec tā benè quin meliùs aliquid dici possit. Quid enim si aut purè, aut in vtrumque casum institutus fuisset ex consilio Pomponii in d. l. commodissimè, vt & in l. si ita scriptum 47. §. 1. de hered. instit. An in proposita specie rectè institutum diceremus? Nam & Scæuolæ verba interpretationem hanc admittunt cùm non exprimat quibus verbis concepta esset institutio, nec dubitandum sit quin post legem Velleam possit nepos hic nasciturus aut purè aut in vtrumque casum institui, quamuis Galli temporibus solus mortis casus exprimi & posset & deberet. Illa igitur ratio generalior & accommodatior est propter quam non fuerit nepos rectè institutus, quia non testamenti tempore dumtaxat sed etiam cùm natus est, alienus posthumus fuit nō suus, quippe quem pater in testatoris potestate constitutus præcederet. Alieni porro posthumi institutio iure ciuili prohibita est, lege autem Vellea nō aliter permissa quàm si nascatur suus. Inde verò fieri videbatur vt nec valeret institutio pronepotis, vtpote qui testatori coniunctus esset per mediam nepotis personam quæ nec rectè instituta fuisset, nec utiliter institui potuisset. Nam quemadmodum non aliter valet Aquiliani nepotis institutio quàm si filius primi gradus heres instituatur, adeò vt nec exheredatum eum esse sufficiat §. in omnibus prox. seq. ita & videri poterat necessariã esse nepotis institutionem, eamque vtilem, vt pronepos rectè & utiliter institutus crederetur. Absurdum siquidè videtur plus iuris habere eum qui remotiore gradu sit quàm qui proximior. Et sicuti alia causa non est propter quam necesse fuerit induci nepotis Aquiliani institutionem nisi quòd verendum erat ne filio præmortuo nepos in eius locum succedendo suus agnasceretur, atque ita testamentum rumpere quasi subrogatus in partem locumque eius quem institui erat necesse. Eadem prorsus ratione videbatur necessitas instituendi pronepotis ex eo descendere quòd præmortuo nepote in eius locum successurus esset pronepos. Et consequenter quo casu eueniret nepotem institui nō posse, adeòque præteritum non rumpere, frustra de pronepotis institutione disputari, qui nec quicquam iuris habere possit nisi in nepotis locum succedat, nec rursus plus iuris consequi ex eo quòd succedat in locum illius qui ipse præteriri impunè potuerit. Aliud tamen Scæuolæ iudicium est, Non esse, inquit, expauescendum ne hic pronepos rumpat quàm perperam institutus cùm & suus heres & post mortem testatoris nascatur. Suus enim nascitur, quia ponimus nasci eum mortuis iam patre & auo à quibus tantum poterat in causa successione anteueri. Nascitur etiam post mortem proauis testatoris, atque ita nihil impedit quominus utiliter institutus habeatur, sitque melioris conditionis quàm nepos qui nec suus natus sit, nec in sui heredis locum vnquam successerit, mortuus scilicet antè patrem, eundemque testatoris filium, qui & in familia, & in causa succedendi primam gradum obtinebat. Iungit autem Scæuola rationes duas vt probet non esse expauescendum ne hic pronepos rumpat. Nempe quia & suus natus est, & post mortem testatoris. Non sufficeret natus esse suum nisi & post proauis mortem natus esset

si ponas eum institutum ex præscripto Aquilianæ formulæ, hoc est in illum casum quo post testatoris obitum nasceretur, quamquam si aut purè institutus fuisset neutro casu expresso aut in vtrūque casum, non eò magis rumpere quòd viuo proauo natus esset. Rursus non sufficeret natū esse post mortem proauis testatoris nisi suus natus esset. Quid enim si viuo adhuc auo nasceretur? Vtique alienus esset posthumus, ac proinde talis qui nullo iure institui potuisset, si Prætorium tollas & Iustinianeam de quibus non loquimur. Porro si quæramus an hic pronepos ex iure antiquo admittatur, an ex lege Vellea distinguendum erit quibus verbis concepta institutio proponatur. Nam si eo modo concepta sit qui Galli formula continetur, nihil prohibet quominus ex iure antiquo succedat, si post mortem proauis & suus nascatur sin viuo proauo licet suus, omnimodo excludetur. Et hunc casum à Scæuola tractari verisimilius est, non solum quòd Aquilianam formulam interpretetur vsque ad §. nunc de lege, sed etiam quòd ea potissimū ratione moueatur vt defendat pronepotelem hunc ritè institutum, quia post testatoris mortem natus sit. Sed si poneres purè factam institutionem neutrius temporis habita mentione, aut vtroque casu expresso, legis Velleæ auxilium necessariū esset vt viuo testatore natus licet suus, ex testamento admitteretur. Perinde tamen ex iure antiquo succederet si post mortem testatoris natus esset. Quæ quamquam ita sunt, illa tamen dubitatio superest quam ex ipso Scæuola proposuimus, quòd pronepotis huius pater non rectè institutus sit, nec institui potuerit à quam posthumus alienus. Et ob id nimirū necesse fuit Scæuolam dubitationis huius tollendæ gratia subiicere quòd in textu sequitur. Ergo & sic admitti pronepotem hunc qui ex nepote natus sit viuo postea filio ac si ex ipso filio natus esset. Vt quamuis nepos suus esse nunquam cœperit succedat tamen pronepos in eius locum non vt tantūdem iuris habeat, quantum nepos habuit dū vixit (sic enim fieret vt nullū haberet) sed vt id ipsum ius habeat quòd haberet hodie nepos si viueret. Haberet autem hæcenus vt mortuo postea filio viuo testatore in eius locum succederet, ac ita suus nasceretur, & consequenter iure institui posset, quia & si præteritus esset, testamentum rumpere. Ita sit vt dici non possit pronepotis huius patrem rectè institutum non fuisse, cū patrem habere intelligatur quòd ad proauis successionem attinget, non nepotem ex quo reuera fuit conceptus (cuius nulla ratio habetur, quoniam antè patrem suum mortuus est, nisi hæcenus vt pronepoti det locum in què possit succedere ad hoc vt subintret postea in gradum sui heredis, sed eum ipsum quem habuit nepos in cuius locum successit, id est auum eumque testatoris filium qui institui non solum potuit sed etiam omnimodo debuit, vtpote qui iam testamenti tempore & natus & suus heres esset, ac cuius præteritione inutile futurum erat testamentum. Proinde nec illud dici quòd Castrensis pro notabili tradit, pronepotelem hunc non eò minùs rectè institui potuisse quòd natus esset ex alieno posthumo, quasi prohibitio instituendi alieni posthumi ad eum qui ex tali posthumo natus sit extendi nō debeat. Nā imò verò si haberetur pro nato ex alieno posthumo non posset institui, quia nec pater eius posset cùm vt supra dixi necessitas instituendi pronepotis nō nisi ex necessitate ipsius nepotis instituendi pendeat, ordine ipso naturæ id exigente. Nec verè quisquam iudicio meo dixerit, aut qui ex filio emancipato alienum posthumum nepotem speret quem iure ciuili instituere nequeat, pronepotelem ex eo posthumo alieno nepote utiliter institutum fuisse. Nempe quia fieri nō potest vt qui ex alie-

no posthumo nascitur non sit itidem posthumus alienus, nisi quoties talis casus contingit in quo videri possit non tam ex alieno posthumo quam ex suo herede susceptus ut in specie huius §. Quo demum casu pronepotis institutio defenditur hac sola ratione quod premortuo nepote qui ita erat alienus ut tamen suus nasci potuisset, (nimirum si post patris sui mortem editus fuisset) non tanquam nepotis sed tanquam filij primi gradus filius haberi debeat, qui scilicet in nepotis premortui locum successit, & proximus testatori post sui heredis mortem natus est, in ipsius quoque testatoris potestate futurus, si testator suo heredi superuixisset. Cum vero hac sententia, vniuersa §. quaestio & quaestionis decisio concludatur, ridiculi sane sunt nostri interpretes qui Accursij somnia secuti mordicus defendunt duas alias hoc loco proponi quaestiones. Vna de pronepote, sic quidem, ut diximus, instituto, sed nato apud hostes viuis omnibus, reuerso autem in ciuitatem post mortem omnium ut hic tractatus accommodari possit ad formulam Aquilij. Alteram de eo qui cum esset prorsus extraneus & apud hostes, adoptatus sit in locum pronepotis ab eo qui erat in ciuitate, qui que sic adoptatus redierit postea in ciuitatem mortuis iam patre, auo & proauo quos illi adoptio dederat. Quae interpretatio cum sit prorsus commentitia seipsam refellit satis vel auctorum suorum testimonio quos fateri veritas cogit non defendi eam verbis Scauolae, sed haec tamen diuinatione adiuuandum necessarium Scauolam ut ipsius verbis constare sensus aliquis possit. Et sane nihil Scauola de pronepote apud hostes nato aut ab hostibus reuerso, nec de nepote ab hostibus capto, de quo si intellexisset multa alia supplenda essent, & distinguenda, de quibus diximus in superioribus, cum de postliminij fictione disseruimus. Ut taceam non pertinere ad formulam Galli Aquilij casum illum quo pronepos in ciuitate conceptus & apud hostes natus sit, licet post testatoris mortem redierit, quonia in ciuitate semper mansisse retro fingitur. Iam vero quam absurdum illud est, quod illi ponunt adoptatum pronepotis loco eum qui tum erat apud hostes! Quasi vero adoptari possit non solum qui absens est, quod iuris ratio non patitur l. neque absens 24. cum l. sequen. §. vlt. D. de adopt. sed & qui in hostium est potestate. Is enim cum interim reuera sit seruus hostium quomodo potest eo instanti particeps esse illorum quae iuris ciuilibus sunt? in quorum numero utique adoptio computatur. Nec obstat quod Bart. & post eum caeteri respondent posse absentem quoque adoptari si id Princeps permittat ex l. iubemus §. C. de emancip. liber. Nam praeter id quod lex illa continet ius nouum ab Anastasio primum introductum & a iuris veteris ratione alienum ut apparet ex l. liberis 18. C. de collat. l. si ab eo II. C. de legit. hered. illud etiam constat loqui eam de emancipatione duntaxat quae fauorabilior esse solet, non item de adoptione quam minus fauorabilem illud facit quod aequum non sit ignorantem quem redigi in patriam potestatem. Et si autem nostri more suo audentiores trahunt ad legitimationem, quod in emancipatione constitutum est, non eadem tamen ratio est trahendi ad adoptionem, quoniam legitimitas fit in fauorem eius solius qui legitimitur, ut proinde consensum aut praesentiam eius requiri minimè necesse sit. Quamquam nec ignorantem emancipari Anastasius patitur sed absentem duntaxat & ita demum si emancipationem ipse quoque consuetat ut ait constitutio. At adoptio fit in fauorem vtriusque, nec minus commode adoptatis ut suum heredem habeat, quam adoptati cui & bonorum suorum administratio, & testandi facultas, & ipsa denique quodammodo libertas eripitur.

ripitur. Denique nihil Anastasius constituit in persona filij qui apud hostes est ut emancipari possit. Et verò absurdum sit emancipari quem a patre eo tempore quo non in patriis, sed in hostium potestate sit, seruus eorum factus. Multò igitur minus qui apud hostes est adoptari poterit, nec simile est quod Bartolus obiicit id quod apud hostes est legari posse, & postliminij iure consistere l. id quod 9. de leg. j. Id enim ad eas res pertinet quae testatoris fuerunt priusquam legaretur ut vel ipsa postliminij dictio demonstrat. Nam quod apud hostes est, si nostrum nunquam fuit non magis legare aut vendere possumus quam caeteras res quas in commercio non habemus. l. seruus 98. eo. l. liber homo 103. de verb. obli. quomodo accipi debet quod scriptum est in l. vlt. D. de act. empt. At in adoptione non de re aliqua agitur sed de persona in qua nihil prorsus iuris antea habuerit adoptator. Deinde alienam quoque rem & legare & emere possumus aut vendere si modò aliquo casu emi possit, ut de re hostium nominatim Iulianus scribit in l. ab omnibus 104. §. etiam rem hostium de leg. j. Adoptare vero non possumus nisi eum qui eo ipso instanti quo adoptatur sub potestate nostra fieri possit, quia cum adoptio sit actus legitimus nec die recipit nec conditionem. l. actus legitimi 77. de reg. iur. iunct. l. quaesitum 34. l. si paterfamilias 13. §. vlt. cum sequentibus de adopt. sub nostra autem potestate fieri qui reuera seruus hostium sit non potest. Non igitur valet adoptio eius qui cum adoptaretur apud hostes erat, nec si postliminio redierit, adoptio conualescet, quia nec ab initio valuit, nec tempus a quo inciperet unquam habuit. Quod si dicas adoptatum a testatore in locum pronepotis non extraneum sed eum quem natura pronepotem fecerat, quae Accursij altera interpretatio est, magis ridiculus fueris, cum frustra adoptetur in pronepotem is qui iam & pronepos & in proauis potestate est, nisi cum Accursio diuines nepotem quo tempore ex eo conceptus fuit pronepos, fuisse ab auo emancipatum, ut nec in proauis potestate nasci pronepos potuerit. Sed id ad eum commentitium est & a Scauolae verbis alienum, ut opere peccatum non sit ratione potius quam silentio refellere. Restat ut ipsa contextus verba quem aut corrupta au obscuriora & perperam intellecta sunt, breuiter explicemus. Ait lex, *an istis casibus*. Accursius intelligit de sequentibus. Male nam & in toto hoc §. & in omnibus quae sequuntur vsque ad tractatum de lege Vellea nullus alius casus proponitur quam qui a nobis hoc capite expositus est. Alij putant respicere Scauolam ad id quod monuerat in §. quid si is qui filium non tantum ex Galli formula institui posse nepotem posthumum sed etiam verbis generalibus, ita, *Qui mihi post mortem meam suus nascetur heres esto*, vel ita, *Quicquid liberorum*. Dubitare autem, Num istis casibus, hoc est institutione nascituri heredis sic facta valeat institutio pronepotis qui aliquando nascetur ex nepote, nato nepote post testamentum viuo patre suo. Sed nos supra monuimus locum illum Tribonianum esse potius quam Scauolae & iam antea docuerat Scauola in §. idem credendum & sequentibus vsque ad §. & quid si tantum, quibus verbis commode institui posset pronepos, siue iam mortuo nepote viuo filio, (nepote enim, non pronepote, legendum esse in §. sed et si viuo filio, ferè inter omnes conuenit & certissimum est,) siue vtriusque viuis. Deinde quod ad huius §. quaestionem attinet parum refert quibus verbis institutus sit pronepos, dummodò filius quoque primum gradum tenens institutus sit. Itaque magis pro interpretatione Cuiacii ut his verbis nihil aliud Scauola significet quam casus iuris antiqui quibus nepotes aut pronepotes posthumi instituuntur. Nam ad hunc vsque locum eos tantum casus proposuit qui ad Aquilianam formulam pertinere videbantur, tamen in decidendis quaestionibus legis quoque Velleae sententiam interdum ad consuetudinem

mādas institutiones necessariā, & quasi in auxilium euocādā esse duxerit. Sequitur, *si nepos post testamentū nascatur viuo patre suo, deinde ex eo concipiatur*, ut appareat tractari hīc de nepote qui natus sit posthumus alienus, quem scilicet cūm & conceptus & natus est, pater adhuc viuus & in gradu & in causa succedendi præcesserit. Inde enim fit vt filio suo herede qui primum gradum tenebat rectē instituto nepos hic præteriri potuerit, nec proinde curādum sit quod ad validitatē testamenti pertinet, an rectē sit institutus necne. Quāuis hoc ipsum necessariō querendū videatur vt sciamus an pronepos ex eo nepote cōceptus rectē institutus sit aut institui potuerit. Sequitur, *isq; viuo patre deinde auo nascatur*. Eum intellige pronepotē ex nepote cōceptum. In sequentibus autē non viuo, vt Florentiā scriptum est, legendum, sed mortuo, quæ vetus lectio est ab interpretibus omnibus & antiquioribus, & recentioribus magis probata. Alioqui pronepotis huius tāquam alieni posthumi institutio non valeret, nec si confugeret ad nugas Accursij, qui vt eam quoque lectionem tueatur, vult pronepotem hunc viuus patre, auo & proauo natum apud hostes, tum omnibus in ciuitate mortuis reuersum. Sed & dictio illa, *deinde*, quæ ordinis nota est id ipsum probat apertissimē. Non enim pater prior viuit, deinde auus sed auus prior, deinde filius. Ex contrario pater prior mori potest, deinde auus, quomodo & in §. præcedenti idem Scæuola dixerat, *mox ille post mortem patris atque auis redeat*. Subiicit Scæuola, *an non potuerit heres institui*, scilicet pronepos. Ponit ergo institutum, nec curat, an verbis generalibus an specialibus, sed de illo tantū dubitat vt institui potuerit. Dubitandi rationem subnectit, *quia pater ipsius non rectē esse institutus*. Quibus verbis refellitur veterum interpretatio existimantium in proposita specie nepotem hunc fuisse præteritum, quem contra Scæuola ponit institutum sed non rectē. Quamquam non nego potuisse nepotem istum præteriri vt dicemus in §. seq. nec malè præteritum dici posse eum qui non rectē sit institutus d. l. commodissimē 10. supr. hoc tit. Cur autem minū rectē institutus sit non ea solū ratio est quam recentiores adferunt, quod viuo testatore natus fuerit qui institutus erat in eum casum quo post mortem nasceretur, sed illa etiam quam supra atulimus, quod viuo patre post testamentum natus alienus posthumus esset non suus. Nec video cur Salomonius locum hūc corruptum esse suspicetur. Sequitur, *quod non est expensendum*, id est ne malè institutus pronepos videatur, *hic enim*, inquit, *et suus heres nascitur et post mortem nascitur*. Quo demū casu valet institutio posthumi nepotis & pronepotis ex iure antiquo. Bene est, sed nondum sublata video dubitandi rationem. Fateor potuisse iam olim institui eum qui & suus heres & post testatoris mortem nasceretur si aliud nihil impediret. Sed in proposito illud impedire videbatur, quod pronepotis huius pater non rectē institutus fuerat, vt diximus, quoniam alienus erat posthumus. Quomodo enim fieri possit vt qui nepotem instituere nec potuit nec debuit idem pronepotem ex eo nepote conceptum instituere aut potuerit, aut debuerit? Aut si maus, (eōdem enim vtraque dubitatio recidit) quomodo fieri potest vt ex posthumo alieno nascatur posthumus suus? Itaque dubitationis tollendæ gratia necesse fuit subiici quod in textu sequitur, *Ergo et sic pronepos admittetur, qui natus erit ex nepote, postea viuo filio, atque si ex eo natus esset*. Sic enim legendum esse nō dubito, Vt sensus sit, ei quod proximē dictum est, pronepotem hunc suum nasci & vtiliter institutum intelligi, conse-

consequens esse vt admittatur perinde atque si ex ipso filio non ex nepote natus esset: alioqui nō suus, sed alienus posthumus nasceretur. Malè in Pandect. Florent. legitur, *si pronepos admittetur*, cū ex aliis codicibus legendū sit, *sic pronepos admittetur*, id est perinde vt monstrant sequentia illa *atque si*, primumque hoc mendum interuertendæ lectionis & sententiæ causam præbuit non tantūm Accursio cæterisque veteribus qui mutari hīc casum existimauerunt, sed etiam Cuiacio qui locum corruptum existimans sic legendum ait, *Ergo et si nepos omittetur*, addito hic sicilico, *qui natus erit ex nepote postea viuo filio, atque si ex eo natus esset, adoptatur*. Hoc sensu, vt in specie proposita quāuis nepos omissus & præteritus sit, post mortem nepotis viuo filio, id est filio nepoti superuiuente pronepos post omnium mortem ex nepote natus, quasi nepos assumatur locūque nepotis obtineat. Quasi verò monere necesse fuerit, eandem rationem esse nepotis præteriti & non rectē instituti. De quo quis vel tacente Scæuola dubitare potuisset? Deinde quorsum hic de adoptione? Aut quis vnquam *adoptari* dixit pro *assumi cirra adoptionem*? Eandem igitur speciem Scæuola prosequitur de eodem pronepote quem institutum dixerat ex nepote non quidem præterito (quamquam si præteritus omnino fuisset idem vtique Scæuola respondisset) sed quod effectu idē est minū rectē instituto, hūcque pronepotē admitti ait non secus ac si media nepotis persona non interueniente natus fuisset ex filio suo herede, vt nepotis persona quæ pronepotis institutioni obstare videri poterat, nullo modo consideretur, propterea quod nepos hic antē patrem suum eundemque testatoris filium decesserat. Id enim est quod ait Scæuola, *postea viuo filio*, id est filio testatoris superuiuente nepoti, quia si præmoreretur filius nepos quem non rectē institutum diximus succedendo rumperet testamentum §. idem credendum versit. num si & filius supr. *Postea* itaque intellige non vt Goueanus (qui nec felicius quā cæteri locum hunc emendauit) *post testamentum*, sed omnino *post mortē nepotis*. Quod autem sequitur *ex eo* refer ad proximum, id est ad filium ac si scriptum esset apertius, *atque si ex ipso filio natus esset*. His verò verbis cū tota §. sententia eleganter absoluitur & cōcludatur, quid reliquum est, nisi vt vocem illam sequentem *adoptatur* quæ sola tot offudit tenebras & nouæ speciei ac quæstionis comminiscendæ materiam præbuit, deleamus? Nam & asterisco notata est tanquam suspecta & irreptitia & proculdubio non tantūm supernacua eam esse apparet, sed e iā ineptē additam ab ineptiore interprete qui cū in præcedētibz legeret *ergo et si pronepos*, & verbum aliquod ad absoluendam Scæuolæ sententiam deesse videret, hoc subiicit, quo ineptius nullū aliud subiicere potuisset. Quid enim commune habet adoptionis commentum cum proposita facti specie in qua agitur de pronepote in proau familia & potestate concepto ac post mortem ipsius edito? Hinc verò etiam intelligi potest quā parū ad Scæuolæ disputationem faciant quæ hīc Bartolus & post eum cæteri de legitimatione tractant & congerunt.

Ad §. in omnibus l. Gallus.

CAPVT X.

Hic monet Scæuola, in omnibus speciebus tota hac lege ad hunc vsque locum propositis in quibus actum est de posthumi nepotis institutione ex iure antiquo, & formula Galli Aquilij, ob-

seruandum esse ut filius qui est in potestate ex aliqua parte sit heres institutus. Nam ex iis solis verbis quæ Gallus in concipienda formula usurpauit, *si filius meus uiuo me morietur*, licet filij mentionem faciant, adeo ut nec patiantur nepotem ex institutione admitti nisi post mortem filij filius tamen non potest uideri institutus, quoniam institutio non uerbis conditionalibus, sed dispositiuis & ad exemplum legis quæ testandi facultatem dedit imperatiuis perficitur l. i. §. ult. de hered. instit. l. 3. de liber. & posthum. Cùm & in cæteris quoque omnibus dici soleat, conditionem non disponere l. si quis sub conditione 8. D. si quis omiff. caus. testam. l. i. §. item si ita l. in ratione 30. §. tamen si D. ad leg. falcid. l. cùm sine 19. D. quand. dies legat. ced. Ideo que præteritus dicitur hic filius qui in conditione duntaxat institutionis nepotis positus est l. si quis eum 16. in fin. infr. de vulg. & pupill. substit. & hac ipsa lege §. idem credendum, versic. num. & si filius, ubi scriptum est, si auus filium & nepotem habens superstites pronepotis institutionem ita conceperit, *si uterque uiuo me morietur, tunc qui mihi pronepos nascetur heres esto*, ita demùm ualere institutionem pronepotis si nepos primùm deinde filius decesserit: alioqui præ defuncto filio rumpi testamentum successionem nepotis, nimirum quasi præteriti. Nec enim institutus rumpere post legem Velleam que institutum rumpere prohibuit §. sequenti parte & §. ille casus 7. Et in hoc perpetuus est error Bartoli passim scribentis eum qui positus sit in conditione institutionis, siue filius sit instituto nepote, siue nepos instituto pronepote, tacite institutum intelligi ex coniectura voluntatis, hancque tacitam institutionem sufficere ut testamentum sustineatur, propterea quod nec absoluta, nec iniuriosa uideri possit præteritio filij facta in eo testamento ex quo is qui institutus est non aliter heres esse possit quam si filius uiuo testatore decesserit: quamuis Accursius ad huius legis principium contra se uerit. Cuius sententiam cùm ex hoc §. alijsque supradictis locis manifestissime probetur, miror ego à ueteribus ferè omnibus fuisse improbatam. Quod enim Bart. obiicit ex l. si quis ita 82. de hered. instit. si quis ita heres instituitur, *si legitimus heres vindicare nolit hereditatem*, deficere conditionem illo vindicante, longè dissimile est, nec ad rem ullo modo pertinet. Nā si legitimus heres in ea specie vindicare hereditatem uellet, posset quidem ex uoluntate testatoris qui scriptum heredem ei postposuit, sed non idè fieret ut ex testamento posset succedere quasi ipsa conditionis formula institutus: imò tanquam legitimus & ab intestato hereditatem vindicaret. Eadem ergo ratione nec pro instituto haberi debet filius qui tantum in conditione positus est, quamuis non nisi eo mortuo institutum nepotem admitti auus uoluerit. Probabilius fortasse moueri potuit Bart. ex eo quod Iulianus scribit in l. cùm in testamento 37. eod. ti. de hered. instit. nepotis institutione sic concepta uti Gallo Aquilio placuit, duos esse gradus heredum. Quomodo enim duo gradus esse possint quin uterque ad hereditatem uocatus sit? Sed supplendus est omnimodo locus ille ex hoc §. & ita intelligendus ut filij primi gradus institutio nepotis institutionem præcesserit: quod utique Iulianus expressisset nisi de eo ius certum & exploratum fuisset, nec prudentum duntaxat auctoritate, sed etiam testatorum consuetudine inueteratum l. si ita scriptum 47. §. 1. eod. Expressam igitur filij institutionem præcedere necesse est ut nepotis institutio ualeat, quia licet nepos in eum casum instituitur quo filius heres esse nec unquam possit, nec unquam potuerit, id est quo moriatur uiuo testatore, attamen testamentum tale esse necesse est ex quo possit filius heres esse.

si eum patri contingat esse superstitem. Cùm alioqui testamentum quod ab initio nullum & iniustum fuit propter sui heredis præteritionem non idcirco conualescat quod filius præteritus uiuo testatore decesserit d. §. idem credendum & l. si filius 7. §. hoc ti. Caius in Insti. §. 2. in fin. de exhered. liber. Sed & obseruatione dignum illud est quod sequens nepotis institutio facit ut filij melior condicio sit quam si nepos nullus esset. Facit enim ut omnimodo ex parte aliqua hereditatis institui debeat, quem alioquin exheredari sufficeret l. prox. 7. hoc ti. Nam cùm filius qui in potestate est necessariò instituendus sit vel exheredandus, cõsequens est eum qui exheredari nequeat omnimodo institui debere. Hic autem idè exheredari non potest, quia ut hinc Scæuola scribit post mortem suam exheredatus uideretur contra iuris regulam de qua in l. si ita scriptum 13. §. ult. §. hoc ti. Nempe cùm exhereditatio non aliter ualeat quam si testamentum aditione aut alia hereditatis acquisitione confirmatum sit l. filium 20. vers. sed cùm exhereditatio D. de contr. tabul. nepos autem heres institutus sub ea nominatim conditione: *si filius uiuo testatore morietur*, non prius heres esse possit quam filius decesserit, apparet si nepos hic primo gradu instituitur, & filius exheredetur, filium non nisi post mortem suam exheredatum intelligi. Idem uerò intellige, si nepos non in casum mortis filij institutus sit, sed in casu deportationis aut captiuitatis. Frustrà enim post deportationem aut captiuitatem sicut & post mortem suam filius exheredabitur. An & post emancipationem suam? Dubitatio maior est ex eo quod non sit inutilis exhereditatio post emancipationem cùm excludat filium à bonorum possessione contra tabulas l. non putauit 8. de contr. tabul. Sed non facit ea res quominus inutilis sit iure ciuili quo constat exheredandum non esse filium qui sit emancipatus. Et consequenter uerum est hunc filium iure ciuili pro præterito habendum, atque idè nullum, & iniustum facere testamentum. Quo posito succedit iuris Prætorii regula quæ nullomodo patitur ualere tabulas quibus præteritus sit suus heres, si ex iis bonorum possessio peti nunquam potuerit l. si filius 12. §. 1. quod uulgo 19. eod. tit. de quarum sententia diximus lib. 1. cap. 19. Atqui testamentum in quo præteritus est filius qui uiuo patre decesserit, tale est ut nunquam confirmari possit filii approbatione aut conualescere d. l. 7. §. hoc ti. quomodo confirmari posset silentio aut expressa uoluntate filij superstitis l. filio 17. de iniust. rupt. Igitur nec iure Prætorio ualebit testamentum hoc in quo filius post emancipationem suam exheredatus fuerit. Quamquam & illud uerum est, quod tota hac lege Scæuola disputat de testamenti ualiditate ad ius ciuile non ad prætorium referendum esse. Ridiculus uerò hinc est Bartolus, & post Bartolum Castrensis, qui filium hunc primi gradus quem exheredari non posse uult Scæuola, præteriri tamen posse defendit, eo prætextu quod huiusmodi præteritio tacite institutionis vim habere queat non item exhereditatio. Nam quis unquam ex iuris prudentibus dixit præteritionem etiam cùm permessa est haberi pro tacita institutione? An non potius habenda est pro exheredatione? ut de materna præteritione proditum legitimus §. ult. Insti. de exhered. liber l. filiam 15. C. de inoff. testam. Deinde an non Scæuola satis apertè requirit expressam institutionem hoc ipso quod non solum negat exheredari posse filium, sed etiam iubet ut ex certa parte instituitur? Nam si ex aliqua hereditatis parte extraneus scriptus sit qui si coheredem non habeat ex toto asse scriptus intelligitur, quomodo filium coheredem habere uidebitur, si filius non fuit ex-

pressè & nominatim institutus? Quòd si cum eodem Castrensi dicas locum hunc ita intelligi debere vt filio coheres nullus datus sit, adhuc magis ridiculus fueris: cum Scæuola scribat debere filium ex aliqua parte heredem institui. Neque enim fieri potest vt ex parte tantum ac non ex toto asse heres sit filius ex parte aliqua institutus si coheredem non habeat. Siquidem vel ex fundo institutus nullo accepto coherede, perinde heres est ex asse, acsi fundi mentio detracta esset l. i. §. si ex fundo l. quoties 9. §. si duo cum l. seq. l. interdum 13. §. denique de hered. instit. l. si ita scriptum 8. D. secund. tabul. Itaque debuisset Scæuola scribere in his omnibus speciebus seruandum esse vt filius primi gradus ex asse heres instituitur, nõ vt ait textus *ex parte aliqua*. Fefellit Castrensem quòd cum coheres nepoti datus, filius autè exheredatus est, possit filij exheredatio confirmari adeunte coherede ideòque nec videatur filius hoc casu post mortem suam exheredatus quando non cogatur coheres filij mortem expectare quod & Goueanus in posterioribus ad hanc legem cõmentariis scripsit. Vterque malè. Nã coheres nepoti datus nõ alio gradu scriptus videri debet quã quo nepos ipse cui coheres adscriptus est. Sicut & si nepoti substitutus esset non in primum gradum, sed in secundum substitutus diceretur, ob idque filio primi gradus herede existẽte nunquam posset cum eo talis substitutus concurrere, quãuis verũ esset nepotem heredem non esse, ideòque substitutionis condicio existere videretur d. l. cũ in testamento 37. de hered. inst. qui locus etsi de substituto loquitur non de coherede, eadẽ tamen hac parte coheredis quã substituti ratio est non solum quod coheres in coheredis portione, si deficiat, p substituto accipiatur l. si Titio & Mevio 61. §. Iulianus de legat. 2. sed etiam quod fieri nequeat vt coheredes sint quibus non eodem gradu deferatur hereditas: ac proinde quemadmodũ nepos institutus filio exheredato non potest heres esse nisi post mortem filij, nec consequenter facere quominus filius post mortem suam exheredatus videatur, quia neque prius valere potest exheredatio quã nepos heres sit, ita nec coheres nepoti datus facere poterit vt exheredatio antè filij mortẽ valeat, quoniã nec adire potest antequã testator mortuus sit, quem porrò filio superuixisse ponimus, l. qui superstitis 94. de acq. hered. l. i. de hered. vel action. vendit. Neque igitur fieri illud potest quod Castrensis, Goueanus & ceteri volunt, vt non cogatur nepotis coheres mortem filij expectare. Nisi fortè quis dicat, posse in eo diuersã constitui rationem nepotis & coheredis quod filio superuiente testatori, inutilis fiat institutio nepotis tanquam posthumi alieni, non item coheredis extranei, quo demum adeunte confirmari possit exheredatio filij non expectata eius morte. Sed hoc multò minus dici potest, quia cum quærimus an coheres nepoti datus cogatur expectare mortem filij, de ea morte loquimur, quam certum sit à nepote expectandam esse. Nepos autem eam demum filij mortem expectare cogitur quã viuo testatore contingat, cum nihil ei prodesse possit quòd post mortem testatoris filius etiam exheredatus decesserit. Quandoquidem non eò minus filij persona ipsi obstaret vt quasi alienus posthumer institui non potuisset. l. si quis filio 6. infra tit. i. Deinde quamuis filij superuientia inutilem reddat posthumi nepotis institutionem non etiam extranei, prius tamen est vt ab initio valeat testamentum quã vt coheres siue filio siue nepoti datus heres ex eo quandoque esse possit. Vt verò valeat necesse est filium primi gradus vtiliter institutum esse vel exheredatum. Porro vtiliter ex-

heredari

heredari non potest quotiescũque instituitur post eius mortem nepos, quia vt diximus post mortem suam exheredatus tunc videtur. Nec tantum ratione ipsius nepotis, sed etiam in necessariam consequentiam propter personam nepotis ratione coheredis extranei, quoniam cum in eodem gradu scripti sint non magis fieri potest vt filius vtiliter exheredatus intelligatur respectu extranei, & inutiliter respectu nepotis, quã vt idẽ gradus pro parte valeat & pro parte non valeat, quod nusquã receptum est. Debet enim exheredatio fieri à toto gradu non à persona l. 3. §. filius hoc tit. l. non putauit 8. §. si ab vno de bonor. poss. cont. tabul. Valebit igitur extranei institutio & filij exheredatio eo demum casu quo nepos præteritus sit ac subinde viuo patre suo eodemque testatoris filio natus. Non item si coheres datus sit nepoti instituto licet nepotis institutio propter filij superuientiam irrita facta sit. Atqui, inquires, verum est nepoti datum coheredem hunc primo gradu scriptum esse antè quem scilicet nemo sit institutus. Cur non igitur ex eius saltem persona confirmabitur exheredatio filij acsi solus ex asse scriptus esset præterito nepote. Quid enim refert an per filij superuientiam nepos exclusus sit an præteritus? Aut an extraneus solus & in toto asse scriptus sit an nepoti coheres datus deficientem eius portionem accrescendi iure consequatur? Verum respondeo longè inter se casus istos differre. Nam cum extraneus solus institutus est filio exheredato, & nepote præterito, statim & ab initio valet exheredatio, & quidẽ à toto gradu, quippe qui in vnus heredis persona consistat qui adire quancũque post testatoris mortem poterit non expectata filij morte. Nec quicquam est quod eã aditionem impedire possit præterquam si rumpatur testamentum agnatione sui heredis posthumi præmortuo filio viuo testatore: quã res tamẽ nõ facit vt testamenti vires sint in pèdenti. Interim namque valet quamuis in eo sit vt ex euentu rumpi possit. Cum verò nepos ex parte aliqua institutus est sub ea necessariò condicione Si filius viuo testatore moriatur, exheredatio statim non valet, nec quandiu filius viuit conualescit, quia nec institutio vlla nepotis intelligitur antè filij mortem. Exheredatio autem non prius valere potest quã institutio, aded vt dubitatum olim fuerit an fieri posset antè institutionem, licet tandem magis probatum sit, non tam scripturæ quã iuris ordinem spectadũ esse ex Traiani primum, deinde Marci rescripto l. j. de hered. insti. l. 3. §. vnde etiam de iniust. rupt. Porro post mortem filij sera est exheredatio etiã quod ad coheredem pertinet qui filij mortem expectare non cogebatur, quoniam nec ab eius persona exheredari potuit filius qui à toto gradu non est ritè exheredatus d. §. filius, & d. §. si ab vno. Nec est contrariũ quod supra diximus nepotem in secundo gradu institutum videri d. l. cum in testamento. Ex quo inferre quis fortasse velit nepotis institutionem nihil commune habere cũ institutione extranei primo gradu scripti, nec impedire posse quominus ex persona ipsius exheredatio filij saltem quod ad primum gradum confirmetur. Etenim cum dicimus filio & nepote posthumo institutis duos esse gradus heredũ, non sic intelligimus quasi primo loco deferatur hereditas filio, deinde nepoti, sed id significamus quod Iulianus ipse explicat, nullo casu fieri posse vt filio & nepoti simul aut etiam successiuè & ex ordine hereditas deferatur. Nam vel soli filio defertur si patri supersit nepotemque alienum auo efficiat, vel soli nepoti si filius præmoriatur, quoniam quandiu filius viuit superstitè adhuc testatore nec filio nec nepoti hereditas viuentis deferri potest. Rursus cum nepos admittitur filio præmortuo, in primo gradu scriptus

intelligitur nō in secūdo, quia nulli alij antē eum deferri potuit successio, si quidem graduū distinctionem estimamus ex hereditatis delatione ut primus gradus ille sit cui primo loco deferretur hereditas, secundus cui secūdo loco, hereditas verò non prius deferri potest quàm sit hereditas, hoc est quàm testator defunctus sit d. l. j. de hered. vendit. Quod ab interpretibus nostris nō obseruatum fecit ut nepotem Aquilianum passim vocent substitutum quāsi secundo gradu institutum, quem tamen neque hīc Scæuola, neq; alibi quicquam ex Iurisconsultis substitutum vnquam dixit, sed semper institutum. Verum de hoc latius infr. cap. prox. Hinc autem fit ut si filio coheres datus sit extraneus, nepoti quoque eo casu quo nepos succedere possit, datus intelligatur, propterea quòd coheres primo gradu scriptus sit, nec quicquam eius referat vtrum filius an nepos in eodem gradu concurrat. Ex quo illud etiam infero, filium à posthumi nepotis persona malè, id est post mortē suā exheredatum, non posse dici à toto primo gradu exheredatum. Ergo nec ab extraneo qui in eodem gradu est. Sic euenit, ut & aui testamentum non aliter valeat re possit quàm si filius ex parte aliqua institutus sit, & filio instituto non ex alia parte institui queat nepos, quàm ex qua filius institutus fuit. Filio tamen ex asse instituto nihil vetat nepotem ex parte institui, in reliquo autem dari coheredem, quamuis ex contrario non possit plus ad nepotem quàm ad filium ex institutione peruenire. Obstante nimirum persona coheredis qui non sicut nepoti datus intelligitur cum filio datus est, ut diximus, ita ex contrario nepoti datus, sic habendus est ac si filio datus esset, quia nec sicut nepos subintrat in locū filij præmortui utpote post eū institutus, ita vicissim filius succedens patri subintrare videri potest in locū nepotis qui nō nisi post eum & à natura, & ex testamento, & à lege vocatur. Dixi filio ex asse institutio ut aliū & superiori contrariū Baldi errorē refellā existimantis in toto isto tractatu De Aquiliana formula ponendum esse datum filio coheredē. Cū, inquit, solo filio & ex asse instituto frustra provideas ne posthumi nepotis agnatione testamentum rumpatur quando & nullo nato posthumo perinde futurum sit ut intestati exitum faciat testator præmortuo filio, & facta institutione quasi caduca. Nam ut rectè iam olim Castrensis disputauit, non id tantum egit Gallus Aquilius ut prouideret aduersus periculum quòd imminerebat ne filio præmortuo rumpetur sola posthumi agnatione testamētū in quo præter filium nemo institutus esset, sed illud potissimum, qua ratione posthumus nepos institui posset, ut eo quoque instituto testamētū nō rumpetur, & ut successio nis testamentaria capax fieret si auus mallet habere eum heredē testamentarium, quàm legitimum. Perinde autē potest nepos hic ex testamento succedere, siue filius ex toto asse siue ex parte fuerit institutus, dummodò antè patrē decesserit. Sed & alius Goueani error nobis refutandus est, qui ad hunc locū scribit si nepotē simpliciter heredē testator scribat nō ex formula Galli, sed hoc modo *nepos qui post mortem meā nascetur heres esto*, rectè filium exheredari posse. Omnino malè. Quamuis enim simpliciter nepos institutus sit non expresso casu mortis filij, nō valet tamen institutio posthumi nepotis nisi in eū ipsum casum, quem idè necesse est posse ex verbis cōcipi, ut scriptum est in §. quidam rectè hac lege supr. Nam cū posthumus Aquilianus testamenti tempore inspecto sit alienus & ob id induci necesse fuerit ut ex eo demum tempore institui posset quo fieret laus viuo testatore, nec rursum possit fieri sius nisi mortuo patre, cōsequens est ut nullo casu valeat nepotis huius institutio nisi post mortē demum filij primū gradū tenentis & posthumi nepotis

sustatem impediens, & cōsequenter ut filius à nepote exheredatus nō nisi post mortē suam exheredatus videatur, tametsi præterea coheres nepoti purè datus sit ut suprā probauimus. Nec simile est quod Goueanus obiicit posse etiā nepotē superstitem exheredato filio institui l. qui in aliena 6. §. interdum de acquir. hered. Alia enim ratio est superstitis, alia posthumi nepotis. Superstes nepos omni iure institui potest, saltem tanquā extraneus cū non suus est patre in gradu præcedente. Posthumus verò nullomodo institui potest nisi & institutionis & mortis testatoris tempore sit suus, qualis tamen nepos esse non potest viuo filio suo herede. Itaque superstite nepote instituto filij exheredatio statim tenet, nec post mortem suam videtur exheredatus quomodo contingit instituto posthumo. Quod verò idè Goueanus subiicit filium exheredatum nō obstare nepoti quominus nepos simpliciter institui possit, verum quidè est, sed ita demum si exheredatio teneat: alioquin nec exheredatus videtur, qui non ritè exheredatus est. Atquin exheredatio non tenet instituto nepote posthumo ut diximus. Quod si nepos iam testamenti tempore superstes fuit non quidem obstat filius exheredatus institutioni nepotis, sed non quia sit exheredatus, at quia nec si esset institutus obstaret, cū superstes nepos eo casu quo suus non est extranei iure censeatur & perinde ac extraneus quilibet non non solum institui possit sed etiā patri suo eidemque testatoris filio ex parte instituto coheres dari, non secus ac si ab extraneo factum esset testamentum l. si ego 26. l. si ex sua 36. de acquir. hered. quod & Cuiacius rectè defendit aduersus Accursium in d. §. quidam rectè. Sed quod addit Goueanus rationis loco, cum exheredatione suus esse desinat, prorsus falsum est, ut iam in superioribus sæpius monuimus, & dicemus latius infr. cap. vlt. Eorum quoque opinionem refellere operæ precium est qui vsque ad eò parem filij & nepotis rationem constituunt, ut quemadmodum nepote instituto filium quoque ex aliqua parte institui necesse est, ita necessariam putent nepotis institutionem filio instituto. Quidni enim nepotem etiā posthumum exheredare liceat? veteri saltem iure inspecto l. 3. de iniust. rupt. l. si posthumus 14. hoc tit. Nempe si filio coheres datus sit qui testamentum sustineat ut aditione hereditatis confirmetur exheredatio. Alioquin fateor filio præmortuo, & nullo coherede dato exheredationem nepotis valere non posse, nemine ex testamento aduente. In eo itaq. dispar filij & nepotis cōdicio est, quod filij exheredatio nec eò magis valet quòd nepoti instituto coheres datus sit, ut iam probauimus. An autē filio instituto & nepote exheredato sufficiat datum fuisse filio substitutum? Ita pleriq. existimant quòd non minùs à substituto quàm à coherede testamētum sustineatur, sed in proposito nō ita est, quia cū exheredationē posthumi nepotis in eum ipsum casum fieri necesse sit in quem fieri posset institutio, hoc est sub ea demum cōdicione, si filius viuo auo moriatur, & substitutus ille sit cui secūdo loco deferatur hereditas apparet filium hunc cui antè testatorē moriēti nec delata sit nec deferri vnquā potuerit in eum casum patris successio, substitutum verè ac propriè habere non posse, sed eum qui post ipsius mortem scriptus sit nepote exheredato perinde institutum dicendū esse, atq. institutus diceretur nepos ipse si nō esset exheredatus. Ad eò ut si sub nomine substituti scriptus sit non magis possit in institutū euadere filio antè testatorē mortuo, quàm euaderet nepos ipse si esset institutus. De quo sequenti capite differemus. Planè non nego posse testatorem ita scribere, *filius meus heres esto si filius*

meus me viuo morietur, tunc qui mihi post mortem meam nascetur nepos exheres esto, Titius heres esto. Sed eo casu Titius institutus dicendus erit non substitutus. Nec sane perpetuo verum est sustineri testamentum à substituto, ut in eleganti illa & perdifficili specie l. prox. in principi. hoc tit. de cuius sententia & emendatione scripsimus lib. 3. cap. 15. Planè si nepoti datus substitutus proponatur, nemo dixerit ideò validiorem fore filij exheredationem, quia cum non nisi nepote repudiante aut mortuo adire possit is qui nepoti substitutus fuit, semper verum est filij viuentis exheredatione non tenere, cūq. quandiu vixit nec institutū fuisse nec exheredatum, ergo præteritū d. l. filius prox. præced. hoc tit. Cæterum illud quoq. obseruandū est quod Scauola sic scribit, *ut filius duntaxat qui est in potestate.* An ad exclusionem emancipati ut quidā putant? Minimè, neq. enim de emancipato hinc tractari aut dubitari poterat, nō solū quod certum esset emancipatorum institutionem non esse iure civili necessariam, cum eo iure sint prorsus incogniti & pro extraneis habeantur, sed etiā quia posthumus nepos ex filio emancipato alienus posthumus est, nō suus §. posthumo quoq. instit. de lega. ac proinde talis qui Galli temporibus & antiquo iure civili institui non potuit. Verius igitur est quod alij volunt dictionem hanc, *duntaxat*, additā ad exclusionē filij ab hostibus capti qui licet filius sit non est tamen in patris potestate quādiu apud hostes & eorum seruus est, ob idq. & impunè præteriri potest l. pen. j. hoc tit. quasi pro iā mortuo habendus l. quod attinet 32. de reg. iur. quamuis si ab hostibus redeat, detur ei postliminium, & consequenter iniustum faciat testamentum ac si semper in ciuitate mansisset l. si quis filio 6. §. sed si pater de iniust. rupt. Item ad differentiam nepotis & aliorum deinceps descendentiū, quos constat nec institui nec exheredari debere, sed præteriri posse quādiu parens eos præcedit siue pater ille sit siue auus, & sufficere ut eorū parentes qui primū gradum tenent in familia instituatur, itēmq. liberi eorū, id est pronepos ex præterito nepote, aut abnepos ex præterito pronepote ad hoc ne testamentū vel præteritione sui heredis iam nati iniustum sit vel agnatione posthumi heredis rumpatur. Sed hoc ita demum si præteritus nepos antè filium moriatur, aut præteritus pronepos antè nepotem: alioqui præteritus nepos aut pronepos rumpet succedendo, nec prohibebitur per legē Velleam rumpere, qui nec fuit institutus nec exheredatus §. idem credendum in fin. §. hac. leg. Nā quod Vlpianus in fragment. tit. 22. qui hered. instit. poss. & Iustinianus tam in Instit. tit. de exhered. liber. §. 2. quā in l. maximum vitium 4. C. de liber. præter. scribunt potuisse olim nepotes & cæteros deinceps per virilem sexum descendentes præter filiiū primi gradus impunè præteriri exemplo filiarum, sed ita tamen ut scriptis heredibus accrescerent, suis quidē in virilem, extraneis verò in dimidiam, ad eos tantum nepotes pertinet qui iam testamenti tempore præmortuo filio primum locū tenebant in causā succedendi, ut diximus supra. l. si qua poena 7. de his qui sūt sui vel alien. iur. Imò dici pot plus iuris habere nepotē qui post testamētū succedit in locū filij, aut instituti aut exheredati quā eum qui antè testamētū successit in locū filij instituendi aut exheredandi. Ille enim cū iam tū haberet iura sui heredis, nō alia ratione præteritus videri potuit quā quia testator noluit. Hic verò ideo potius ꝑ ei patris persona siue instituti siue exheredati noceret. Facit l. j. §. si pater in potestate cū seqq. D. de coniung. cum emancip. liber. eius l. illud 4. §. si quis filii l. 6. de contr. tabul. ¶ [Caue. nam Iustin. in l. si quis filium 34. C. de inoffi.]

inoff. testam. scribit nepoti ex filio exheredato, nullā olim viam ad successionē aut patuisse. Itaque cogita an dici possit ius hoc accrescēdi competiisse nepotibus ex filio præmortuo tantum d. l. i. §. si pater in potestate de coniung. cum emancip. lib. eius. Ideòque instituendos fuisse huiusmodi nepotes vel exheredandos ne testamentum euerterent l. 4. C. de lib. præter. Facit quod nullo iuris loco scriptum memini præterito nepote ex filio præmortuo testamentum esse inutile, sed rumpi duntaxat, ut & in l. 9. §. 2. vers. diuersum, hoc tit. Cuius tamen in §. posthumorū de exh. lib. negat filiam natam & præteritā rumpere testamentum licet habeat ius accrescēdi, ut sicuti liberorum ita & suorum heredum plures sint gradus: ij tamen magis propriè sui dicantur, qui primum suutatis gradum tenent. Quod significare videtur Iustin. in §. cæteri, Inst. de hered. qualit. & differ. vbi ait extraneos heredes dici eos demum qui non sūt in testatoris potestate, cum tamen quisquis non est extraneus eum necesse sit aut suum esse & necessarium aut necessarium duntaxat. Quod verò Scauola scribit, *quorum si liberi heredes instituantur institutionē nunquam exigemus*, pessimè sic vulgò accipiunt ut instituto filio aut nepote qui præcedit, non sit necesse institui nepotem aut pronepotem. Nam etsi non est necesse ad hoc ut testamentum valeat, est tamen necesse ad hoc ne posthumi nepotis agnatione rumpatur. Rectior igitur est secūda Accursij interpretatio ut de liberis nepotis aut pronepotis præteriti Scauola senserit, cuiusque sententia sit, Instituto filio primi gradus & pronepote posthumo posse præteriri nepotem qui viuo filio decesserit, nec verendum esse ut eius præteritione aut iniustum aut ruptum fiat testamentum. Idēque dicendum si instituto filio & abnepote posthumo præteriti sint nepos & pronepos, idēque viuo testatoris filio mortui. In quo sanè deterior condicio est nepotis quā filij. Neque enim sufficit filij liberos, id est nepotes esse institutos ut filius ipse præteriri possit, nempe quia primum gradum tenet in familia, non etiam nepos quem testamenti tempore pater præcedit. Atqui si filius præmoreretur nepotes in eius locum succedentes si præteriti essent rumperent succedendo. Fateor & ideò nimirum ut in omnem casum securè testetur auus non minùs nepotē iam natum quā filiiū & pronepotē posthumū instituere debet vel exheredare. Sed eū casum hinc tractat Scauola quo nepos, antè filiiū aut pronepos ante nepotē decesserit, ac proinde quo neuter succedendo rumpere potuerit. Ut appareat in eo differre nepotem aut pronepotē à filio, quod filius præteritus semper facit iniustū testamentū quamuis viuo testatore decesserit d. l. si filius 7. supr. hoc tit. Et verò modus ille rumpendi per successionē pertinet ad tractatū legis Velleæ, non Aquilianæ formulæ de qua sola iu hoc §. agit Scauola, mox de lege Vellea dicturus. An verò hac parte alia erit ratio posthumorū nepotum alia superstitum? Ita Goueanus existimat quod posthumorum præteritio testamentum vitiet quasi obliuione prætermisisti videantur. Sed non ita est. Nam in eo casu quem tractamus, hoc est filio patri superstitite instituto non minùs impunè præteriri potest nepos posthumus atque is qui iam testamenti tempore superstes fuit. Imò nec si auus vellet instituere illum posset aut exheredare, quia alienus est posthumus. Sanè filio exheredato fuit olim melior causa nepotum posthumorum quā superstitum. Hi enim, ut diximus, præteriri poterunt saluo iure ad crescēdi scriptis heredibus. [Caue propter l. 34. C. de inoff. test. de qua scripsi in marg. pag. præced.] Illi verò vel exheredandi no-

minatim fuerunt vel si inter ceteros exheredabatur legari iis necesse erat ne obliuione prateriti viderentur. Teste Vlp. in d. tit. 22. §. nepotes & pronepotes. Idque nimirum est quod fefellit Goueanū, qui & in eo errat quod scribit, si pronepoti datus esset coheres, certā portionē nepoti praterito olim accreuisse. Nepoti enim antē filium defuncto de quo agimus nullā portio potuit accrescere, ac multo minus si ante testatorem decessisset. Nepoti autem superstiti ex filio præmortuo si prateritus esset non accrescendi ius dabatur siue suus heres alius, siue extraneus in totū aut ex parte scriptus esset, sed ius dicēdi nullū testamentū, utpote cū primū in familia gradum tenere, & filij loco esse cœpisset, quemadmodum supra docuimus. Nā etsi posthumus nepos esset nascēdo rumpere l. si quis posthumos 9. §. si filiū hoc tit.

Cur ad institutionē Aquilianā nepotis non fuerit sufficiens formula vulgaris substitutionis.

CAPVT XI.

Apparet ex superioribus non fuisse sufficientem formulam vulgaris substitutionis ad posthumi nepotis institutionē. Nam si sufficiens fuisset, quid erat necesse Gallum Aquilium tantopere laborare in excogitanda & concipienda formula per quam nepos ille institui posset? Siquidē constat vulgare substitutionem iam inde à primis post legem duodecim tabularū temporibus & longē ante Gallum Aquilium in vsu fuisse, & in omnium ferē testamentis frequentissimē solitā vsurpari, ob idq; vulgare dictā q̄ & omnib. & ab omnib. fieri & posset & soleret. Cūq; nihil intersit inter vulgarem substitutum & secundum heredem, dubitandum non est quin lex duodecim tabularum quę heredis instituendi potestatem dedit patri familias, de secundis heredibus eque ac de primis fēferit, indeq; vulgaris substitutionis introductio emanauerit l. Cicero 39. D. de pœn. l. verbis legis 120. de verb. sign. Dubitandi autem causa ex eo nascitur quod casus ille qui Galli Aquilij formula expressus est, *si filius meus me viuo morietur*, tacitē insit cōdicioni vulgaris substitutionis *si filius meus heres non erit*, cū patris heres esse nequeat filius qui viuo patre moritur. Quid igitur refert vtro modo institutus sit aut substitutus? Presertim cū nec fieri possit ut nepos auo heres existat nisi decedēte filio viuo auo, vel quod hac parte idē est deportato filio aut emancipato aut ab hostib. capto nec reuerso. Proinde q̄ ad posthumi nepotis personā attinet nō solū casus Aquilianæ formulæ in vulgari substitutione cōprehēditur, sed & eadē prorsus vis & potestas esse videtur Aquilianę institutionis & vulgaris substitutionis. Quā ob causam non solū veteres ferē omnes interpretes post Accurs. & Bart. ad l. Gallus §. quidā rectē, in ea fuerūt sentētia ut dicerēt potuisse antē Aquiliū vulgare substitutionē sufficere, sed etiā q̄ magis mirādū sit, nōnulli ex recētorib. inter quos Ant. Goueanus in priorib. suis ad hāc legē Cōmentariis, cū rationē nondū cōperisset, quā postea sibi visus est cōperisse, cur nō posset sufficere. Auget dubitationē quod si quis dicat Aquiliū de instituendo tārū, nō etiam de substituendo nepote tractasse, propterea quod verendū non erat ne rumpere tur testamentum aui posthumo nepote non substituto, sed ne rumpere tur eo non instituto si suum nasci contingeret, in prōptu cōtradictio est substitutū vulgarem euadere in institutū & substitutionē vulgarem reuocari ad intellectum institutionis quoties prior institutus cui substitutus datus est, viuo testatore moritur l. cū ex filio 39. §. vlt. de vulg. & pupill. substit. aut alia ratione impeditur ne ex testamento heres esse possit, ut in specie l. si is qui

57. de

57. de hered. instit. Cur nō ergo pro vtiliter instituto haberi potuit posthumus nepos qui vulgariter substitutus fuisset? Rationem ex veteribus nemo quæsiit. Ex recentioribus, perpauci, nemo tamen inuenit. Idem Goueanus in posteriore commentario triplicem adfert, sed ita ut ineptam potius quāminimū sufficientem fuisse probet vulgarem substitutionem. Prima illa est, *quod ipsa personarum qualitas substitutionis condicionem contineret*, quæ planē ad rem non pertinet. Nam & perinde dici potest eandem personarum qualitatem continere condicionem Aquilianæ formulæ, cū, ut diximus, non possit nepos posthumus heres esse auo, nisi mortuo patre, aut emancipato, aut deportato, aut denique capto ab hostibus. Secunda ratio est, *quia filio abstinate nihilomāgis admittetur substitutus, qui tamen casus facit locum extraneo substituto*. Equē vana & extra rem. Nam nec Galli formula induxit ut isto casu nepos admittatur. Quærimus autem, Cur in eū saltem casum quo ex Galli formula nepos admittitur, & qui vi ipsa comprehenditur in vulgari substitutione, fuerit vulgaris substitutio non solū inepta, sed etiam insufficientis, ita ut ad nepotis institutionem excogitari oportuerit nouā & peculiarem formulam. Addit, quæ tertia ratio est, *quia emancipato post testamentum filio nepos quasi prateritus agnascendo rumpere qui aliter admitti non posset quā si filius heres non esset. cū mutatione persona non vitietur institutio. §. vi. d. l. Gallus l. filio 23. §. vlt. eod. l. si quis heres 18. de iniust. rup. Paulō, ut videtur, subtiliū, sed non omnino accommodatē. Nam si ratio hæc genuina esset ac vera, debuerat Gallus in sua formula casum emancipationis aut solū aut saltem primo loco & principaliter exprimere, nō casum mortis, cuius tamen solius meminit, ut ex eo appareat nec cogitasse quidem de casu emancipationis. Quamuis per prudentum interpretationem & ex eiusdem Galli verisimili sententia inductam sit ut quemadmodum institui potest nepos sub ea condicione, *si filius meus viuo me morietur*, ita & possit sub illa, *si filius viuo me emancipabitur*. Ut pluribus explicauimus ad §. & quid si tantum, iunctis iis quæ dicimus ad §. vlt. dict. l. Gallus §. Ceterum si auus in posthumi nepotis institutione casum solum mortis filii expresserit secutus verba Aquilianæ formulæ non magis faciet Aquilianā formulā vtilem institutionem nepotis, quā si is filio esset substitutus sub ea condicione, *si filius heres nō esset*, quia sicuti emancipatio filii non facit quominus heres ille sit, ita nec facere potest ut vocetur ex testamento nepos qui fuerat institutus in eum dumtaxat casum quo filius moreretur. Alia igitur ratio quærenda est, cur minus apta & sufficiens visa sit vulgaris substitutio ad posthumi nepotis institutionem, quā Aquilij formula in solum casum mortis filii concepta. Iacobus Cuiacius tract. 2. ad African. in explicatione l. si mater 33. §. 1. de vulg. & pupill. subst. eandem proponens quæstionem, cur satis non habuerit Gallus nepotem posthumum filio vulgariter substituere: rationem illam reddit quod in casum vulgaris substitutionis quo scilicet priori filio deferretur hereditas nullus subsit rumpendi testamenti metus, (quia per delationem filio factam perinde confirmatur testamentum atque in extraneis confirmatur per aditionem) in eum verò casum quo metus subest cauere non possit nisi institutione nepotis. Verū quamuis ita esse fatear, nondum tamen propositæ dubitationi satisfactum est. Id enim dumtaxat ratio hæc cōcludit, Nepotem posthumum vulgariter substitui necesse non fuisse cū in casum delatę filio hereditatis, qui vulgaris substitutionis casus est non possit rumpere. Institui*

autem necessariò debuisse ne rumperet eo casu quo ipsi primùm & antè omnes deferretur hereditas. Denique non posse admitti tanquam substitutū. Nos autem de illo quærimus, Cur cū vulgari substitutus est non admittatur tanquam institutus præmortuo filio, quandoquidem facta institutione in causa caduci regulare est vt euadat substitutus institutū d. l. cū ex filio §. vlt. de vulg. substit. Quomodo enim rumperet quasi præteritus qui mortuè auo post filium reperiret se in primo gradu substitutum? Sunt qui putent non potuisse valere substitutionem vulgarem in persona posthumi nepotis propter regulam Catonianam, quia si testamenti tempore auus decederet, ea nepotis substitutio viuo filio facta non valeret. l. i. de regul. Caton. Quæ ratio ab aliis idè reprehenditur, quòd regula Catoniana ad condicionales institutiones non pertineat l. penult. eod. substitutio autem quælibet, condicionalis sit institutio. Mihi verò nec ratio placet nec reprehensio. Nō reprehensio, quia quod ad regulam Catonianam spectat, nihil differt pura institutio à condicionali vt docebimus infr. Non ratio ipsa quia verū est quod generaliter Papin. scribit in l. 3. ill. tit. Catonianam regulam non pertinere ad hereditates. Illud sanè verum est ex antiqui iuris regula institutionem siue puram, siue condicionalem quæ ab initio non valuit ex postfacto non conualescere l. penult. de regul. iur. antiq. Sed ea regula non magis impedit, ne posthumus nepos vulgari substitui possit, quàm ne possit institui. Cū nec valeret ipsius institutio, si auus eo tempore quo filium instituit moreretur. Alienus enim posthumus contrà iuris ciuiliis regulas videretur institutus. Et ob id nimirum necesse fuit excogitari formulam per quam ex die & conditione institueretur, vt cū non prius institutus dici posset quàm dies & condicio euenisset (vtraque in id tempus collata quo suus nasceretur) nihil prohiberet quominus ab initio institutio tanquam sui posthumi consisteret. Id verò Gallus affectus est inserta formulæ particula *tunc*, quæ institutioni nepotis principium daret, & condicionem quandocunque euenientem posthumo nascente suo, impediret retrahere ad tempus testamenti quo alienus fuisset, quemadmodum latius à nobis supra tractatum est. Atqui poterat eadem particula *tunc*, inseri quoque vulgari substitutioni, eratque longè facilius inducere vt vulgari substitutio sic conciperetur, *si filius meus heres non erit tunc qui mihi nascetur ex eo nepos heres esto*, quam formulam integram prode qua minùs generalis esset, ac in casum vnum mortis filij concepta. Illa igitur semper manet dubitatio, cur noua formula potius quàm vulgari substitutione in eam rem vt Aquilius voluerit. Scio alios etiam esse qui putent idcirco necessariam fuisse Galli formulam, quòd cū aliter nepos institui non posset quàm in casum mortis filij, hic tamè casus in vulgari substitutione nō exprimitur. Sed ratio hæc non tantum aliena, verum etiam falsa est, casus enim mortis filij adeoque viuo etiam testatore licet in vulgari substitutione specialiter non exprimitur, perinde tamen atque si expressus esset vi ipsa comprehenditur sub verbis illis generalibus, *si heres non erit*, nec tantum casus mortis sed & deportationis, emancipationis, captiuitatis, & generaliter cæteri omnes quibus contingat filium heredem non esse siue quia noluerit, siue quia non potuerit: & siue viuo siue mortuo testatore posse defierit. Quæ ratio si aliud nihil obstaret, defendi posset longè aptiorem fuisse formulam vulgari substitutionis ad omnes casus comprehendendos, quàm Aquilianam, quæ si à testatore vsurpetur solo mortis casu expresso macta est, nisi ex legis Ve-

lex

lex sententia suppleatur d. §. & quid si tantum. Deinde falsum est posthumum nepotem non nisi in casum mortis filij institui posse. Potest enim, vt dixi, institui in casum etiam deportationis & captiuitatis, adeoque emancipationis filij, quæ cū institutionem filij non faciat irritam morti similis hac parte videri non potest. Etsi verò mortis duntaxat casum Gallus expressit æquè tamè ad eius formulam cæteri etiam casus pertinent non vt vilo modo pro expressis habeantur solo mortis casu expresso, sed vt perinde ac casus ipse mortis exprimi possint. Vera itaque & vnica tam obscuri iuris ratio hæc est, quòd cū posthumus hic nepos testamenti tempore inspecto verè sit alienus, ac proinde talis qui tunc nec institui potuerit, nec consequenter substitui (omnis namque substitutio secunda institutio est vt Caius diffinit in Instit.) necesse fuerit ipsius institutionem ex die & ex conditione concipi, vt ex eo tantum tempore suus posthumus esse inciperet, scriptus intelligeretur. Adiecta nimirum particula *tunc* vt supra dixi. At si vulgari substitutionis formulam sic conciperes, *Si filius meus heres non erit, tunc, qui mihi ex eo post mortem meam nascetur nepos heres esto*, tantum abesset vt posthumus hic alienus ex eo demum tempore videretur institutus quo posthumus suus esse inciperet. Vt ex contrario dici potius posset collatum institutionis initium in id tempus quo adhuc alienus esset. Illa enim verba *si filius meus heres non erit*, ex sui natura casum delatæ filio hereditatis demonstrant, qui propriè vulgari substitutionis casus est, (cū antè delatam hereditatem nemo heres esse possit, priuatio autem vt vulgo dici solet præsupponat habitum) & condicionem exprimunt quæ defuncto tantum testatore potest existere ac proinde ex cuius euentu non possit institutio initium capere, siquidem iam mortuus heredem instituire tunc non potest. Nisi dicas retrahere ad tempus testamenti sublato vicio temporis, quo casu æquè eueniet vt alienus posthumus substitutus videatur, cū testamenti tempore suus esse non possit quem tunc pater præcedit. At posthumus alienus sicut institui iure antiquo non potuit ita neque substitui, quia substitutio quælibet institutio est, secunda quidem sed tamen vera institutio. Nec obstat quòd instituto antè testatorem mortuo, cui proinde nunquam delata sit hereditas, vulgari tamen substitutus ex substitutione admittitur. Nam imò verò tanquam institutus admittitur non tanquam substitutus, euaditque in institutū, quia ei primo non secundo loco defertur hereditas, & ob id cum cæteris institutis in deficiente coheredis portione concurrat ac si esset institutus d. §. vlt. l. cum ex filio 39. de vulgari. Atqui si nepos ex eo tempore instituitur quo iam delata sit hereditas filio, non solum instituitur in eum casum quo periculū amplius nullū sit ne testamentum rumpatur vt ait Cuiacius, sed in illum etiam quo alienus erit posthumus: fieri enim non potest vt non sit alienus qui à patre anteueritur in causa successionis. Cui consequens est vt non possit valere substitutio ex eo tempore facta quia nec institutio valeret, iamque ab initio perinde nulla esset & inutilis atque ex contrario validam & vtilem esse dicimus eam quam Gallus induxit fieri ex eo tempore quo posthumus sit suus: atque ita succederet supradicta iuris antiqui regula quæ institutionem ab initio inuolidam postea conualescere non patitur. Ne quidem in eum casum quo posthumus hic suus reperiatur præmortuo filio, quia in alium nominatim casum substitutus fuit quo substitui non potuit, id est quo esset alienus, cū ex diuerso ne purè quidem institui potuisset, at in eum nominatim casum in-

a a j

stitui debuisset quo ex alieno suus fieret. Et verò absurdissimum sit substitutionem vulgarem quæ in suo casu, id est tanquam substitutio valere numquam potuerit, euadere in institutionem. Prius namque est ut substitutio aliqua sit & subsistat, quàm ut euadat in institutionem. Alioqui sicut ex nihilo nihil fit, ita ex nulla substitutione (nulla autem est quæ substitutionis iure valere numquam potest) nemo dixerit confici posse vtilem institutionem arg. l. Stichus 39. D. de manum. testam. in postremis illis verbis *quia nullum casum vtilem habet*. l. pater filio 54. D. de hered. instit. Denique ut valeret posthumi nepotis institutio non solum cauendum fuit ne in eum nominatim casum conferretur quo alienus posthumus maneret, sed etiam providendum ut iis verbis conciperetur, quæ omnem omnino delatæ filio hereditatis casum, posthumique alieni personam omnimodo excluderent, ut nullo prorsus casu nulloque tempore alienus posthumus institutus videri posset. Quod ipsum non per vulgarem substitutionem fieri potuit (quæ licet contingente casu non delatæ hereditatis instituto præmorienti reuocetur ad intellectum institutionis, iure tamen substitutionis non nisi casum delatæ hereditatis complectitur) sed ita demum si & in eum nominatim casum & ex eo nominatim tempore nepos institueretur quo posthumus suus esse inciperet, hoc est non sub ea tantum condicione sed ex ea condicione *si filius vivo auro moreretur*, aut deportaretur, aut emanciparetur, aut ab hostibus caperetur. Quid autem intersit, an sub condicione, an ex condicione institutio fiat, & cur hic locum non habeat quod dici solet institutionem à pagano ex condicione non magis quàm ex die fieri posse tam latè explicauimus supra, ut repetere nil sit necesse. Ex his verò intelligimus, quàm grauiter erret Bartolus existimans nepotem hunc Aquilianum vulgariter substitutum esse, & ipsum institutionem ex Galli formula nihil aliud esse quàm vulgarem substitutionem. Fefellit Bartolus & eius sequaces quòd nepotis institutio semper secunda sit, cum necesse sit præcedere institutionem filij primi gradus d. l. Gallus §. in omnibus, secunda autem institutio substitutio sit. Item quod scriptum est in l. cum in testamento 37. de hered. instit. filio instituto itémq; nepote ex consilio Galli duos esse heredum gradus, quasi fieri nequeat ut duo sint gradus quin is qui in secundo gradu est substitutus dici debeat. Sed iam proximo capite superiore monuimus, instituendum quidè filium primi gradus, deinde nepotem, at nepotis institutionem licet secunda sit non idè substitutionem dici posse, ne quidè si verba sola institutionis consideres (in quo lapsus est Cuiacius ad principium l. Gallus) propterea quòd fiat in eum nominatim casum quo nepoti deferatur primo loco hereditas, ipso scilicet filio præmortuo aut aliter suitatis iure excluso. Substitutio autem, ex contrario in eum casum fieri debeat, quo non nisi secundo loco deferatur hereditas substituto. Nec quòd duo heredum gradus esse dicantur in d. l. cum in testamento, idcirco nepotem substitutum esse dicendum est. Duo siquidem gradus esse Iulianus scripsit non alia ratione quàm quia simul admitti non possint ad aui hereditatem, licet ambo sint primo gradu instituti si gradus metiaris ex sola hereditatis delatione. Tantum enim abest ut vtrique simul hereditas testatoris deferri possit, ut nec alteri post alterum deferatur. Nam si filius patri superstes sit ei soli defer-

defertur, non item nepoti qui eo casu alienus posthumus reperitur. Quòd si filius præmortuus est nepoti soli deferatur, quia nec filio deferri vnquam potuit. In quo obseruari potest tantò minùs nepotem hunc substitutum dici posse, cum in vulgari substitutione regulare sit ut vtrique tam instituto quàm substituto successiuè tamen hereditas deferatur. Eaque potissimum dubitandi ratio erat apud Iulianum in d. l. cum in testamento, nã substitutus nepoti eo mortuo postulabat admitti simul cū patre. Quasi nepos vnà cum patre institutus esset, quod nullo colore petere potuisset, nepote non instituto sed substituto. Idem apud Africanum tractari potest in l. si mater 33. §. de vulgar. & pupill. subst. Sed & ex contrario euenit vno casu ut nepos & pronepos Aquilianus simul admittantur, puta si nepos emancipatus sit, & testatori superuixerit. Cum enim non fiat irrita institutio per emancipationem, & tamen pronepos qui post emancipationem nascitur suus heres sit aui, fatendum est vtrumque hoc casu in aui hereditate concurrere, quod non similiter euenire posset si pronepos substitutus esset. Numquam enim substitutus cum instituto concurrat. De quo dicemus fusius infr. ad §. ult. dict. l. Gallus. Nec est quod quis pro Bartoli sententia proferat quod Scæuola scribit in §. quidam rectè dict. l. Gallus, etiamsi testator nihil exprimat de morte filij, sed nepotem simpliciter instituat, nihilominus valere nepotis institutionem eo casu qui ex verbis concipi possit. Alia enim longèque diuersa illius loci sententia est, de qua breuiter proximo capite disseramus.

Ad §. quidam rectè l. Gallus.

C A P. XII.



DO C V I M V S in superioribus posthumum nepotem Aquilianum quoniam verè suus est non alienus, iure ciuili & antè Gallum Aquilium institui potuisse, idèoque in §. si eius hac leg. sic loqui Scæuolam ut dicat ex iure antiquo succedere nepotem qui ex institutione concepta per Aquilianam formulam succedit. Et ad ius antiquum aptandos esse casus, illos, qui ad Galli formulam pertinent. Neque enim ius nouum fecit Aquilius quia nec facere potuit. Sed tamen quia prorsus ignorabatur quare ratione posset hic nepos institui cum testamenti tempore esset alienus & institutionem sic concipi oporteret ut ab initio consisteret, perinde fuit necessaria Galli formula atque si nepos institui antea non potuisset. Quid enim intererat vtrum institui nullo modo posset, an posset quidem, sed tamen quomodo nesciretur? Eoque pertinet quod huius legis initio Scæuola præfatur Gallum induxisse non ut nepos institui posset, sed ut sic institui posset, *si filius meus me vivo morietur, tunc qui mihi post mortem meam ex eo in decem mensibus proximis quibus filius meus morietur natus erit, heres esto*. Postea verò quàm Galli subtilitate potius quàm auctoritate, quæ tamen maxima & præcipua fuit, inuenta ratio est instituendi nepotis, cœperunt Iureconfulti sequentes inducere

vti valeret institutio quæ simpliciter facta esset etiam casu mortis filij non expresso, dummodò casus utilis ex verbis concipi posset, ne testator ad eò Galli formulæ obstrictus videretur, vt eius verba præcisè sequi necesse haberet. Nam cum iam sciatur non solùm institui posse nepotem hunc posthumum sed etiam qua ratione & quibus verbis & in quem casum possit institui credendus est testator qui simpliciter instituit, in eum casum instituisse quo potuit, non in eum quo non potuit. Quod non similiter dici poterat cum ignorabatur quænam in eam rem formula sufficiens & idonea videri posset. Ita fit vt quæ olim & antè Gallum inepta fuisset, eadem prorsus nullo addito vel detracto aptissima iudicetur, idque est quod Scæuole hoc loco monet, nō reprehendens Aquilium de superfluitate, vt vulgo aiunt (ne quæ enim potuit Aquilius vel aliis vel paucioribus verbis formulam concipere) sed potius Aquilij factum laudans cuius subtilitate factum sit tam certum & exploratum institui posse nepotem posthumum, vt vel simplex institutio sufficere hodie possit, cum olim nulla satis exacta & idonea ad hoc formula sufficere crederetur. In quo tamen cauendum est ne eam Accursio, Bartolo, & cæteris antiquioribus interpretibus decepti existimemus tam generaliter & indistinctè loqui Scæuolam vt quamlibet nepotis institutionem sufficere putauerit: nam quod ille subicit, *vt in eum casum valeat qui ex verbis concipi possit*, ostendit satis non quælibet verba instituendo posthumo nepoti esse idonea, sed ea demùm ex quibus commodè possit concipi casus ille qui Aquiliana formula pluribus & disertis verbis expressus est. Ille autem casus duabus potissimùm circumstantiis continetur, quarum prima & potissima illa est, vt ne alienus posthumus institutus videatur. Altera ne is quoque qui viuo testatore nascetur. Constat enim Galli temporibus & antè legem Velleam, nullo iure institui potuisse posthumum qui viuo testatore nasceretur s. ille casus infr. hac leg. sicut nec eum qui alienus posthumus esset, quamuis postea ad beneficium bonorum possessionis secundum tabulas admissus sit à prætoribus iuris asperitatem temperantibus. Itaque institutionem sic incipi necessariò oportet, vt casus mortis testatoris exprimatur & is demùm nepos instituat qui post aui mortem natus erit, & qui non patri suo sed auo natus erit vt suus duntaxat non etiam alienus posthumus natus intelligatur. Ob idque Scæuola ita scribens, *etiamsi non exprimat de morte filij*, non addit quod interpretes de suo suppleant, *nec de morte aui*, vt doceat illa tantùm verba, *si filius meus me viuo morietur*, non etiam quæ sequuntur in formula posse de nepotis institutione detrahi. Et in §. quid si qui filium, versi. melius ergo est infr. hac. leg. vbi docetur quibus verbis, quam breuissimè & generaliter institui nepos possit, (siue eum versiculum Scæuolæ cum interpretibus, siue Triboniano mecum adscribere velis) illud tamen omnino requiritur vt aui instituat nepotem qui sibi post mortem suus nascetur, aut etiam generaliter, *quicquid sibi liberorum natum erit post mortem*. Denique verba illa, *post mortem*, quæ ipsius aui testatoris non filij mortem demonstrant semper adici necesse est, quamuis de filij morte exprimi nil necesse sit, propterea quòd casus ille, *si filius meus me viuo morietur*, satis concipi possit ex illis sequentibus, *qui mihi post mortem suus nascetur*. Neque enim potest mihi suus nasci nepos nisi qui mortuo iam filio meo nascetur

scetur: mortuo, inquam, antè me, alioqui patri suo non mihi suus nasceretur. Proinde non est accommodatum exemplum illud quod Accursius profert institutionis sic conceptæ *instituo filium & nepotem ex eo*, vel sic, *filium instituo & nepotem substituo*, quandoquidem in his verbis nihil est ex quo possit concipi eum demùm posthumum institutum qui & post aui mortem & suus heres aui nasceretur. Perinde enim designant personam nepotis qui & viuo, aui & viuo patre nascatur, & consequenter qui nullo iure institui potuit. Nec facit pro Accursio quod Scæuola simplicem nepotis institutionem valere dicat, simplicem enim eam intelligit, non quæ sit generalis & indistincta ad quemcūque posthumum pertinens siue suum, siue alienum, siue viuo siue mortuo aui nasciturum, sed quæ nec ex tempore fiat, nec ex conditione ad differentiam illius quæ fit per Aquilianam formulam adiectis iis verbis, *si filius meus me viuo morietur, tunc*. Cæterum fieri non potest vt posthumus vllus instituat quin condicio aliqua tacita insit, vel illa saltem, *si nascetur*, l. i. §. vltimo de condic. & demonstr. Ea autem verba quæ adicienda dicimus *post mortem meam* non tam nouam condicionem faciunt, quam eius posthumus qui instituitur personam & qualitatem demonstrant, vt appareat non fuisse cogitatum de instituendo eo qui viuo testatore nascatur. Aliud verò exemplum quod affert idè Accursius de nepote vulgariter substituto his verbis, *si filius meus heres non erit nepos heres esto*, longè magis à Scæuolæ sententia alienum est. Nam præter id quod non potest videri simplex institutio, quæ expressam illam condicionem habet, *si filius heres non erit*, illud etiam constat quod superiore capite monuimus, vulgarem substitutionem fieri in casum delatæ alteri hereditatis ita vt præmortuo instituto priusquàm ei deferri potuerit hereditas, hoc est viuo testatore, non succedat substitutus iure substituti sed quasi institutus reuocata scilicet substitutione ad intellectum institutionis l. cum ex filio 39. §. vlt. de vulg. & pupill. substit. unde fit vt nepos vulgariter substitutus in eum casum substitutus intelligatur, quo erit alienus, ac proinde inutiliter. Eatenus namq. admittit Scæuola nepotis institutionem valere quatenus possit ex verbis concipi posthumum suum institutum fuisse. Non igitur ex contrario quatenus ex verbis appareat non solùm alienum posthumum institutum, sed etiam in eum nominatim casum quo alienus maneret. Non moueor cōtra Accursiū ratione illa quam plerique adferunt, quòd si posthumus nepos institui posset per substitutionem vulgarem frustra Gallus formulam conscripisset. Iam enim supra dixi posse hodie plerasq. instituendi nepotis formulas admitti quæ antè Gallum nō poterat: sed illud cōtendo, Etiam post repertā à Gallo viā qua posthumus hic nepos rectè institueretur fuisse tamen æquè ineptā ac antea vulgarem substitutionem, propterea quòd fiat nominatim, siue verba, siue naturā substitutionis cōsideres, in casum delatæ filio hereditatis, & consequenter in eum casum quo nepos esset, & maneret alienus. Et sōnium est Bartoli, Castr. & aliorum quòd aiunt, duplicè esse vulgarem substitutionem. Vnā quæ fiat in suitate, aliā quæ in hereditate. Nā quæ fit in suitate ea nō à testatore fit, sed à lege quæ vult vt prædefuncto filio qui suus heres patri erat succedens nepos in eius locum fiat suus, & quidem etiā inuito aui, adeoq. viuento, quo tempore testamentum ipse vires nullas habet. Sed neq. video qua ratione verba illa, *si filius heres nō erit* eā interpretationem recipere possint, *si filius suus heres esse deserit*, nō solum quoniam non aliter possit quis suus heres esse desinere quàm si prius talis fuerit (vt

proinde tam ridiculum faciat testatorem hæc interpretatio quam l. si scripsisset, *si filius heres erit & non erit*, sed etiam quia si ponas filium emancipatum fuisse post testamentum, atque ita defuisse suum esse heredem, non eò magis tamen videbitur extitisse cõdicio illius substitutionis, *se filius heres non erit*, quia nihilominus filius heres erit tametsi suus esse defuerit, §. vlt. j. hac leg. Si sequare nostrorum sententiam vulgò existimantiũ filij instituti emancipatione non rumpi testamentum, quam tamen nos infra refellemus. Sanè non inficior hodie nullum amplius his subtilitatibus locum esse postquam iure ciuili, hoc est ex Iustiniani Constitutione inductum est vt alienus quoque posthumus perinde ac suus possit institui. Itaque non tantum vulgaris substitutionis formula sed & alia quælibet sufficere poterit ad vtilem nepotis institutionem. Nec tamen quæuis sufficet vt nepos successiuè & ex ordine post patrem institutus videatur. Nam quemadmodum si filium & nepotem ex eo iam natum auus heredes instituisset temporibus Aquilij & Scæuolæ ambo simul ad hereditatem admissi fuissent vt rectè Cuiacius hinc contrà Accursium disputat, quia nepotis superstitis institutio omni modo valebat. Sicut & si filius cum nepote institutus fuisset, quod nec Bartolus ipse quantumuis Accursius negat, ita & eoposito, posse hodie nepotè nasciturum æquè ac iam natum heredem institui: dico vtrouque instituto his verbis, *filium & ex eo nepotem instituo*, siue addas cætera quæ sequuntur in formula Galli: *qui post mortem meam nascetur*, siue prætermittas, vtrumque simul vocatum intelligi, neque aut charitatis ordinem aut necessitatis rationem facere quominus cum filio concurrat nepos, quandoquidem extraneus quoque coheres datus concurreret. Planè si auo moriente nepos recidat in potestatem patris, fateor futurũ vt tota hereditas aut acquiratur patri, pars quidem vna ex propria eius persona, pars alia ex persona filij, sicut & si iam natus simul cum patre institutus esset siue ab auo, siue ab extraneo, vt generaliter scriptum est in l. si ego 26. & l. si ex sua 36. de acquir. hered. Sed potest institutio nepotis habere vtilitatem si fortè post testamentum emanciperetur, cū nepotis emancipatio non faciat irritam institutionem. d. §. vlt. j. hac leg. aut si iam testamenti tẽpore nepos ex filio instituto idẽmque institutus erat emancipatus vt in l. Lucius 88. alias l. codicillis §. instituto de legat. 2. Neque simile est quod in contrarium Accursius obiicit, Si testator fundum in familia relinqui præceperit omnes quidem vocatos videri qui sunt in familia, sed ita tamen vt si non sint eiusdem gradus proximus quisque primo loco inuitatus censeatur, & post eum cæteri l. omnia 32. alias l. cum ita §. in fideicommissio l. peto 69. §. fratre l. cum pater 77. §. penult. de legat. 2. l. vlt. C. de verb. signific. Alia enim fideicommissi ratio est, alia institutionis. Voluntas enim testatoris fundum in familia per fideicommissum relinqui præipientis non aliter seruari potest quam si fundus in familia maneat, quãdiu vel vnus de familia supererit, ideòque & qui nondum nati sunt, si postea in familia nascantur ad fideicommissum veniunt, & consequenter successiuè, quia nec simul venire possunt & cum natis concurrere qui nondum sunt in rerum natura, neque animo comprehendendi potest vt fideicommissum aliquod sit perpetuũ quin sit graduale, & temporis simul ac personarum successione perpetuandum, quod & ipsa fideicommissi natura facillè admittit, quia per plurimum personas ambulare potest cùm per heredis & alterius cuiuscunque possessoris, ad quem bona ex testamento aut ab intestato peruenerint manus præ-

prestandum sit. At institutio scriptum heredem immediatè coniungit testatori, nec patitur vt ab alio quàm à seipso hereditatem institutus capiat, alioqui non institutus sed substitutus dicendus esset qui post aliũ ad hereditatẽ vocaretur, nec substitutus sed fideicommissarius, si per manus heredis aut quod idem est post acquisitam & aditam ab herede hereditatem aditus illi esset ad successionem l. tutores 39. §. heres D. de admin. tutor. Post aditam enim hereditatem vulgares substitutiones expirant vulg. l. post aditam C. de impub. & alijs substi. Vnũque tantum casus est quo institutus dicitur qui nõ nisi post alium admittitur: nempe cùm ex præscripto Aquilianæ formulæ auus filium & nepotem instituit. Sed hoc ideò, vt superiore capite diximus, quia sic vocatur nepos post filium vt tamen ei primo loco non etiam post filium hereditas deferatur. Instituto scilicet in eum casum quo filio nunquam possit deferri hereditas, hoc est quo filius viuo auo moriatur. Tantumque adest vt ea ratione nepos cum filio non concurrat quòd ex necessitate, vt Bartolus loquitur, institutus sit, vt ex contrario ea sola ratio concursum impediat, quòd nec cum filio nec viuo eo institui potuerit, vtpote quẽ filius præcedens alienum posthumum efficiat, ac proinde talem qui institui nequeat. Quòd si testator ita scripserit, *Filium instituo, Nepotem substituo*, nepos quidem post filiũ admitteretur, sed tanquam substitutus si filius superuixerit, aut tanquam institutus si filius prædecesserit, quia verbum ipsum *substituo*, designat secũdam institutionem, cùm substitutio quælibet sit secunda institutio, ideòque licet possit euadere in primam, numquam tamen cum prima, cuius respectu secunda dicitur, potest concurrere, id est substitutus cum instituto cui substitutus est, licet possit cū instituti coheredibus d. l. cum ex filio §. vlt. de vulg. & pupill. Sunt qui pro tuenda Accursij & Bartoli sententia quam refutauimus, obiiciunt nepotis iam nati institutionem esse ex lege Vellea quæ tamen non aliter institui nepotem voluerit quàm si is in locum sui succederet §. nunc de lege infr. Sed hoc quoque nos in eius loci interpretatione refellemus.

Ad §. idem credendum eiusd. leg.

C A P. XIII.

VAE à Gallo excogitata est formula vt nepos ex filio temporè testamenti superstitite vtiliter institueretur, eadẽ sicuti necessaria est ad pronepotis institutionem, si filium & nepotem viuo testatore mori contingat, ne alioqui pronepos cùm nascetur suus heres primo gradu vacuo rumpat testamentum: ita & commodè vsurpari potest, & quidem tribus casibus. Primus est si testator ex nepote superstitite pronepotem speret filio iam mortuo, sic enim cõcipere institutionem poterit. *Si nepos me viuo morietur tunc qui mihi ex eo pronepos post mortem meam in decem mensibus proximis quibus nepos moreretur natus erit, heres esto.* Non pono præcedere nepotis institutionem, quia non sicuti cùm ex filio nepos instituitur filium ipsum institui necesse est §. in omnibus j. hac l. Ita cùm iam præmortuo filio nepos primum locum tenere cœpit requiritur ad confirmandam pronepotis institutionem vt ipse quoque nepos instituat. Hæc siquidem differentia olim fuit inter filium & nepotem, quòd filius familias omnimodo instituendus erat aut nominatim exheredandus, alioqui iniustũ & nullius momenti erat testamentum: nepos verò sicut & filia impunè præteriri poterat.

nisi quod præteriti habebant ius ad crescendi, hoc est accrescebant scriptis heredibus, suis quidem in partem virilem, extraneis verò in dimidiam ut Vlp. scribit in fragmentis tit. 22. qui hered. insti. poss. & Iustinianus tam in Instit. tit. De exhered. liber. §. 2. quam in l. maximum vitium 4. C. de liber. præter. ubi quod ait ius hoc accrescendi euerisionem quandam fuisse testamenti, minus propriè dictum accipi debet. Cùm Caius in Instit. tit. de exhered. liber. §. 1. disertè scribat filiam præteritam non rumpere testamentum, sed inter fratres suos legitimo stante testamento suam sicut alios fratres consequi portionem. Si verò extranei heredes scripti sunt filiam stante etiam testamento hereditatis medietatem acquirere. Ideoque & legatis pro parte sua onerabatur, ut Iustinianus refert in d. l. maximum, quia testamentum non rumpebat. Idemque ius erat nepotis quod filia tamen si præmortuo filio verum esset nepotem non solum ius sui heredis habere sed etiam in filij locum successisse, nec tantum præmortuo filio sed etiam capite minuto l. si qua poena 7. de his qui sunt sui vel alien. iur. Quam ob causam putabam aliquando cum Accursio ad d. l. si qua poena, nepotem hunc qui in filij locum successerit perinde ac filium institui debere aut exheredari, ne alioqui videatur dici non posse in locum filij successisse, si non eodem prorsus quo filius iure censeatur. Monebat me illud quoque quod videbam Prætores his nepotibus dare bonorum possessionem contra tabulas & quidem pro ea parte quam ab intestato habituri fuissent ex capite, Vnde liberi, nec solum iis qui in aui potestate mansissent, sed & emancipatis aut ex emancipato susceptis, qui si emancipatio nulla interuenisset sui heredes futuri erant non alia ratione quam quod in suorum locum successissent l. 1. §. filium l. 3. §. si quis filio D. de contr. tabul. l. 1. §. si pater in potestate 6. cum §. seq. in fin. de coniung. cum emancip. liber. eius (ex quo §. si pater, obserua in d. §. si quis filio, legendum esse: *quia in eius est familia, qui est ipse, & non ut vulgò legitur, quia est ipse*) Denique non poteram intelligere, quo iure nepotes isti succedendo post testamentum in locum suorum heredum viuo testatore testamentum rumpebant, ut hinc scriptum est, & apertius in §. sequenti parte 7. hac leg. & in l. posthumorum 13. instit. prox. ita ius erat ut qui iam antè testamentum in locum suorum heredum successerant, præteriri impunè possent. Cur enim permittatur iis rumpere nisi quia præteriti sint cùm institui deberent vel exheredari? Aut cur potius esse dicamus ius nepotis qui post testamentum viuo auo in locum sui heredis succedit, quam illius qui iam antè testamentum in patris sui locum successerat? An non magis imputari potest auo cur non instituerit aut exheredauerit nepotem ex præmortuo filio iam tum sui heredis iura habentem, quam cur præterierit eum, cuius nulla tum ratio habenda erat, utpote qui licet in potestate esset ideoque sui heredis nomen haberet, iura tamè sui heredis habere non poterat quæ in solius filii persona consistebant, ut Caius tractat in d. l. posthumorum? Quis porro dixerit facilius euerterèdum testamentum aui cui minus quam cui magis imputari possit? Atque ita, ut dixi, aliquando ratio cinabar. Sed me nunc in contrariam sententiam illud vocat, quod video passim scriptum nepotem ex filio superstite, siue instituto, siue exheredato, siue in potestate manentem, siue emancipatum, ad aui bona nullo iure vocari nec vocandum esse. l. illud notandum 4. §. 1. D. de bonor. poss. contr. tabul. d. l. 1. §. si pater in potestate de coniung. cum emancip. liber. eius. Et verò instituto filio in potestate, quomodo potuisset nepos patri suo accrescere, cui omnia

omnia ipsi acquirere oportebat? l. placet 79. de acquir. hered. l. j. in princip. D. si à parent. quis manum. Exheredato autem filio quid commodi nepos habere poterat ex iure illo accrescendi, cùm exheredatio facere non potuisset quominus aui hereditas filio exheredato per nepotem acquireretur, adeò ut nepos ab auo institutus patrem exheredatum facturum esset etiam aditione heredem necessarium l. qui in aliena 6. §. interdum D. de acquir. hered. Illud igitur vnum superest, ut ius illud accrescendi de quo Vlp. Caius & Iustin. tractant iis tantum nepotibus competierit qui iam testamenti tempore in parentum locum successissent, siue parentes essent præmortui, siue præmortuorum loco habendi fortè deportati aut ab hostibus capti, Qua in sententia illud quoque me confirmat quod nullo iuris loco legere memini præteritione nepotis iniustum & nullius momenti esse testamentum, sed præteritione dumtaxat filij in potestate constituti ut in l. si filius 7. l. inter cætera 30. & pass. hoc tit. Primusque Iustinianus fuit qui in d. l. maximum vitium induxit ut ad exemplum filij tam filia quam nepos institui debeat aut nominatim exheredari, adeò ut neque iure Prætorio haberet bonorum possessionem contra tabulas nisi in quantum ius accrescendi iis competebat, præsertim post Antonini constitutionem quam ibidem Iustinianus refert. Nec quod præmortuo filio nepos in ipsius locum succedat facere potest ut perinde testamentum iniustum faciat si prætereatur. Nã & in eo diuersa est huius nepotis & filij ratio, quòd cùm filius non nisi sub conditione potestatiua institui possit, nepos tamen sub omni conditione institui potest, etiam si redigatur ad filij conditionem l. suus quoque 4. l. sed si conditioni 6. §. nepotes D. de hered. insti. ubi nominatim tractat Vlpian. de nepotibus, & deinceps cæteris qui ex lege Vellea instituti non rumpunt testamentum: ut appareat nepoti qui in locum filij præmortui succedit hætenus tantum faueri ut si post testamentum succedat & præteritum se reperiatur, rumpat, non etiam ut in cæteris filij loco haberi debeat quod ad solennitatem institutionis aut exheredationis (vnde & viro doctissimo Iacobo Cuiacio libèrissimè assentior, existimanti quod in l. 3. de iniust. rupt. scriptum est *posthumis per virilem sexum descendentes ad similitudinem filiorum nominatim exheredandos esse*, à Triboniano sic immutatum fuisse cùm Vlpianus scripsisset *posthumi virilis sexus*, ad exclusionem filiarum & nepotum ex filiis, quos constat Vlpiani temporibus potuisse inter ceteros quoque exheredari, dummodò cum adiectione legati ut idem Vlp. testis est in fragm. tit. 22. §. 21. & 22. Et sanè tota illa lex de filio posthumo est non de nepote.) Cuius diuersitatis ratio, ut superioribus obiectionibus satisfaciamus, quamquam sanè perobscura, illa tamen, iudicio meo, non inelegans afferri potest, quòd nepos qui iam testamenti tempore in locum filij successit, cùm præteritus fuit ab auo, non alia ratione præteritus videri potest, quam quia sic auus voluit, iure suo vsus, quippe qui nepotem instituere aut exheredare non cogebatur. Cùm verò post testamentum succedit nepos in locum filij non solum instituendi vel exheredandi, sed iam instituti vel exheredati, alia coniectura voluntatis aui capi potest, adeoque capienda est, ut præteritus videatur ab auo nepos per obliuionem exemplo posthumi, (nam & loco posthumi esse dicitur l. posthumorum 13. de iniust. rupt.) Aut quòd ei patris siue instituti siue exheredati persona obstaret, cui perinde acquiratur erat nepos iure potestatis, potius quam quòd præteritum illum & à sua hereditate exclusum auus voluerit. Sic enim de parentum erga liberos voluntate

benignè semper quantum fieri potest suspicandum est. Et idèd sicut in filij locum successit, ita filij iure ceteri illum æquum est, cum aui voluntas non refragatur. Atqui, inquit, Etiam cum institutus erat ab auo, nihilominus ante legem Velleam rumpebat succedendo, & quidem tanquam præteritus: & tamen præteritus per obliuionem, aut propter obstantem patris personam videri non poterat qui ipse erat institutus. Cedo, sed hoc ipso magis rumpebat, quod pro præterito haberetur quem auus non præteritum sed institutum voluerat, quod cuiusmodi sit & quam sententiam aut rationem habeat quoniam obscurissimum est, explicabimus ad §. sequenti parte infr. Secundus casus quo de pronepotis institutione tractari potest, ille est, si iam testamenti tempore defunctus fuerit nepos, superstitem autem filius pronuru grauida. Hoc verò casu præcedere filij institutionem necesse est, ut deinde pronepos vltimè his verbis instituat, *si filius meus me viuo morietur, tunc qui mihi pronepos nascetur &c. heres esto.* Neque vllam hic casus recipit dubitationem. Tertius est si habes ex viuo filio nepotè superstitem ex pronuru grauida pronepotè speret, atque ita scribit, *Si uterque viuo me morietur tunc qui mihi post mortem meam nascetur pronepos, heres esto.* In qua specie sicut & in superiore, filij quidem institutionem præcedere oportet. Sed de nepote dubitatio est non solum an institui debeat, sed etiã vtrum in condicione saltè ponendus sit: quibusdam id negantibus propterea quod cum pronepotis institutio non aliter teneat quam si nepos hic præmoriatur, nec institui nepotem necesse sit quãdiu in filij locum & primum gradum non successit, frustra eius mentio fieri videatur. Ego verò etsi fateor institutionem nepotis non esse necessariam, & ad validitatem testamenti, præmortuo postea nepote, sufficere ut filius instituat ac post eum qui ex nepote pronepos suus heres auo defuncto natus erit §. in omnibus infr. hac leg. nepotis tamen faciendam mentionem existimo hæctenus ut in condicione ponatur, idque necessarium esse siue institutus sit, siue præteritus. Nam & Scauola hoc ipsum satis exprimit cum ait sic condicionem concipi debere, *virisque mortuis viuo se,* & ratio quam nemo tradit, illa est, quia si mors nepotis in condicione non ponatur, & qui ex eo nascetur pronepos instituat, in eum sanè casum quo alienus posthumus erit institutus videbitur qui ex contrario institui debuit in eum casum & ex eo tempore quo esset suus. Neque enim fieri potest ut præmortuo etiam filio pronepos suus heres auo nascatur, quin nepos quoque prædefunctus sit. Planè quemadmodum in §. præcedenti Scauola scripsit non malè à quibusdam admissum esse, ut etiamsi nihil expressum sit de morte filij valeat tamen institutio nepotis simpliciter concepta. Ita & recipiendum est valere posse institutionem pronepotis licet nulla de morte filij & nepotis mentio facta sit, sed cum illa tamen adiectione quæ ponitur in d. §. quidam rectè, & quam nos supra explicauimus, *ut in eum casum valeat qui ex verbis concipi possit.* Necesse enim est sic concipi institutionem siue nepotis siue pronepotis ut ex verbis constare possit in eum demùm casum factam institutionem quo nepos aut pronepos suus heres futurus sit cum nascetur, ne vllò casu alienus posthumus contra iuris regulam institutus videatur, sed ea interpretatio ab huius §. sententia aliena est, quia non ut in d. §. quidam rectè tractat hinc Scauola quibus verbis possit hodie concipi institutio pronepotis, sed quibus concipi eam posse Gallus existi-

stimauerit quem vtiq; credendum est idem de pronepote quod de nepote sensisse. Atqui nepotis institutionem sic concipiendam credidit ut mors filij in condicione poneretur, his verbis, *si filius meus me viuo morietur.* Idem ergo & de pronepotis institutione existimasse eum credendum est ut instituat ex hac condicione, *si nepos meus me viuo morietur,* nisi iam testamenti tempore mortuus nepos proponatur. At illud adhuc difficilius est quod idem Scauola subiungit, Instituto filio & præterito nepote tum instituto quoque pronepote ex præscripto Aquilianæ formulæ eo quem diximus modo, ita demùm vtilem fore pronepotis institutionem si prius nepos deinde filius decedat, *ne, inquit, successione testamentum rumpatur.* Sunt enim qui putent idèd necesse omnino esse præmori nepotem quod Galli temporibus nullomodo institui posset, ne quidem in eum casum quo mortuo filio in eius locum succederet, nondum scilicet lata lege Vellea ex qua nepotis huius institutionem descendere arbitrantur, in quo tamen errant euidentissimè. Non enim sic Scauola scribit ut dicat omnino & omni casu necesse esse ut nepos præmoriatur, sed in illo tantum casu quem tractat, hoc est cum nepos præteritus est quem constat impunè præteriri posse siue viuo, siue iam mortuo patre tempore testamenti dummodò non in filij locum postea succedat, ut iam docuimus. Cæterum si nepotem instituere auus velit nihil prohibet, eo etiam iure inspecto quod Galli temporibus obtinebat. Nam hæctenus duntaxat diuersa fuit hac parte filij & nepotis ratio quod filij institutionem semper exigimus ut valeat pronepotis institutio: nepotis verò non item, quia potest præteriri ut idem Scauola tradit in dict. §. in omnibus, ubi quod ait, *quorum si liberi heredes instituuntur institutionem numquam exigemus quia possunt præteriri,* esset ridiculum, si nec à volente testatore institui possent. Nec verò dubitandum est etiam antè legem Velleam & omni iure institui potuisse nepotem istum iam testamenti tempore natum, ut dicemus ad §. nunc de lege infr. Illud sanè non inficior antè legem Velleam ita ius fuisse ut nepos quantumuis post filium institutus in filij locum postea succedendo testamentum rumpere, in eamque rem necessarium fuisse secundum caput legis Velleæ, sed id ad rem non pertinet, cum quod ait Scauola, *ne successione testamentum rumpatur,* non ad ius antiquum quod Galli temporibus obtinebat referendum sit, sed ad id quod Scauola viuente & scribente iam inductum erat, ac proinde iam lata lege Vellea cuius in sequentibus ferè omnibus questionibus meminit, ut doceat non quid antiqui iuris ratio postulare, sed quonam hodie iure vtamur. Verùm hinc alia rursus incurrit hæsitatio. Nam & eo casu quo nepos præteritus sit patrique suo eidemque filio testatoris superuixerit videtur à prætore conseruari testamentum, quod per nepotis in locum filij successionem iure ciuili ruptum fuerat, nempe fauore instituti pronepotis qui vtiq; rem habiturus esset ab intestato, ex l. posthumus 12. infr. titu. prox. iis verbis, *Idem & circa iniustum & irritum testamentum erit dicendum si bonorum possessio data fuerit ei qui rem ab intestato auferre possit.* Atque ita plerique sentiunt, quorum sententia nobis refellèda est: sed priusquam eò deueniamus dicendum est breuiter de sententia l. filio præterito 17. de iniust. rupt. sine qua tractatus hic benè intelligi non potest.

CAPVT XIII.

Vereor ne antè hūc diem minùs rectè perceperim Papiniani sententiam in eleganti celebrique illo responso quod extat in l. filio præterito 17. de iniust. rupt. & irrit. fact. testam. Secutus inueteratum & receptissimū errorem nostrorū existimantiū, filio præterito qui erat in patris potestate, si postea is abstinerit & tacita aut expressa voluntate patris iudicia adprobauerit, licèt subtilitas iuris refragari videatur, ex æquitate tamen Prætoria sustineri testamentum vt ex eo detur bonorum possessio secundū tabulas, & quidem cū re & effectu siue fratres aut alij ab intestato venientes, siue extranei heredes eo testamento instituti proponantur, perindèque legata & libertates præstentur ex testamento ac si testamentū iure ciuili subsisteret. Sic enim scripsimus lib. I. Coniect. cap. 19. Cū tamen Papinianus neque Prætorie æquitatis aut iurisdictionis, neque bonorū possessionis secundū tabulas eo loco meminerit. Eius namque verba hæc sunt, *Filio præterito qui fuit in potestate patris, neque libertates competunt, neque legata præstantur, si præteritus fratribus partem hereditatis auocauerit. Quod si bonis se patris abstinuit, licèt subtilitas iuris refragari videatur, attamen voluntas testatoris ex bono & æquo tuebitur.* Sed neque iuris ciuilis aut Prætorij ratio vilo modo patitur vt testamentū huiusmodi ab initio iniustum & nullius momenti ob filij iam nati præteritionem, ex æquitate siue ciuili siue Prætorie conualescat, quantumuis filius præteritus iudicia patris adprobet. Et quidem quod ad iuris ciuilis æquitatem attinet, omnes consensuerunt. Iuris enim antiqui regula est institutionem quæ ab initio fuit inutilis ex postfacto conualescere nunquam posse l. penult. de regul. iuris & testamēti validitas quæ ex eo potissimū tempore æstimanda est, quo testamentum fit, & quo testator moritur, in eum vsque diē quo filius præteritus post mortem patris se abstinerit suspensa manere non potest, sicut neque ex filij præteriti arbitrio pēdere l. illa institutio 32. de hered. instit. vbi quod lex ait, *nam satis constanter veteres decreuerunt testamentorum iura ipsa per se firma esse oportere non ex alieno arbitrio pendere*, ostendit satis vim testamenti non magis à lege, quàm à testatore in alienum arbitriū conferri posse, in eoque ridiculam esse Bartoli distinctionē & subtilitatē, cū lex ipsa sit quæ testamentorū iura ex alieno arbitrio pendere prohibet. Nec existimandum est hac parte, vt aliàs sæpe, iuris rigorem cum æquitate pugnare, alioqui facilè subuertentur iura omnia quæ de testamentis condendis prodita sunt, si id admittamus vt vnicuique liceat contrarie æquitatis commento legum potestatem eludere. Quasi verò cū in tot locis Iureconfulti scripserunt testamentum nullius momenti & iniustum esse in quo filius in potestate præteritus est, ad iuris subtilitatem duntaxat, non etiam ad æquitatem, & rei effectum respexerint. Et verò si quo casu dici posset huiusmodi testamentum ex æquitate conualescere debere, eo sanè casu diceretur quo filius præteritus viuo adhuc patre decessisset. Nā cū morte demum testatoris testamentū confirmetur, non paruus æquitatis color subest ad testamentum defendendum cū mortis tempore, sublata de medio est ea persona quæ faciebat vt iniustum esset, ac nullius momenti: præsertim si alium Bartoli errorem sequāre, existimantis solo filij

lij fauore inductum fuisse vt eius præteritione testamentum sit nullum, idèdèque filium huic suo fauori pro arbitrio renunciare posse. Et tamen constat non idcirco magis testamentum iure ciuili conualescere, quòd filius præteritus viuo patre decesserit, vt Iustin. in Instit. scribit tit. de exher. liber. post Paulum in l. si filius 7. de liber. & posthum. & Caium libro 2. Instit. tit. de exher. liber. §. 1. Nempe propter regulam dictæ l. penultim. & l. quod initio 29. de regulis iuris. Sed & quod magis est præterito posthumo eodèmq; ante patrem vita functo licèt testamentum quod agnatione posthumi ruptū est ab initio valuerit, nec mortis patris tempore superfit ea persona, quæ ruperat, nihilomagis tamen conualescit testamentum. Adèd vt nec bonorum possessionem secundū tabulas cum re accipere scriptus heres possit siue ciuilis, siue Prætorij iuris æquitatem inspicias, fueritque in hanc rem necessaria constitutio Hadriani, tametsi maxima & euidentissima æquitas subesset quæ testamentum defendi suaderet, vt apertè scriptum est in l. posthumus 12. D. hoc tit. Nec dici potest quod aliquando existimabam, euidentiori æquitate niti testamentum quod post patris mortem, à filio præterito expressa voluntate approbatum est, & eo tempore quo improbare potuit iurèque suo vti si voluisset, quàm quod nec approbatum est nec improbatum filio præterito antè patrem defuncto. Nam imò verò longè fauorabilius videtur ad citius conualescendum, quod viuo adhuc testatore impugnari posse definit, quàm quod eo moriente tale est, vt pro filij præteriti voluntate aut impugnari possit aut adprobari. Deinde non illo solum casu admittunt nostri conualescere testamentum quod filij præteritione iniustum & nullum fuerat, quo filius præteritus patris iudicia expressè adprobauerit, sed illo etiam quo tacitè, hoc est quo tacuerit, nec aut ab intestato hereditariam portionem vindicauerit, aut à Prætorie bonorum possessionem contra tabulas, vel Vnde liberi (vtramque enim habere potest) acceperit. Nemo autem dicere possit, solo filij silentio facilius confirmari debere testamentum patris, quàm si ante patrem decesserit, eique non annum sed perpetuum silentium mors ipsa indixerit. Maioris enim momenti & potestatis silentium illud esse debet quod necessarium, quàm quod voluntarium est, & quod perpetuum, quàm quod annuum. Denique cū tractemus de præteritione filij præteriti qui iure ciuili non tantum suus heres est sed etiam necessarius, ita vt non sit sine herede qui suum heredem habet, quamuis se abstinentem l. cū quasi 30. §. sed etsi suus de fideicommiss. libert. quia beneficium abstentionis non ex iure ciuili est, sed ex Prætorio l. necessariis 57. de acquir. hered. non video qua ratione dici possit testamentum quod propter sui heredis præteritionem iure ciuili nullum est, eiusdem iuris ciuilis æquitate conualescere ob filij abstentionem quam ius ciuile non agnoscit. Vnde & illud quoque fieri necesse est, vt quamuis fauore sui heredis legislator ciuilis constituerit, nullum & iniustum esse testamentum in quo suus heres præteritus sit, non possit tamen suus heres, quantumlibet fauori suo renunciare velit, efficere vt testamentum ex rigore aut æquitate ciuili conualescat, quia nec facere iure ciuili potest quin sit heres necessarius. Itaque ad eòualidandum huiusmodi testamentum non magis præderit quòd suus heres præteritus cui iniuria facta est vltro eā remittat, quàm si diceret placere sibi valere testamentum quod quinque tantum aut sex testium subscriptiones & signa haberet. Perinde enim ad testamenti leges & solennitates per-

tinet ut suus heres instituat, vel exheredetur, atque ut septem testes in eo adhibeantur. Quin & principale hoc ius est testamentorum De liberis instituendis vel exheredandis ut ait l. inter cetera 30. de liber. & posthum. ob idque filio præterito iniustum dicimus testamentum l. 3. §. ex his apparet hoc titulo, sicut & cum cetera iuris solennia defuerunt l. prima eodem. Proin succedit iuris regula, quam & Bartolus ipse admittit, solennitatibus iuris renunciare filium non posse, quia non eius favore sed bono publico introductæ sint. Restat igitur ut qui testamentum in quo suus heres præteritus est, ex æquitate defendere volet, ad æquitatis Prætoris auxilium confugiat, quod & Bartolus & alij interpretes omnes fecerunt. At ne hoc quidem fieri meo iudicio potest. Nam testamentum in quo filius familias præteritus est non solum iure civili iniustum, inutile, & nullius momenti est, sed etiam iure Prætorio, ut ex eo constat, quod non tantum ipsi filio præterito, sed etiam fratri eius emancipato licet instituto perinde dat Prætor bonorum possessionem ab intestato si petat ex capite Vnde liberi, atque si nullas tabulas pater reliquisset l. prima §. ultimo D. si tabul. testam. null. extab. vnd. liber. quod non faceret, si testamentum iure civili aut Prætorio valeret, puta emancipato præterito. Nam siue heres institutus hereditatem adierit, siue prepudiauero, siue bonorum possessionem secundum tabulas petierit, siue omiserit, non tamen admittit emancipatum Prætor ex capite Vnde liberi, solumque ei relinquit beneficium bonorum possessionis contra tabulas, quam si accipere nolit, culpa sua paternam amittit hereditatem, inquit eleganter Iulianus in l. secunda eodem. Contra tabulas autem illi dat etiam si nullus heres sit, quoniam ea possessio non contra heredem datur, sed contra lignum si modò aliquo casu adiri potuerit hæreditas aut bonorum possessio peti secundum tabulas, quamuis neutrum postea secutum sit vel sequi potuerit l. quod vulgò 19. de bonor. possess. contr. tabul. Porro quoad tabulæ subsistunt non deferuntur ab intestato bonorum possessio Vnde liberi, ut titulus ipse probat, si tabul. testam. null. extat vnd. liber. Hoc autem si ita est, ut tabulæ in quibus præteritus est filius qui erat in patris potestate iure Prætorio non magis valeant quam civili, consequens est ut neque ex æquitate Prætoria defendantur. Nil enim differt æquitas Prætoria à iure Prætorio quod ipsum nihil aliud est quam æquitas temperans & corrigens asperitatem iuris civilis, l. ius autem 7. §. primo de iustitia & iur. præsertim in ea parte Edicti, quæ est de bonorum possessionibus titul. de bonor. possess. apud Iustinianum in Institut. In eoque nimirum perelegans differentia est inter æquitatem Prætoriam & civilem: nam civilis æquitas prorsus discrepat à iure civili, id est à iuris civilis ratione l. secunda §. item Varus in fin. D. de aqua & aquæ pluuiæ arcenda l. prima C. de legibus l. placuit, C. de iudiciis. Non sum nescius vulgò creditum esse testamentum in quo suus quoque heres præteritus est iure Prætorio valere si modò septem testium signis tabulæ signatæ sint, quòd & secundum & contra eas tabulas bonorum possessionem det Prætor qui utique neutram daret si tabulas pro nullis & inualidis haberet. Sed sicuti propositio illa, ita ratio utraq; qua nititur falsa est. Nam quod contra huiusmodi tabulas possessionem dat Prætor non illam rationem habet quia tabu-

tabulas valere velit, sed quia quoties tabulæ proferantur septem testium signis signatæ licet alioqui nec iure civili valeant nec Prætorio, solet tamen Prætor secundum eas bonorum possessionem dare, dummodò & testamenti & mortis tempore testamenti factio testator habuerit, nec aliud prætereà quicquid exigit, cum nec requirat ut aperiatur l. i. §. sufficit & §. exigit l. cum tabulæ 7. & pass. D. de bon. possess. secund. tab. Ceterum ea possessio sine re est quoties adest persona quæ ab intestato hereditatem euincere possit, quemadmodum Ulpianus in Titulis scribit tit. 23. quemadmodum testam. rumpunt. §. si septem, & tit. 28. de possess. dand. §. ult. Neque enim fieri potest ut bonorum possessio secundum tabulas cum re detur eo casu quo ab intestato competere potest, Vnde de liberi, aut Vnde legitimi. Sicut nec iuris civilis ratio patitur ut quæ hereditas iam ab intestato delata est, eadem ex testamento quoque deferatur, quia nunquam potest successio testati cum successione intestati in eadem hereditate concurrere: subsequi verò causam intestati multò minus, præterquam in singulari illa specie l. si quis ita 82. D. de hered. instit. Quam ob causam Ulpianus supradictis locis cum distinguit bonorum possessionem secundum tabulas in eam quæ sit sine re, & eam quæ cum re, explicans quænam illa sit quæ sine re est, sic loquitur ut dicat, Sine re esse non quoties suus aut legitimus heres ab intestato hereditatem euincit, sed quoties euincere potest, id est quoties nihil prohibet quominus iure suo utatur si velit, tamen si forte postea nec utatur nec uti velit. Cum enim non prius uti possit iure suo & hereditatem ab intestato vindicare, quam ab intestato delata ei sit hereditas l. delata 15. de verb. signif. hereditatis autem delatio fiat sola legis potestate non solum in scio sed etiam inuito eo cui successio deferretur, quamuis acquisitio extra causam suorum & necessariorum heredum, non nisi accedente heredis voluntate fiat, consequens est nil exquirendam esse sui aut legitimi heredis voluntatem ad hoc ut sciatur an bonorum possessio secundum tabulas aut cum re, aut sine re esse debeat, sed vel inuito eo qui ab intestato iure civili aut Prætorio succedere potest, quisquis ille sit siue suus, siue legitimus, hoc est quauis iure suo uti nolit, ac testamentum valere malit, bonorum possessionem secundum tabulas omnimodo fore sine re, cum re autem eo solo casu quo nemo sit qui rem ab intestato auferre possit, ut bonorum possessio secundum tabulas quæ cum re est comparetur aditioni hereditatis ex testamento irrevocabiliter acquirendæ, cui certum est locum nullum esse postquam delata est ab intestato hereditas. Ea verò quæ sine re est nihil aliud sit quam declaratio quædam voluntatis heredis, in adprehendenda possessione hereditatis, ad retinendam illam & acquirendam eo iure quo acquiri & retineri poterit, ita ut interdum quoque accidat habere rem ab intestato eum qui secundum tabulas possessionem acceperat, si forte is sit qui ab intestato possit succedere, nec habeat voluntatem testatoris, puta quòd testator intestatum vel se se decedere dixerit l. i. §. penult. D. si tabul. testam. null. extab. vnd. liber. l. ult. D. de his quæ in testam. delent. In summa, qui bonorum possessionem sine re habet is neque interdicto Quorum bonorum aut alio villo, neque actione aliqua hereditaria experiri potest, sed is demum qui possessionem cum re & effectu obtinuit l. i. & 2. C. quor. bonor. Itaque ut ad propositum redeamus, non est recta consecutio si quis dicat, Prætor dat filio familias præterito bonorum possessionem contra tabulas patris, ergo eas tabulas pro bonis

& validis habet. Nam licet interdum ea bonorum possessio sit necessaria ad rescindendas tabulas quæ alioqui valerent, & ex quibus adiri hereditas iure civili posset, quomodo contingit emancipato præterito, d. l. 2. vnd. liber. interdum tamen ob hoc ipsum datur ut appareat eas tabulas à Prætoribus pro bonis non haberi, ut evenit cum datur filio in potestate præterito, quod nihil interesse Prætor existimet, an ad bonorum paternorum possessionem filius familias vocetur per contrà tabulas, an Vnde liberi. Atqui, inquires, Tabulas aliquas subsistere, & præcedere necesse est ut contrà tabulas detur: alioqui si tabulæ tales sint ex quibus nec adiri hereditas nec possessio secundum tabulas peti vnquam potuerit contrà tabulas petere inane est quæ sine effectu futura sit d. l. quod vulgo 19. de bonor. poss. contr. tabul. Et hoc nimirum est quod fecerit Bartolam in commentariis ad hanc l. & ad l. 2. C. de bon. poss. contr. tabul. existimantem non alia de causa dari contrà tabulas filiofamilias præterito, quam quia hoc ipso quod petit contrà tabulas cum iure suo ab intestato posset succedere, testamentum adprobare videatur, ut proinde non sit ille ad beneficium Prætoris admittendus si protestetur nolle se patris testamentum vllomodo valere. Quod prorsus ridiculum est. Quid enim tam contrarium approbationi tabularum, quam contrà tabulas petere? Respondendum igitur est quod animaduertere Bartolus debuit, ad dandam bonorum possessionem contrà tabulas non illud omnino requiri ut subsint tabulæ quæ civili aut Prætorio iure valeant, sed sufficere ut tales sint ex quibus dari possit bonorum possessio secundum tabulas, siue cum re, siue sine re ea futura sit. Frustrà enim requiras ut sit cum re dominiàmque rerum hereditariarum possessori tribuat, si quidem illa quæ contrà tabulas datur, non contrà heredem sed contrà lignum dari dicitur, nec eò minus competit quod necdum hereditas adita aut bonorum possessio secundum tabulas petita sit, tamen nec postea hereditas adiri nec possessio peti queat, dummodò aliquo casu ab initio alterutrum fieri potuerit d. l. quod vulgo. Minus quoque recta erit consecutio si ex eo quod Prætor dat heredi scripto bonorum possessionem secundum tabulas quibus filiusfamilias præteritus est, inferre velis, Valere igitur eas iure Prætorio. Illa enim possessio sine re est & inutilis, adeò ut nec impediat quominus possessioni ab intestato locus sit, & in ipsa quoque intestati possessionem conuertatur si heres scriptus idem ab intestato succedere possit d. l. 1. §. penult. & vlt. si tabul. test. null. extab. vnd. liber. At si testamentum iure Prætorio sustineretur, utique daret Prætor bonorum possessionem cum re secundum eas tabulas, illo saltem casu quo contrà tabulas dari amplius non posset. Hoc enim addendum est ut iis occurramus, qui fortasse obiecturi sint, Præterito emancipato testamentum non solum iure civili valere sed etiam Prætorio ut supra probauimus, nec tamen heredem scriptum posse bonorum possessionem secundum tabulas cum re accipere. Id enim fit quia quoad emancipato præterito saluum est ius petendæ possessionis contrà tabulas per quam auferre heredi scripto possit commodum hereditatis, perinde impeditur datio bonorum possessionis secundum tabulas cum re, ac si iam alteri ab intestato delata esset hereditas aut possessio. Quæ res etiam facit ut beneficio fratris præteriti edictum committentis frater quoque institutus possit contrà tabulas petere, quia propter personam fratris præteriti impeditur ne secundum tabulas cum re petere possit. Neutram verò petere cum posse iniquum esset. Sicut & vocari eum ad contrà tabulas si secundum tabulas cum re petere

tere posset l. 3. §. si quis ex liberis de bonor. poss. contr. tab. qui locus proculdubio de ea bonorum possessione secundum tabulas quæ cum re sit, accipi debet, sicut & quod scriptum est in §§. sequentibus. Nam quid, obsecro, interest, utrum heredi scripto euincere bona hereditaria quis possit, per contrà tabulas, an ab intestato? Siquidem, ut præmonuimus, fieri nunquam potest ut bonorum possessio secundum tabulas cum re, concurrat cum bonorum possessione contrà tabulas aut ex causa intestati. Sed finge emancipatum exclusum à beneficio possessionis contrà tabulas quod variis ex causis potest contingere, an admittetur ab intestato Vnde liberi? Minimè: quia subest testamentum idque validum quod impedit successionem intestati d. l. 2. Vnd. liber. Ergo bonorum possessionem secundum tabulas cum re eo casu heres habebit qui scriptus est. Ex eoque nimirum apparet testamentum iure Prætorio subsistere. Ex contrario igitur intelligere licet testamentum in quo filiusfamilias præteritus est iure Prætorio non valere, tamen secundum eas tabulas si septem testium signis signatæ sint possessionem det Prætor: quia si poneret repudiatum à filiofamilias beneficium possessionis contra tabulas, non eò magis daret heredi scripto bonorum possessionem secundum tabulas cum re, subsistente semper illa ratione quod filiofamilias præterito delata esset possessio Vnde liberi, quæ tamen deferri non posset quoad testamentum valeret, sed eo demum tempore quo desertum destitutumque esset. His ita constitutis ut iam ad propositum redeamus, dico testamentum in quo filiusfamilias præteritus est cum ab initio inutile sit & nullius momenti non minus Prætorio iure quam civili non posse conualescere ex æquitate Prætoria ob id solum quod filius præteritus bonis patris se abstinerit. Etenim quamuis filium qui se abstinuit Prætor non habeat heredis loco d. l. necessariis 57. de acquir. hered. l. si filius 12. D. de interrog. act. perinde tamen Prætor ac civilis legislator absurdum putat ut ex filij præteriti arbitrio ius tabularum pendeat, nec minus requirit quam ius civile ut utroque tempore testamenti & mortis valeant tabulæ d. l. j. §. exigit de bonor. poss. secund. tabul. Nec sanè vi deo quomodo testamentum hoc inutile & nullius momenti dici posset si tale esset quod ex æquitate aliqua siue civili, siue Prætoria vllomodo sustineri oporteret d. l. inter cætera 30. l. si ita scriptum 13. §. vlt. de liber. & posthum. Tū verò fatentur nostri, & Papiniani verba cogunt fateri, ita demum hoc testamentum conualescere si filius qui hereditariam portionem fratribus auocare potuit, bonis paternis se abstinerit. Quamquam in eo errat, meo iudicio, quod abstentionem tacitam sufficere arbitrantur si fortè filius præteritus per annum tacuerit, cum tamen expressa abstentio necessaria sit propter ius suitatis quæ facit ut filius quoad non abstinuit licet nec se immiscuerit, non solum heres sit sed etiam pro herede habendus l. j. §. qui sunt in potestate D. si quis omiff. caus. testam. l. in suis 14. de suis & legit.) Rogo autem, à qua successione abstinere filiusfamilias præteritus potest? An à successione testati? Minimè, cum non fuerit institutus sed præteritus. Ergo à successione intestati. At non potest abstinere quis à successione intestati, nisi postquam ea delata est. Abstentio enim loco repudiationis est. Prius autem est ut hereditas deferatur quam ut per repudiationem aut abstentionem omittatur. Igitur fatendum est eam Papiniani esse sententiam ut in specie illa quam tractat, filiofamilias præterito delata sit ab intestato hereditas, quia & ab intestato dumtaxat partem hereditatis fratribus auocare potuisset. Atqui delata semel suc-

cessione ab intestato nunquā fieri potest regressus ad causā testati. Absurdū ergo est, implicatque contradicionem, vt ob hoc solum quōd filiusfamilias præteritus ab intestati patris hereditate abstinuit, testamentum conualecat, nec infalsius quicquam aut improbabilius dici posse arbitror. Quid igitur sibi vult Papinianus noster ijs verbis *attamen voluntas testatoris ex bono & æquo tuebitur.* (Cætera enim facilia sunt & aperta.) Illud nimirum, meo iudicio, vt cū bonis patris filius præteritus se abstinuit, nec portionem fratribus ab intestato auocauit, libertates eo testamento datæ competant & legata præstentur ex bono & æquo ac si testamentum valeret: idque tamen nō ex testamento quod nullum est, sed ab intestato. Primus enim Iustinianus fuit qui contrā manifestissimam iuris rationem induxit Nouell. 115. Vt cum de apell. cognosc. vt ex eo testamento quod per præteritionem vel exheredationem ruptum est, legata nihilominus & fideicommissa, cæteraque omnia præter institutiones conferuentur. Quanquam verius est eam cōstitutionem non de iniusto testamento tractare, sed de eo duntaxat quod ruptum vel irritum factum sit, & consequenter non de præteritione paterna sed de materna quæ pro exheredatione est, vt alio loco scribemus contrā Bartolum & alios Irnerij verbis deceptos in Auth. ex causa C. de liber. præter. Ab intestato autem conseruari legata & cætera quæ testamento relicta fuerant nouum quidem sed non absurdum est, non solum si ab intestati successoribus sint repetita, sed & si repetita nō sint: & quidem duplici iure, Prætorio, aut ciuili. Prætorio, si ommissa causa testamenti ab intestato possideatur hereditas in fraudem legatorum & fideicommissorum l. j. & tot. tit. si quis ommiss. caus. testam. Ciuili quoties id æquitatis ciuilis ratio suadet, siue fauore legatarij aut eius rei quæ relicta est vt in specie l. in testamento 38. D. de fidei. libert. Siue quōd heres à quo legata aut fideicommissa data sunt tantundem ab intestato consequatur nil obstante persona fratris præteriti, quantum si solus ex testamento hæres esset, vt in hac lege in qua apertissimum est ex eo solo moueri Papinianum vt libertates & legata ex æquitate tueatur quōd filius præteritus qui iniustum faciebat testamentum, bonis patris se abstineat, sicque tota hereditas penes institutos fratres manserat non secus ac si testamentum valuisset. Huius autem iuris non tam ratio stricta quam æquitas illa est, quōd absurdum sit occasionem fratris præteriti qui iure suo non vtatur lucro afficere institutos, vt in specie non prorsus dissimili Vlpianus respondit in l. nonnumquam 14. de legat. præst. videanturque instituti ex occasione iuris ciuilis captare lucrum contrā naturalem æquitatem, quæ res exceptionem doli mali inducere solet l. j. D. de dol. except. Et quemadmodum in specie d. l. nonnumquam, hoc est cū heres institutus fuit emancipatus filius, alius emancipatus præteritus, & præteritus accepit contrā tabulas possessionem, institutus verò omisit, euenit vt bonorum possessionem contrā tabulas præteritus habeat iure secundum tabulas bonorum possessionis vt Vulp. ait. ita ex pluribus suis heredibus vno præterito alijs institutis si præteritus abstineat, similiter dici potest institutos habere successionem intestati quodammodo iure successionis testati, hætenus saltem vt perinde libertates, legata, & fideicommissa omnia valeant. Quāuis enim bonorū possessio contrā tabulas ad testati non intestati causam pertineat, non minùs tamen distat à possessione secundum tabulas cui scilicet ex diametro cōtraria est, quam successio intestati à successione testati, nec minùs mirum est censeri eā iure pos-

possessionis secundum tabulas quam successionem ab intestato censeri hoc casu iure successionis testamentariæ. Et verò cū suis quoque præteritis adeoq. institutis ex persona præteriti det Prætor possessionem contrā tabulas perinde ac emancipatis, quid hac parte interest vtrum sui, an emancipati liberi proponantur? aut, an petita bonorum possessione contrā tabulas, an ab intestato succedant instituti? arg. l. is qui in potestate 15. in prin. de legat. præst. An non etsi iuris ciuilis equitas deficeret, occurreret potestas edicti si quis omiss. caus. testam? Constat enim id etiam locum habere cū ab intestato hereditatem possidet is, qui contrā tabulas petere potuit, quique eam petendo legatorum præstationi obstrictus fuisset, l. quia autem 6. §. penult. D. si quis omiss. caus. testament. ac multò magis cū ab intestato succedit is qui nō solū cōtrā tabulas petere poterat ex persona fratris emancipati præteriti cōtrā tabulas petentis, sed etiam ex testamento adire d. l. is qui in potestate, vers. vbi verò scriptus est, de leg. præst. l. si filius 23. D. si quis omiss. caus. testam. l. 3. D. de dot. collat. Fateor suum heredem in hoc differre ab emancipato cū præteritus est quōd etiam si petat contrā tabulas nulla legata debet, quia & nō petita ea hereditatem intestati sine onere legatorum obtineret d. l. is qui in prin. (emancipatus autem exceptis personis debet, quia ab intestato & vnde liberi succedere non potest extantibus tabulis d. l. 2. D. vnde liber.) Sed nego idē iuris esse in suo herede instituto qui nō nisi ex persona fratris præteriti edictum cōmittentis cōtrā tabulas petere potuit. Hic enim legata omnia debet etiam si omiserit bonorū possessionē, si frater præteritus qui contrā tabulas petere potuit emancipatus fuit d. l. si filius, idque siue emancipatus contrā tabulas petierit, siue non: quia & petita per emancipatum contrā tabulas possessione Prætor institutum siue suum, siue emancipatum tuetur ad eam vsque portionem quam per cōtrā tabulas petere potuisset dummodò non ex minore parte sit institutus l. si duobus 14. de bon. poss. contr. tabul. l. filium 5. §. sed etsi portio l. nam secundum 7. cum seq. d. l. is qui 15. §. ita autem de legat. præst. Quōd si frater præteritus in potestate etiā fuit, quoniam omni iure testamētum inutile est, legata nullo iure deberi possunt sicut nec ex testamento hereditas possideri. Itaq. nihil hac parte intererit an fratres ambo petierint cōtrā tabulas, an ab intestato successerint. Sed tamen intererit an frater præteritus iure suo vti voluerit necne, hoc est an fratri instituto partem hereditatis auocauerit per bonorum possessionem contrā tabulas aut successionem intestati, an ab ea abstinuerit. Priore casu locum habet quod diximus nulla legata deberi, ne pro ea quidē parte quæ penes institutum remanet. Posteriore verò eadem quidem iuris ratio facit vt legatorū actio competere nequeat aduersus eum qui mero iure intestati heres est l. filium 20. §. penult. de contr. tabul. Sed æquitas contrā suadet vt legata & fideicommissa defendantur, & quidem omnia & in solidum d. l. filio præterito, de iniust. rupt. sicut & æquitate Prætoria defenderentur si præterito fratre emancipato omittente contrā tabulas alius emancipatus institutus solus eam contrā tabulas possessionem agnosceret dict. l. nonnumquam. Legata igitur & fideicommissa ab intestato petenda erunt: & si heres excipiat non valere testamentum replicabitur aduersus eum de dolo malo, quōd nihil ipse interfit an testamētū valeat necne, cū totius hereditatis lucrum & compendium æquē retineat. Possit autē hoc casu locū esse exceptioni doli

malī non obscure colligi potest ex eo quod Paulus scribit in dict. l. is qui, exceptionem doli mali non nocere filio in potestate præterito qui petita bonorum possessione contra tabulas legata soluere recuset, ut appareat interdum exceptionem locum habere posse: quod vno illo casu contingit, si suus institutus à quo legata relicta sunt totam hereditatem ab intestato possideat. Cui conuenit quod Iulianus scribit in l. si pater 47. de fideic. liber. Si pater duos filios heredes instituerit & agnatione posthumi ruptum testamentum fuerit, nec legata, nec fideicommissa deberi quamuis hereditas pro duabus partibus ad eos pertineat. Nam quod ait, *pro duabus partibus*, ostendit posthumum qui agnatione testamentum ruperat, partem hereditatis tertiam à fratribus auocasse. Aliud ergo respondisset Iulianus si abstinente posthumo tota hereditas ad institutos liberos peruenerat. Alioqui quid attinebat verba illa addere? *pro duabus partibus*. Ex eo autem intelligimus cur Papinianus de fratribus loquatur, & quàm ridicula sit eorum dubitatio qui disputant, an Papiniani sententia generalis sit, & ad extraneos quoque institutos protrahenda. In quo & nos quoque cum cæteris inepti fuimus lib. Coniec. cap. 19. Nam de fratribus institutis loqui Papinianum necesse fuit, quoniam cum extraneus institutus est in eo testamento in quo suus præteritus fuit, fieri non potest ut heres sit ab intestato, nec proinde quæstioni locus superest, an ab intestato legata ex æquitate debeat. Probabilius igitur fortasse quis putet de eo quæri posse, An ea Papiniani sententia non tantum in fratribus præteriti institutis locum habeat, sed etiam in agnatis proximis qui excluso filio hereditatem ab intestato obtinere possint. Sed neque hæc ad Papinianum accommodata quæstio est, nempe cuius temporibus nec in suis, nec in agnatis erat successio l. j. §. sciendum de suis & legit. §. placebat. Instit. de legit. agnat. success. Itaque filio præterito abstinente, instituti heredes quantumuis agnati proximi non magis heredes ab intestato esse poterant, quàm si fuissent prorsus extranei. Hodie autem postquam placuit Iustiniano ut & in suis & in agnatis sit successio, & quæstioni locus esse poterit & Papiniani sententiæ si proponas institutos agnatos proximiores, & abstinente filium in potestate qui præteritus fuerat. Sed in extraneis heredibus scriptis nihil tale tractari potest.

*Explicatio l. posthumus 12. D. de iniust. rupt. & irrit. fact. test.
& ad l. 3. C. de inoff. testam.*

C A P. X V.

EX iis que superiore capite diximus, facillimè legis huius sententia intelligitur. Posthumus præteritus viuo patre natus ante patrem quoque decesserat. Si iuris scrupulositatem, & subtilitatem inspicias, ruptum est testamentum agnatione posthumi, nec quòd posthumus viuo patre decesserit eò magis conualefcet, quia sicuti quod ab initio non valuit, ita quod semel ruptum est numquam ex postfacto conualefcit. Igitur hereditas legitimo iure ad intestati successores pertinet. Neque tamen ideò prohibebitur heres scriptus petere bonorū possessionem secundū tabulas si modò septē testiuū signis signatæ sint & defunctus tam testamenti quàm mortis tēpore, testamēti faciendi ius habuerit: nihil enim aliud Prætor requirit siue iniustum, siue ruptum, aut irritum factum fuerit testamentum, ut proximè docuimus ex Vlpiani Fragmentis titu. 23. quemad-

quemadmodum. testam. rumpunt. §. si septem, & tit. 28. de possess. dand. §. vlt. iunct. l. 1. §. sufficit & §. exigit D. de bonor. poss. secund. tab. Sed illa bonorum possessio secundū tabulas ex eo testamento petita quòd ruptum fuit, erit sine re si non alio quàm Prætoris auxilio defendatur, quia hereditatem ab intestato euincere suo iure legitimus heres potest, quemadmodum Vlp. supradictis locis scribit. Fieri enim nequeat ut bonorum possessionem cum re det Prætor secundū tabulas quin legitimi heredis ius perimat, quod non magis facere potest, quàm ius ipsum ciuile tollere ex quo legitimarum hereditatum iura proficiscuntur. Et tamen æquissimum est mortuo antè patrem posthumo, succurri scripto heredi, & patris voluntatem defendi, sublata iam de medio persona per quam & cuius fauore testamentum ruptum fuerat. An quia per agnationem posthumi præteriti testamentum effectu ipso non rumpatur nisi patre mortuo? Ita putat Cuiac. ad l. si filius 7. de lib. & posthum. ex l. Gallus §. sequenti eod. tit. Sed non ita est. Constat enim agnatione ipsa posthumi sicut & successione nepotis in locū filij, testamentū omnino rumpi viuo etiā patre l. si pater filium 26. de vulg. & pup. subst. Et quod in d. §. sequenti scriptū est, *ne succedens pronepos auo mortuo rumpat*, nō de auo testatore intelligendum est sed de testatoris filio eodemq; auo pronepotis. Quod vir doctissim⁹ nō ignorasset nisi sibi persuasisset legēdū eo loco *nepos*, nō *pronepos*: cum tamē vel hac vna ratione persuaderi potius debuisset nihil de recepta lectione immutandū. Illa igitur ratio est quæ suadeat subueniendum heredi scripto in eo testamēto quod posthumi præteriti subindēque præmortui agnatione ruptū sit, non solū quòd ab initio valuerit (nam si hoc sufficeret, æquē subueniendū esset heredi scripto in eo testamento quod per successione nepotis postea prædefuncti ruptū esset (quod tamen nusquā proditū est) sed potissimū quia minus odiosa est præteritio posthumi, quā iam nati, quippe quæ per obliuionem potius quā mala mēte facta videri debeat. Item quia minorē posthumi rationē haberi deceat quādiu in hominū natura non est quā eius qui iā & in hominū natura & in testatoris familia sit, licet primum gradū nondū teneat. In eā rē nimirū facta est constitutio Hadriani & ea inductū ex summa æquitate, nō vt testamentū conualefcet ita vt ex eo iure ciuili adiri possit hereditas (neque enim tā apertè Iurisprudentiæ fundamenta labefactare potuit aut debuit Princeps iuris religiosissimus) nec rursus vt ex eo testamēto peti possit bonorū possessio secundū tabulas (nā & citrà cōstitutionē dare eā Prætor poterat pro sua iurisdictione, iamq; dederat ipsis Edicti perpetui verbis, non solū si antè, sed etiā si post patre posthumus decessisset. (Sed vt ea bonorū possessio à Prætoze data, sit cū re, quæ alioquin heredi scripto inutilis & sine re futura erat. Idq; est quod Vlpianus ait, *remque obtinebit ut & Divus Hadrianus, & imperator noster rescripserunt*. Et cōsequēter ius legitimi heredis, qui hereditatem ab intestato vindicare poterat, Hadrianus sustulit, nō ita uti ne ab intestato hereditas ei deferatur (nā ne hoc quidē salua iuris religione facere potuit) sed ita vt legitimus heres ius suum cōtrā scriptū heredē exequi prohibeatur: potiorq; causa sit scripti heredis siue extraneus sit, siue remotior agnat⁹, quā legitimi, licet hic summa veraque iuris ciuilis ratione nitatur, ille verò sola iuris Prætorij nō tā ratione quàm occasione. Hinc verò intelligim⁹, quā grauiter errēt ij qui existimāt petēdū ex hac lege exēplū eius bonorū possessionis quā ex legib. aut Senatufcōsulis aut Constitutionib. dare Prætor iubetur, de qua in tit. D. vt ex legib. Senat.

consult. bon. poss. det. Quasi verò citra eã Hadriani cõstitutionẽ nõ potuerit dare Prætor bonorũ possessionẽ secundũ tabulas, quã vtiq; dare poterat nõ solũ rupto sed etiã iniusto aut irrito factõ testamẽto, licet omnib. istis casib. futurã sine re, vt diximus, aut quasi ea bonorũ possessio cũ re quã hodie cõpetit, specie vel numero differat ab illa quã iam olim ex eodẽ Prætoris edicto sed sine re futura cõpetebat: quo sanè stultius dici nihil potest. Eadẽ. n. & specie & numero bonorũ possessio est, quamuis aliũ atque aliũ effectũ habeat. Hodie siquidem cum re est quã olim sine re erat. Illud sanè verum est quod vulgò nostri tradunt post Bart. etiam hodie necessariam esse in hac specie bonorum possessionem secundũ tabulas, quia cum testamentum nõ conualescat, adiri ex eo hereditas iure ciuili nullomodo potest. Ex eo autem quod Hadrianus constituit vt scriptus heres non solũ possessionem secundũ tabulas inanem & vanam petere possit vt antea, sed etiam rem obtineat, hoc est vt ea possessio sit omnimodo cum re & effectũ, infert Vlpianus, *Idcircoque legatarij & fideicommissarij habebunt ea quæ sibi relicta sunt securi. Ne quemadmodum qui accipit possessionem secundũ tabulas sine re nulla legata debet, nec aliud quicquam ex testamento, ne onus hereditatis sentiat qui commodum non habet, ita ex contrario si ea possessio sit cum re iuris ratio facit vt legata & fideicommissa omnia conseruari debeant, nec tantum iurisdictione Prætoria, sed etiam iure ciuili, hoc est ea ipsa Imperatoris constitutione qua legitimi heredes iure suo aduersus heredem scriptum vti prohibentur. Quid enim interest quod ad rei effectum attinet an testamentum iure ciuili valeat, ex eoque adiri possit hereditas, an verò bonorum duntaxat possessio secundũ tabulas cum re peti possit? Legata igitur & fideicommissa perinde vtroque casu salua esse conuenit: cum & eo casu conseruentur quo hereditas iure intestati possideatur à scriptis heredibus, filio qui præteritus fuerat & testamentum iniustum fecerat abstinente l. filio præterito 17. hoc tit. quod tamẽ longè difficilius admitti potuit. Etsi enim eo quoque casu quem tractamus testamentum nec iure ciuili valet nec Prætorio, atamen ex Hadriani rescripto fit vt perinde bonorum possessionem secundũ tabulas cum re scriptus heres habeat acsi testamentum iure Prætorio valeret, nec intestati successio effectũ locum sibi vindicet, quod sufficit vt legata & fideicommissa debeantur. Nam & cum bonorum possessio secundũ tabulas petita talis est de qua dubitetur an cum re aut sine re futura sit, qualis illa est quæ scripto heredi competit, filio emancipato præterito deliberante an contra tabulas petere debeat necne, quanquam interea legatorum petitio summoueri potest exceptione illa, si non in ea causa sint tabula testamenti vt contra eas bonorum possessio dari possit, filio tamen omittente possessionẽ contra tabulas constat legata deberi quod ab eo tempore certum sit eam quæ secundũ tabulas agnita fuerat cum re futuram l. 2. D. de except. rei iudic. l. qui cũ herede 15. de oblig. & action. Multò igitur magis in proposita specie, hoc est petita secundũ tabulas possessione quæ propter Hadriani constitutionem non nisi cum re esse possit, legatorum præstationi iam inde ab initio scriptus heres obligabitur. Neque ea res difficultatem habere videtur. Non omnino simile est quod ab Imp. nouo iure constitutum legimus in l. 3. C. de inoff. testam. filium præteritum à matre in puerperio defuncta ad virilem portionem admittendum. Ea namque Imperatorum sententia est vt admittatur ex testamento quasi pro instituto haberi debeat, quem ex coniectura ma-*

maternæ pietatis credibile est à matre institutum iri si mutare testamentum ei licuisset. Proinde dubitari minùs potest quin legata & fideicommissa omnia testamento relicta pro sua parte debeat qui ex testamento succedit. An verò solo fauore testamenti, aut odio querelæ inofficiosi testamenti ea constitutio nititur? Minimè, vt ex eo apparet quod lex ait, si eo testamento instituti sint extranei posse testamentũ per inofficiosi querelam rumpi, an fauore fratũ institutorũ? ne hoc quidem. Eorum enim potius interesset rumpi testamentum cum ab intestato æquè virilem portionem habituri essent, sine onere legatorum. Ergo fauore ipsius filij præteriti cui commodius est haberi pro instituto cum tantundem ex testamento consequi potest quantũ ab intestato consequeretur, haberi autem pro præterito & exheredato cum institutus est extraneus à quo vniuersam hereditatem auferre possit, rupto per querelam testamento, quia nec virilem eo casu dare filio posses, nisi virilis appellatione, quod effectũ idem esset, totam hereditatem intelligeres vt in l. virilis 145. de verb. signific. Nam & id coniecturæ pietatis maternæ conuenit vt nec extraneum filio præferre, nec meliorem ipsius quàm aliorum filiorum conditionem aut deteriorem facere voluisse credatur. Ex coniectura autem illa maternæ pietatis æquissimum sanè est eius filij præteriti ius esse dari cum neque mala mente, neque certo & deliberato matris iudicio, sed tantum repentini casus iniquitate, vt lex ait, præteritus sit. Quamuis citra Imperatorum constitutionem non ita respondere Iureconsulti potuissent, sed omnimodo, hoc est institutis quoque fratribus perinde ac extraneis scriptis querelæ remedium filio præterito accommodassent. Nouum ea constitutione ius fieri ostendunt verba illa, *perinde virilem portionem tribuendam esse censemus, ac si omnes filios heredes instituisset*. Ideò autem non succeditur in illa specie ab intestato, quia filius à matre præteritus cum pro exheredato habeatur non potest intestatam facere matrem, nisi proposita querela quam porrò hæc proponi iniquum esset, cum nihil imputari possit matri & aliter filio præterito subueniri queat institutis scilicet fratribus, non item institutis extraneis.

Ad versic. Idem & circa, eiusdem legis.

CAP. XVI.

L I V D longè difficilius est quod apud Vlpianũ sequitur, *Idem & circa iniustum & irritum testamentum erit dicendum si bonorũ possessio data fuerit ei qui rem ab intestato auferre possit*. Hic enim verus culus est, cuius explicandi gratia superiora duo capita interserere, & ab inchoata legis, Gallus, interpretatione digredi nos necesse fuit. Nostri vulgò sic intelligunt, vt testamentum quod propter sui heredis præteritionem iure ciuili nullum est, conualescat iure Prætorio, possitq; ex eo peti possessio secundũ tabulas, si modò is heres scriptus sit, qui ab intestato hereditatem obtinere possit. Quam sententiam & interpretationem non malè Alciat. lib. 3. paradox. cap. 8. refellit, ratione illa, quod testamẽtum huiusmodi in quo filius in potestate præteritus est nullius omnino sit momenti l. hoc tit. l. si ita scriptum 13. §. vlt. sup. ti. prox. id est, vt in superioribus probauimus, tam Prætorio iure quàm ciuili, & siue vtriusque iuris rigorem, siue æquitatem

consideres. Sed ipse errat lōgē absurdū in eo quod existimat Vlpianū hīc de eo testamento tractare non in quo filius sit prāteritus, quod nullius momenti esse dicimus, sed quod magis propriē iniustum dici debeat, id est, inquit ille, in quo desint iuris solennitates. Quasi verō nō & propriē iniustum dicatur testamentum, in quo superstes filius prāteritus, est l. 3. §. ex his apparet hoc tit. quod & inutile appellatur in l. inter cetera 30. §. ut. prox. Aut quasi valere possit iure Prātorio, magis quā cūiili testamentum quod vel septem testium signa, vel quam aliam extrinsecam solennitatem non habeat l. 1. de bonor. poss. secund. tabul. An igitur eam Vlpiani sententiam esse faciendum erit vt testamentum iniustum in quo filius familias prāteritus fuit conualescat iure Prātorio, eo saltem casu quo filius hic viuo patre decesserit? Putat Bartolus, improbens Accursium qui scripserit loqui Vlpianum de filio prāterito patri superstite, & iniustum testamentum per expressam abstentionem adprobante. De quo & Papinianus tractat in l. filio prāterito 17. hoc tit. Mouetur autem Bartolus ex illis verbis, *Idem & circa iniustum*. Nam in precedentibus palām est agi de posthumo prāterito qui viuo testatore natus testamentum ruperat, ac subinde eodem testatore viuo decesserat. Distinguit verō, an in eo testamento in quo filius prāteritus est instituti sint proximiores ab intestato venientes an extranei, vt institutis proximioribus conualescat testamentum iure Prātorio arg. l. hac consultissima 21. §. si quis autem C. de testam. Institutis verō extraneis non conualescat sicque accipi debeat, quod scriptum est in l. si filius 7. §. ti. prox. de liber. & posthum. Mihi neque Accursius, neque Bartolus Vlpiani sententiam assecuti videntur. Etenim, vt à Bartolo incipiam, fauor proximiorum in testamento iniusto & nullo institutorum facere quidem potest vt prius testamentum rumpatur l. 2. hoc tit. si duobus 12. §. 1. de bonor. poss. contr. tabul. & vt sustineatur vltima defuncti voluntas iure intestati vt Iustin. constituit in dict. §. si quis autem: sed vt testamentum conualescat, siue cūiili, siue Prātorio iure, possit que ex eo vel adiri hereditas, vel peti bonorum possessio secundum tabulas cum re & effectu facere nullomodo potest. Nam vt in superioribus susē disputauimus, cū testamētum nullum & iniustum est, necessariō euenit vt deficiente causa testati succedat potestas legis quæ ab intestato hereditatem proximiori agnato defert, nec solūm ignorantī sed etiam inuito quamuis non sit inuitus futurus heres si nō sit suus. Delata autē semel hereditate ab intestato, nec ad causam testati regressus fieri potest, nec proinde bonorū possessio secundum tabulas cum re dari, quoniā hęc maximē ad causam testati pertinet, nec tantū ad causam testati, sed etiā, q̄ præcipuē obseruandū est, ad causam hereditatis ex testamēto cū effectu acquirēdæ, & ita vt ne comodū eius heredi scripto eripere quisquā alius possit. Idē enim fit vt in p̄ponēdo iure De bonorū possessionibus ad testamenta pertinētibus, Prātor prius de bonorū possessione cōtrā tabulas quā secundum tabulas edixerit. Itē vt beneficio fratris prāteriti edictū cōmittentis, possit frater etiā institut⁹ petere cōtrā tabul. licet prāteritus nōdū petierit, l. si post mortē 10. §. vl. de bō. pos. cōtr. ta. (dūmodō tamē prāteritus nōdū sit ab ea petēda exclusus, sic enim is locus intelligi, meo iudicio, debet) quia secundum tabulas cū re dari nō potest quādiu cōtrā tabulas cōperit l. 2. D. de except. rei iudic. l. 2. C. de bō. poss. cōtr. tab. Adē vt nec bonorū possessor nec legatorū aut æris alieni debitor esse videatur is qui secundum tabulas possessionē accepit, quādiu deliberante filio prāterito aut e-

ctum

ctum committente dubitatur an ea cum re futura sit, an sine re, vt eleganter Iulianus scribit in l. qui cū herede 15. De oblig. & action. vbi quod magis est non de nudo possessore secundum tabulas loquitur, quē nihil iuris in hereditate habere mirum non est, sed de herede, hoc est qui iure cūiili hereditatem adierit. Huic enim æquē ac nudo possessori commodum hereditatis aufert is qui petit cōtrā tabulas l. filium 20. D. de bonor. poss. contr. tab. semp̄que hęc possessio cōtrā tabulas cum re est, nūquam sine re. Vt proinde longē plus sit possessionem secundum tabulas cum re accepisse, quā hereditatem iure cūiili adisse ex testamento. Siquidem numquam possessionis commodum eripi Prātor patitur ei cui semel secundum tabulas cum re dedit, alioqui eadem possessio, & cum re esset, & sine re, quod quā absurdum sit nemo non videt. Igitur si delatio sola hereditatis ab intestato impedit ne quis ex testamento heres esse possit, multō magis impedit ne bonorum possessionem secundum tabulas cum re possit ex eo testamēto scriptus heres agnoscere. Et consequenter non ex eo solo quod filius familias prāteritus, viuo patre decesserit, potest iure Prātorio conualescere testamentum vt bonorum possessio secundum tabulas cum re, heredi scripto vllomodo competat. Cūque Prātoris non tanta sit potestas vt delationē quæ fit proximo agnato per legem duodecim tabularum prohibere possit, ineptē faciūt qui separant hac parte ius Prātorium à cūiili, eo prætextu quia Prātorium sit benignius, quod verum quidem est, sed tamen ad id de quo agimus nil prorsus attinens. Porro iure cūiili testamentum quod aut iniustum fuit aut ruptū non idcirco conualescere, quod prāteritus viuo testatore decesserit, quāuis institutus sit is qui ab intestato solus succedere debeat, apertē Scæuola scribit in l. Gallus §. idem credendum in fin. supr. ti. prox. vbi ait institutis filio & pronepote, prāterito autem nepote ita demū valere testamentum si prius nepos, deinde filius decedat, ne alioqui filio præmortuo nepos succedendo rumpat, atque ita impediatur ne ex institutione Aquiliana pronepos heres esse possit, qui tamen non nisi sub ea conditione institutus erat, si filius & nepos viuo testatore morerentur. In quo obseruare licet vt hoc etiam obiter adnotemus, fauorabilius esse testamentum quod posthumi agnatione ruptum est, quā quod successione filij iam testamento tempore superstitis. Ille enim si viuo testatore moriatur non impedit quominus bonorum possessio secundum tabulas septem testium signis signatas ex Prātoris edicto competēs iure ordinario, sit cum re & effectu propter Hadriani cōstitutionem d. l. posthumus. Hic verō etsi non impedit quominus bonorum possessio secundum tabulas detur, impedit tamen ne ea cum re & effectu esse possit, quoniam Hadriani constitutio casum hunc complexa non est, neque ex rationis similitudine complecti debuit. Quamquam enim vtrumque testamentum ab initio valet quādiu agnatione aut successione ruptum nō est, attamen, vt superiore capite iam attigimus, multō magis imputari potest ei qui iam natum nepotem licet nondum in primo gradu constitutum prāterit, quā qui posthumum quem fortasse numquam nasci contingeret, quique per obliuionē potius quā per impietatem à patre prāteritus credendus sit, vt de parentum erga liberos voluntate piē semp̄ & humaniter quantum fieri potest suspicemur. Itaque non possum non mirari tot interpretum & antiquiorum & recentiorum ingenia, scribentiū Scæuolam in d. §. idē credēdū, de iuris cūiilis ratione tantum, non etiā de vi & effectu testamenti disputare, neque negare quin ru-

d d j

pto per nepotis successionem testamento, ipsoque nepote deinde præmortuo dari debeat bonorum possessio secundum tabulas cum re pronepoti instituto. Quasi verò existimandum sit Scævola ea omnia admisisse quæ disertis verbis non negauerit. Quod si Hadriani constitutio quæ de testamento per agnationem posthumi rupto locuta est, ad eum casum extendi nequit quo per nepotis successionem testamentum ruptum sit, multò minùs extendi poterit ad testamentum iniustum in quo filius iam natus iamque primus fuit, ut ita dicam, quando occupans præteritus fuerit, tametsi idè postea viuo patre decesserit, hoc institutus sit agnatus proximus, siue extraneus. Idque ita esse vel ex eo maxime constat quod Hadriani constitutio potiorè causam facit heredis scripti quamlibet extranei, quam legitimi, quisquis ille sit, successoris: Bartolus verò in eo casu de quo disputamus, hoc est filio iam nato præterito deinde ante patrem mortuo, non aliter scriptum heredem tuetur accommodata illi bonorum possessione secundum tabulas cum re, quam si idè ille sit ab intestato successurus. Ita admittens quod & verum est longè minùs fauorabile esse testamentum in quo filius familias iam natus quam in quo posthumus præteritus est, non illa solum ratione quod hoc ab initio valuerit, illud ab initio nullum fuerit, sed etià quia filius iam natus non nisi per impietatem præteriri potuerit, posthumus verò, ut dixi, interdum quoque per obliuionem. Fateor filio familias præterito ante patrem defuncto, posse scriptum heredem petere bonorum possessionem secundum tabulas si modò septem testium signis signatae sint, quando quidem & si patri filius superuixisset idem admittendum esset, nec tantum fauore legitimi heredis instituti, sed etsi extraneus scriptus proponeretur, ut supra ex Ulpiano docuimus tit. 23. quemadmodum testam. rump. §. si septem. Sed nego eam bonorum possessionem villo casu futuram cum re, imò erit sine re ut idem Ulpianus supra dicto loco scribit, & tit. 28. de possess. dand. §. ult. Nos verò de ea possessione secundum tabulas quæ cum re & effectu sit, disputamus. Ex quo Accursij quoque sententia, & interpretatio refellitur. Nam cum filius præteritus patri superuixit, quantumcunque postea abstineat, facere tamen non potest quominus ipso iure statim ab intestato heres sit: sicuti si scriptus fuisset statim heres esset ex testamento, quamuis perinde postea abstinere, si vellet, posset l. j. §. qui sunt in potestate D. si quis omitt. caus. testam. l. in suis D. de suis & legit. l. cum quasi 30. §. sed etsi suus D. de fideic. libert. Neque igitur fieri illud potest ut propter abstentionem ab intestato factam testamentum conualescat, siue civili iure, siue Prætorio. Multò minus autè ut bonorum possessio secundum tabulas cum re detur ei cui lex duodecim tabularum partem duntaxat hereditatis ab intestato iam detulerit, aliam partem mox iure accrescendi delatura si alius frater præteritus abstinuerit. Planèque alia Papiniani sententia est in l. filio præterito 17. hoc tit. qua bonus Accursius in opinionis suæ confirmatione abutitur: cum nec de iure Prætorio, nec de bonorum possessione secundum tabulas verbum vllum sit apud Papinianum, qui proculdubio non de testamento iniusto conualidando, sed de tuendis tantum libertatibus & legatis intellexit, & quidè ab intestato per oppositam doli replicationem, ut pluribus docuimus supra. Et verò cum filius præteritus patri superstes fuit, fieri nequeat ut scriptus heres ab intestato rem auferre possit. Nam ab intestato primè semper sunt partes filii præteriti, vel in assè si fratres non habeat, vel in partem si alij fratres concurrant. Adeò ut eo quoque remoto si fratres nulli sint, nihilomagis agnatus proximus admittatur iure vetere inspecto, sed fiat bona vacatia, quia nec in suis, nec in agnatis erat successio l. i. §. sciendum de suis & legi. §. placebat

Instit. de legit. agnat. success. Fratribus autem existentibus accrescit quidem præteriti portio si abstineat, sed non nisi ab intestato, quoniam abstinenti delata fuerat ab intestato, ut appareat ab intestato quoque proprias eos portiones habuisse, alioqui inter eos ex diuerso iure succedentes ius accrescendi locum non haberet. sed cum patrono 6. D. de bon. poss. Ideòque nimirum Papinianus in d. l. filio, de fratribus institutis loquitur, non de extraneis aliisue proximioribus agnatis. A qui, dicat aliquis, quantumvis filio præterito lex deferat hereditatem ab intestato, verum tamè est quod & nos confessi sumus, posse scriptum heredem petere possessionem secundum tabulas si septem testium signis signatae sint. Quid ergo est quod prohibeat quominus ea possessio quæ sine re futura erat si præteritus iure suo uti voluisset, euadat in bonorum possessionem secundum tabulas cum re, filio ipso abstinente & iudicia patris adprobante? Ego verò iam satisfeci cum dixi filij approbationem & voluntatem facere non posse quin ipse ab intestato heres sit ipso iure pro portione hereditaria, & consequenter implicare contradictionem ut postea abstinente eo ab intestato testamentum conualescat. Lex igitur ipsa est quæ scripto heredi & hereditatis & possessionis commodum auferat ut legitimo heredi id ipsum deferat, atque ita impedit omnino ne bonorum possessio secundum tabulas petita cum re esse possit. Et hoc quidè ad Accursij sententiam conuincendam satis est. Sed si pro Bartolo peruicacius pugnare velis, adhuc instare ex eo possis, quod cum filius præteritus viuo patre decessit, nunquam ei ab intestato deferri potuerit patris hereditas, quæ scilicet post mortem tantum defertur, videaturque hic casus illi simillimus de quo Hadrianus rescripsit. Verum respondeo, paternam quidem hereditatem ab intestato deferri non posse filio qui ante patrem mortuus sit, sed non eò minùs ab intestato deferri aliis fratribus etià institutis, etiam inuitis, adeòque si fratres non sint, proximioribus agnatis, ob idque acquirendæ aut retinendæ ex testamento siue hereditatis siue possessionis rationem nullam superesse. Dices idem quoque in Hadriani specie tractari posse, nec enim Hadrianum fecisse aut facere potuisse quominus rupto per agnationem posthumi testamento legitima hereditas agnato proximo deferatur, & tamen non obstante eo constituisse Hadrianum ut scriptus heres quilibet, etiam extraneus, petita secundum tabulas possessione rem obtineret. Fateor: sed si in eam rem necessariam fuisse vides Hadriani constitutionem quæ de posthumo tantum locuta est, cur idem sine vlla constitutione admittis filio iam nato præterito licet prædefuncto? Præsertim cum duplicem illam diuersitatis causam animaduertas & quia filij iam nati præterito sit odiosior, & quia testamentum ipsum vel hoc solo minùs fauorabile quod ab initio non valuerit. Aut si ad hunc quoque casum Hadriani constitutionem protrahere audes, cur non illud etiam admittis, ut illa bonorum possessio secundum tabulas cum re detur cuicumque scripto heredi licet extraneo? Cur meliorem facis hac parte condicionem legitimi heredis quam extranei contra quam Hadrianus fecerit? At iterum fortasse obiicias (video enim te subtilem agere) in scripti heredis extranei persona necessariam fuisse constitutionem, ut legitimi heredis ius perimeretur qui alioquin hereditatem scripto heredi ab intestato ablaturus erat, & ita impediturus ne bonorum possessio secundum tabulas ab eo agnata cum re & effectu esse posset. In persona verò legitimi heredis eiusdemque instituti qui secundum tabulas petierit, non fuisse necessarium constitutionis auxiliium, quia sibi ipsi hereditatem ille euincere nequeat. Imò verò, inquam, sibi ipsi euincit ille, etiam

inuitus & ignorans, quia & inuito & ignoranti lex defert hereditatem ab intestato quo instanti paterfamilias moritur cuius testamentum aut iniustum, aut ruptum, aut irritum fuit. Igitur non minus hoc quam illo casu necessaria fuit constitutio ad inducendum ut legitimus heres iniusto testamento scriptus petitam bonorum possessionem secundum tabulas cum re habere possit, quia prorsus ista repugnant, ut iure bonorum possessionis secundum tabulas heres rem obtineat, & ut idem ille ab intestato heres sit. Adhuc urgebis, & obiicies negari non posse quin hereditate quoque ab intestato delata peti nihilominus possit bonorum possessio secundum tabulas dummodo septem testium signis signatae sint, idque verum est. Cum non ergo erit cum re si nemo sit qui rem ab intestato auferre possit? Respondeo quod iam dixi quia ille ipse sibi euincit, remque auferat ab intestato, & ut te doceam apertius, possessio illa quae secundum tabulas petita fuerat, transit in possessionem intestati, non secus ac si hic bonorum possessor testatoris voluntatem non haberet, vel quia incise essent tabulae vel quia cancellatae, vel quia alia ratione voluntatem testator mutasset, ut eleganter idem Vlp. noster tractat in l. j. §. penult. D. si tab. testam. null. extab. Quoties enim possessio secundum tabulas cum re dari non potest, nec tamen illi qui eam peti res auferri potest, amittit pristinum nomen possessio, & quae secundum tabulas erat, alio iure & nomine censerit incipit. Sic dicimus, vno ex liberis siue suo, siue emancipato instituto, alio vero emancipato praeterito & edictum committente, si possessio secundum tabulas petita sit per institutum, postea vero contra tabulas per praeteritum tuendum à Praetore eum qui secundum tabulas petierat, ad eam usque partem ex qua fuit institutus si tamen non eam excedat quam per contra tabulas beneficio fratris praeteriti petere potuisset. An ut iure possessionis secundum tabulas eam portionem retineat? Minime. Petita enim contra tabulas possessione quae tabulas rescindit, & quantum Praetoris imperio fieri potest, irritas facit, fieri non potest ut super sit ius petendae aut retinendae secundum tabulas possessionis. Sed quoniam rescisis tabulis per contra tabulas Praetor tuetur legata quae liberis parentibusque relicta fuerant ex edicto de legatis praestandis, eodem iure tuetur portiones hereditario titulo relictas, id est exemplo legatorum à quibus nec alia in re differunt in proposito, nisi quod cum aequè honesto titulo deferantur, pleniore tamen honore tribuuntur l. filium §. §. sed etsi portio de legat. praestand. l. Saluius 6. cum seqq. l. is qui 15. §. sed si vnus in fi. & §. ita autē eod. tit. Sic itaq. refutatis Accursij & Bartoli interpretationibus, superest ut coniecturam nostram breuiter aperiamus. Arbitramur autē quod Vlpianus scribit, idem & circa iniustum & irritum testamentum dicendum esse si bonorum possessio data sit ei qui rem ab intestato auferre possit, non sic accipi debere quomodo plerique omnes putant, ut his casibus bonorum possessio cum re detur scripto heredi qui idem sit legitimus, sed ita ut perinde ac si ex testamento succederetur, legata & fideicommissa omnia debeantur, de quibus proximo illo versiculo dixerat, *Idcircoque legatarij & fideicommissarij habebunt ea quae sibi relicta sunt securi.* Id enim conueniens est Papiniani sententiae in d. l. filio praeterito, vbi eam speciem tractans quae difficilior videbatur de suo herede praeterito patri superstitite & ab intestati successione abstinente, nihilominus fratres ab intestato hereditatem totam possidentes legata ex aequitate debere ait. Multò igitur magis debere ea aequum est si filius praeteritus

ritus viuo patre decesserit, totaque hereditas ab initio & vnica delatione alijs fratribus institutis aut agnatis proximis delata est. Nihil enim inter hos casus interest nisi quod filio patri superuivente nullus agnatis proximis locus esse potest, etiam si filius praeteritus abstineat, fiuntque bona vacantia, quia, ut saepius dictum est, in suis & agnatis non est successio. Quam ob causam Papinianum in d. l. filio de fratribus tractare monuimus, non quod ita species exacto incidisset, sed quia in alijs quam fratrum personis quaestioni locus esse non poterat: filio autem praedefuncto nullis fratribus relictis, locus fit agnatis ex ordine succedendi ab intestato l. i. 2. & pass. de suis & legit. Vlp. vero noster hoc loco ut casus omnes comprehenderet, sic generaliter locutus est, *si bonorum possessio data fuerit ei qui rem ab intestato auferre possit*, nulla liberorum aut agnatorum mentione facta, ne alioqui si aut de liberis tantum aut de agnatis quoque locutus fuisset eum solum casum comprehendisse videretur, quo filius praeteritus aut ante aut post patrem decessisset. Illud ergo duntaxat requirit ad obligandum ex aequitate legatis praestandis heredem scriptum qui ab intestato hereditatem possidet, ut rem ab intestato habeat, id est totam hereditatem quam ex testamento si valeret, erat habiturus. Videtur quidem prioribus illis verbis, *si bonorum possessio data fuerit*, illud etiam requirere ut bonorum possessio petita sit, & quidem secundum tabulas (nam petita possessione contra tabulas constat non nisi exceptis personis legata deberi iurisdictione Praetoria, petita vero unde liberi nulla prorsus deberi) sed credendum est ea verba non tam ex necessitate & pro conditione adiecta esse quam per occasionem ut versiculus hic speciei priore loco proposita magis conueniret in qua mentio facta erat bonorum possessionis secundum tabulas petita. Caeterum praeter id quod Papinianus in d. l. filio hac vna ratione mouetur ut fratres ab intestato succedentes legatorum praestationi obliget, quod totam hereditatem possideant. Illud etiam constat nullam hic agnitam secundum tabulas possessionis rationem haberi posse, cum ea sine re esse & in possessionem intestati conuerti necesse sit d. l. i. §. penult. vnd. liber. Quae ratio etiam facit ut non fuerit hoc casu necessarium auxilium constitutionis Hadriani ad tuendum heredem scriptum aduersus seipsum, cum idem sit & scriptus, & legitimus heres. Nec rursus ad confirmandam possessionem secundum tabulas ut fieret cum re quae sine re erat, cum nihil intersit scripti heredis, an ea sit cum re, an sine re, quando ab intestato hereditatem totam retinet. In priore specie, hoc est rupto per agnationem posthumi testamento in quo extraneus scriptus fuerat, necessarium fuit auxilium constitutionis non ut daretur heredi scripto possessio secundum tabulas, sed ut ea possessio esset cum re, ne legitimus heres alioqui iure suo vnus hereditatem scripto heredi euinceret. Itaque valde nouus & singularis ille casus est in quo bonorum possessio secundum tabulas cum re datur ex testamento rupto in praedictum legitimi heredis cui lex ab intestato detulerit successione. Quod si fingeres in eadem specie non extraneum sed legitimum heredem scriptum fuisse, dicerem non fore locum constitutioni. Quid enim necesse erat ut legitimus heres petita secundum tabulas ruptas possessione rem obtineret, quam utique suo iure ab intestato obtinere possit? Sane quod ad legata & fideicommissa tuenda pertinet, clarissimum est nihil Hadrianum constituisse. Fateor contra eam constitutionem futurum fuisse ut extraneo scripto herede legata intercidissent, quia neque à scripto herede peti potuissent cuius possessio sine re fuisset, neque à legitimo herede qui iure suo &

contrà defuncti voluntatem hereditatem obtinisset. Sed ita constituto iure ut bonorum possessio secundum tabulas ab extraneo instituto agnita cum re esset, illud etiam consequens fuit ut idem ille ad legatorum præstationem obligaretur. Nā & idem est, id est, Perinde legata & fideicommissa debentur si bonorum possessio secundum tabulas petita sit sine re, dummodo ab eo petita qui hereditatem ab intestato habere possit. Quidni verò? Cùm & si nulla prorsus possessio petita sit, sed merè ab intestato succedatur, legata nihilominus debeantur ab eo qui cùm in testamento, non dicam rupto, sed quod magis est iniusto & inutili scriptus esset tantundem ab intestato consecutus est quantum si testamentum valuisset. d. l. filio, sicut & cum beneficio fratris præteriti institutus, bonorum possessionem contrà tabulas accepit quā præteritus ipse omisit l. nonnunquā 14. de leg. præst. Sicq. locū hūc sanè perobscurū explicadū existimamus. Quē ita intellet ū ut intelligi volumus appetitissimū est nil pugnare, imò prorsus cōuenire cū eo quod scribit Scauola in §. idem credendū, legis, Gallus. Ad cuius reliquā interpretationē redeamus.

Ad §. nunc de lege l. Gallus.

CAPVT XVII.

EXPOSITIS iis omnibus quæ ad Aquilianam formulam posthumisquē nepotis ex iure antiquo institutionē pertinent, transit Scauola ad tractatū legis Velleæ, cuius duō fuerūt capita. Vnū quo permittit institui nondū natos, id est posthumos etiā alienos dummodo sui nascerentur licet viuo testatore. Alterum, quo prohibuit nepotes in sui heredis locum succedentes testamentum rumpere in quo vel instituti essent, vel exheredati. De primo capite tractat Scauola hoc §. de secundo mox in sequenti dicturus. Ac quoniam de primo nos quoque iam satis multa diximus in superioribus, erimus hūc breuiores. Posthumū tanquam incertā personam aut, ut Theophilus loquitur, incertę personæ similē ex lege duodecim tabularū institui non potuisse docuimus, postea verò ex prudentum interpretatione receptū esse fauore testamatorū, quæ sui heredis præteriti agnatione rūpi necesse erat, ut institui is demū posset qui & suus, hoc est, si testamenti tempore nasceretur, inter suos heredes futurus, & testamentum in quo præteritus fuisset omnimodo rupturus esset, prohibita duntaxat alieni posthumi institutione, itēmq; posthumi sui quem viuo testatore nasci contingeret. Neutrius enim institutio necessaria videbatur, ob idque nec permittēda, ut à iuris veteris ratione quā minimū fieri posset recederetur. Siquidē alienus posthumus testamentū nunquā rumpit, suus autem viuo testatore natus, etsi non eò minùs rumpit quòd viuo testatore natus sit, rumpit tamen eo tempore quo necessitas nulla est subueniendi testamento, viuo scilicet testatore, qui aliud testamentum facere potest, sibi que & suis rebus ne intestatus decedat, prospicere. Hinc illa primū nata dubitatio; qua ratione institui posset Aquilianus posthumus, utpote qui testamēti & ipsius institutionis tēpore quod præcipuè inspiciendū est, alienus videbatur nō suus. In eaq; rē necessaria fuit subtilis illa Galli formula quæ induxit ut nō tantū in id tempus conferretur posthumi illius nepotis institutio, quo esset suus, sed ut ex eo quoq; tēpore dūtaxat institutus videretur. Inde rursus alia difficultas, qua ratione fieri posset ut testamētorum securitati prouideretur ne rūpi posset agnatione posthumi viuo testatore nati, si fortē cōtingeret, quod ple-

plerūq; eueniebat, ne testamentū mutari posset, testatore fortassis peregrinante, & posthumi natiuitatē ignorante, aut ciuū Romanorū copiā nō habente ut solenni testiū numero quos & ciues Romanos & masculos puberes esse oportebat, testari posset. Huic verò incommodo cū sine lege prouideri nō posset, manca scilicet Iurisprudentum omnium subtilitate & auctoritate, nec cessarium fuit ferri legem Velleam cuius primo capite constitutum est, ut non eo minùs institutio posthumi siue filij siue nepotis valeat, quòd eum postea viuo adhuc testatore nasci contingerit. Nulla tamen in eam rem præscripta formula, quoniam lex quæ nouum hoc ius inducebat, perinde inducere poterat, imò verò longè facilius, ut eius posthumi qui testamēti tempore alienus esset institutio valeret, præsertim cum ea adiectione, *si modo suus nasceretur*. In eoque multos errare video existimantes, exemplo Galli Aquilii Velleum quoque qui hanc legem rogauit certam formulam præscripsisse instituendi posthumi viuo testatore nascituri. Tantum enim abest ut id fecerit, facterē debuerit, ut potius Aquilianæ formulæ vsum qui antea necessarius erat, ferè abrogauerit. Nam cū antè legem Velleam necesse esset quoties posthumus instituebatur mortis mentionem fieri, ne is quoque institutus videretur quem viuo testatore nasci contingeret, mortis autem casu expresso is omnino excluderetur quòd posthumus viuo testatore natus esset, necesse fuit post legem Velleam à formulæ Aquilianæ præscripto hætenus recedi, ut vel purè posthumus institueretur neutrius casus, vitæ vel mortis habita mentione, vel vterque casus exprimeretur, ne alterutro tantum expresso posthumus in contrarium casum natus quasi præteritus testamentum rumpere l. commodissimè §. hoc ti. Aquilio necessarium fuerat formulam conscribere, quia non id egerat ut ius nouum faceret, quod nec facere potuisset, sed tantum ut doceret quomodo id quod erat in iure vetere vsurpari & ad vsum accommodari posset, quod antè eum ignorabatur. Duplex igitur ius nouum fecit Velleus primo legis capite. Vnū illud, ut institui possit posthumus suus viuo testatore natus. Alterum, ut etiam purè institui possit is posthumus qui testamenti tempore sit alienus dummodo suus nascatur. Idque est quod ait Scauola: *voluit viuis nobis natos similiter non rumpere testamentum*. Nempe si vel in casum vitæ instituti sint, vel neutro expresso, ne obstet dicta l. commodissimè. Subiicit autem, *& videtur primum caput eos spectare, qui cum nascerentur sui heredes futuri essent*. Id est, Ut viuo testatore natus posthumus vtiliter institui possit nec rumpat testamentum, id duntaxat lex requirit, ut suus nascatur, non etiam ut suus sit eo tempore quo instituitur. Nam & verba legis id sonant, quæ ut est in fine §. talia fuerunt, *Qui testamentum faciet is omnis virilis sexus qui ei suus heres futurus erit, &c. etsi viuo parente nascatur*. Ex quo infert Scauola, Ergo, ita enim malo legere quàm ut vulgò, *& rogo, si filium habeas & nepotem, nondum natum tamen ex eo heredem instituas filius decedat, mox viuo te nascatur, ex verbis dicendum est, non rumpi testamentum: ut non solum illud primo capite notauerit, si nepos eo tempore instituatur quo filius nō sit, verum & si viuo patre*. Sic nāque legendum esse iam inter doctos ferè omnes conuenit, sublata dictione illa quæ statim sequitur, *nascatur*, qua retenta sensus esset, valere ex lege Vellea posthumi institutionem qui non tantum testamenti sed etiam natiuitatis tempore alienus esset, quod tamen & præcedentibus & sequentibus repugnat. Nam quemadmodum testamenti tempus inspicere lex Vellea noluit, ita de eo posthumo instituendo nominatim locuta est qui

suus nasceretur. Quod & apertius docet Scauola iis verbis sequentibus: *quod enim necesse est tempus testamenti faciendi respici? cum satis sit observari id tempus quo nascitur.* Quæ tamen verba male quidam sic intelligunt, ut quoties de suo posthumo quærimus non testamenti sed natiuitatis tempus respicere debeamus. Quod si verè diceretur frustra lex Vellea primo capite notasset solius natiuitatis habendam rationem. Et verò constat ex iis quæ diximus cum de Aquiliano posthumo tractarem, quoties de suo posthumo instituendo agitur, suum dici eum qui si testamenti tempore non tantum conceptus esset, verum etiam natus & editus inter suos heredes futurus esset, non quia eò minus nasci possit suus quòd testamenti tempore fuerit alienus, sed quia cum alieni posthumi institutio iure civili non valeret, prorsus consequens sit ut perinde institui nequeat qui testamenti tempore suus non est, atque si nunquam inter suos futurus esset. Id enim conueniens est iuris regulæ quæ habet testamenti cuiuslibet validitatem ex eo potissimum tempore quo factum sit, æstimandam esse, & eo quoque potissimum tempore testamenti factionem cum herede scripto esse debere. Alioqui frustra etiam Gallus laborasset in excogitanda formula, per quam posthumus nepos institui posset in eum casum quo filius viuo testatore moreretur. Siquidem nemo dubitabat quin Aquilianus ille nepos suus nasceretur, totaque dubitandi ratio ex eo sumebatur, quòd testamenti tempore patre eum præcedente, suus auo dici non posset, & consequenter alienus illi esset. Velleus autem non in eo iuri civili derogare voluisse credendus est, ut cum de institutionis iure disputatur, institutionis & testamenti tempus inspicere non oporteat. (Id enim nimis apertè veteris & noui iuris regulam totumque ius testamentorum subuerteret,) sed ut institui hodie possit posthumus quilibet, siue testamenti tempore suus sit siue alienus, dummodò suus nascatur, quia & quod ad periculum rumpendi testamenti attinet, nihil interest, an testamenti tempore posthumus fuerit suus an alienus, dummodò nascatur suus, cum in eo qui agnatione rumpit testamentum solius agnationis tempus spectetur. Quo iure sic constituto, dici nunc potest valere talem posthumi institutionem, siue testamenti siue mortis testatoris, aut natiuitatis posthumi tempus obserues, quoniam, ut antea non valeret, illud tantum faciebat, quòd talis posthumus institui non posset. Neque verò Scauola comparat tempus faciendi testamenti cum tempore mortis testatoris, sed cum tempore natiuitatis posthumi, ut appareat non id illum agere, ut doceat spectandum non esse tempus testamenti de cuius viribus quærat, sed tunc tantum inspiciendum non esse testamenti tempus cum quæritur an posthumus sit suus quod ad hoc ut institui hodie possit. Nam alienum quoque posthumum hodie institui posse dummodo suus nascatur. Sequuntur apud Scauolam verba primi capituli legis Velleæ quæ iam nos supra retulimus, secundum eam lectionem quæ ab Accursio iam olim magis probata, à Cuiacio verò & recentioribus omnibus prorsus recepta est, retentis verbis illis, *etiamsi viuo parente nascatur*, quæ vulgò sic antè legebantur ut sequentis §. initium facerent: decepto fortassis librario ob interiectam notam illam &c. quam tamen breuitatis & compendii causa interiectam esse volunt recentiores, ne longior esset Scauola in referendis verbis legis ad eam rem de qua tractabat nil pertinentibus. Nam & idem ab eo factum esse in §. videndam, hac ead. leg. Mihi tamen probabilius est adiectionem esse superuacua quæ ex imperiti alicuius interpretis glossa in textum irrepperit, ut sequenti capite probabimus.

Cætera autem legis verba Goueanus in prioribus ad hanc legem commentariis pro arbitrio supplet post Alciatū, nec improbabiler, hoc vno tantum reprehendendus quòd in posterioribus adiecit primū caput legis Velleæ nō ad primi gradus posthumos, sed tantum ad nepotes pertinere. Nam cum verba illa legis sint generalia, *qui ei suus heres futurus erit*, maiorque fuerit ratio prouidendi ne posthumus primi gradus quam ne nepos viuo testatore natus testamentum rumpere, cur non & filios æquè ac nepotes lege Vellea comprehendere admittamus? Idque apertè scriptum est in l. 3. §. j. de iniust. rupt. & irrit. testam. aliisque locis omnibus quibus agitur de filio posthumo instituto vel purè, hoc est non expresso casu mortis vel in vtrūque casum siue viuo siue mortuo patre nasceretur d. l. cōmodissime. l. si ita scriptum 47. §. j. de hered. insti. Neutrū enim antè legem Velleam licebat. Fefellit Goueanū quod ab Vlpiano scriptum vidit in l. sed si conditioni 6. §. j. de hered. insti. *nepotes & deinceps ceteri qui ex lege Vellea instituti non rumpunt testamenta.* Sed animaduertere debuit locū illum nō nisi ad secundum caput legis Velleæ pertinere, quo sanè de solis nepotibus & pronepotibus non etiam de filiis actū est, quia filij primi gradus non possunt rumpere succedendo cum in primo gradu constituti nec habeant cui succedant. Illud sanè rectius Goueanus quam Cuiacius, legis verba sic legenda esse *is omnis virilis sexus, non is omnes.* Neque enim de filia aut neptis minus quam de filij nepotisue institutione ea lege prouisum est, ut apparet ex d. l. si ita scriptum 47. §. j. de hered. insti. Et quamuis verum sit quod Cuiacius ait differentiam olim fuisse inter posthumos & posthumas, quòd posthumi nominatim exheredandi erant, posthumæ verò inter cæteros quoque exheredari poterat dummodò cū adiectione legati §. posthumi quoque; Inst. de exhered. liber. l. vlt. §. vlt. C. de liber. præter. Attamen quòd ad institutionem instituendique aut exheredandi necessitatem nulla erat differentia. Lex autem Vellea de institutione potissimum tractauit. Non inficior tractasse etiam per occasionem de exheredatione ut Vlpianus non obscure significauit in d. l. 3. §. j. de iniust. rupt. Sed non iis verbis quæ Scauola in hoc §. interpretatur, in quo tractat de nepote instituto. Nihilque vetat pluribus verbis conscriptam legem, & aliter locutam cum de institutione egit, aliter cum de exheredatione. Certè illa quæ sequuntur *qui ei suus heres futurus erit*, ostendunt manifestissime præcedentia quoque in singulari non in plurali numero legenda esse. Nisi malis cum Cuiacio sic emendare ut legas in plurali *qui ei sui heredes futuri erunt*, quod tamè minus probabile est. Igitur verba illa, *virilis sexus*, non aliam ob causam adiecta videri debent, quam ad exclusionem posthumorum ex fœminis viua matre natorum, qui licet præteriti sint non tamen rumpunt matris testamentum, propterea quòd eorum præteritio pro exheredatione habeatur. Ideoque nec ad legem Velleam pertinent, quæ de eorum duntaxat posthumorum institutione aut exheredatione locuta est qui præteriti rumpere. Ut mirer virum doctissimū Iacobum Cuiacium scripsisse fœminam Velleanum posthumum habere posse. Quasi verò Velleanus posthumus dici debeat quisquis viuo parente nascitur, ac non is demum qui & suus nascitur, & viuo parente. Fœminæ autem suos heredes non habent l. illud 4. §. ad testamenta D. de bonor. poss. contra. tabul. l. nulla fœmina 13. de suis & legit.

Quid noui inductum sit secundo capite legis Velleæ.

SEQVITVR alterum caput legis Velleæ longè pluribus & maioribus difficultatibus intricatum. Illud enim primùm obfcurissimum est necdum ab vlllo interprete, iudicio meo, intellectum, Quidnam hoc capite lex Vellea induxerit, deinde cur eius prouisio ad testamentorum validitatem necessaria fuerit. Quamquam enim huius §. initio Scæuola apertè scribit, sequenti parte legis Velleæ inductum esse vt succedentes nepotes aut pronepotes in locum liberorum non rumpant testamentum, dubitatio tamen ex eo nascitur, quod in §. ille casus hac ead. leg. idem Scæuola monet, non aliter legi Velleæ hac parte locum esse quàm si is qui in filij locum succedit vtiliter sit institutus. Præcedere enim debere vtilem institutionem. Qua porrò præcedente quid necesse erat constitui aut prohiberi ne vtiliter institutus nepos succedendo in locum filij testamentum aui rumpere? An alij rumpere solent quàm qui sunt præteriti? Rursus quis præteritum dicat eum, qui sit institutus & quidè vtiliter? hoc est eo modo quo fieri institutionem ius præcipit, nominatim scilicet, ac prima testamenti parte. Itaque non possis illud primùm dicere quod minùs imperitè quidam putant, inductum esse per legem Velleam vt nepotes aut pronepotes iam nati testamenti tempore (de his siquidem solis non etiam de posthumis aut de liberis primi gradus secundo capite agitur) institui possent. Id enim iam olim licebat, & generale erat vt quisquis iam natus esset institui heres posset, si modò cum eo testamenti factio esset: cum nepotibus autem & pronepotibus auum testamenti factionem habuisse vel ex eo constat, quod si præteriti essent rumpabant succedendo, ob idque prouidentum fuit ne rumparent. Idque difertis verbis Scæuola noster testatur in d. §. ille casus, *Posteriore*, inquit, *capite non permittit institui, sed vetat rumpi*, differentiam ostendens inter duo illa legis Velleæ capita, quorum priore inductum fuisse apparet vt institui possent posthumi siue liberi siue nepotes qui viuo testatore nascerentur, quos antea nullo iure institui potuisse diximus in superioribus, & Scæuola quoque notat in d. §. ille casus, iis verbis, *quod nullo iure potuit, qui nondum natus erat*. Sed neque illud dici potest posteriore legis capite inductum esse vt nepotes isti aut pronepotes institui necessariò deberent. Etenim si sint præteriti, non tamen faciunt iniustum testamentum, non solùm quod non sine sui quandiu à patre anteuertuntur, verùm etiam quia si iuris veteris rationem inspicias, tametsi testamenti tempore primùm gradum teneant in familia patre iam mortuò, nihilomagis instituendi sunt aut exheredandi ne vel iniustum faciant vel rumpant: sed habent tantùm ius accrescendi exemplo filiarum, quod nos pluribus comprobauimus & explicauimus supra. Quod si cum eos pater testamenti tempore præcederet, postea viuo auo pater decesserit, atque ita in parentis eiusdemque sui heredis locum successerint, rumpunt quidem succedendo etiam hodie si sint præteriti. Verùm & iam olim antè legem Velleam rumpabant tametsi fuissent instituti, vt mox dicemus. Porrò quo iure rumpabant, nisi quia institui eos necessariò vel exheredari oportebat? Denique non iubet lex Vellea eos institui ne rumpant, sed prohibet rumpere si sint instituti, supponens quasi in necessarium antecedens vtilem præcedere ipsorum institutionem. An igitur induxit vt nepotes præmortuis parètibus in eorū locum succedant? Ita putat vir doctissimus Iacobus Cuiacius, secutus errorem Alciati lib. 3. paradox. cap. 19. Vterq; deceptus verbis legis quæ sic expressa sunt in §. vidèdū *§. si quis ex suis heredibus*

suis esse deserti, liberi eius &c. in locū suorū sui heredes succedūto. Plus putat eadè lege inductum esse vt nepotes isti non tantùm in præmortuorū parentū locum succederent, sed etiam succedendo rumpent si præteriti essent. Quam in sententiam mouetur præcipuè Alciatus ex Iustiniani constitutio in l. si quis filium 34. Cod. de inoffi. testam. illis verbis, *vt neque ex lege Vellea possit in locum patris sui succedere, & rescindere testamentum*. Ego verò nihil improbabilius dici posse existimo. Constat enim iam antè legem Velleam ita ius fuisse vt præmortuis liberis primi gradus nepotes in eorum locum succederent, idque non tam iuris quàm naturæ potestate, & naturali quodam ordine, qui nec legis auxilio indigebat vt induceretur, nec vllius legis autoritate impediri poterat ne fieret. Quid enim tam naturale quàm præmortuo filio qui primum gradum tenebat succedere nepotem in eius locum eundemque gradum occupare? l. §. si filius de suis & legit. Et ob eam nimirum causam rumpabant nepotes isti aui testamentum, adeò vt ne in posterum rumpent, fuerit necessarium legis Velleæ auxilium, non sufficiente prudentum autoritate ad iuris ciuilibus asperitatem quantacumque æquitate suadente temperandam. Illud verò quàm absurdum est dicere, inductum hac lege vt successione nepotis in locū sui heredis rumpatur testamentum, præsertim verò, si, quod adhuc ineptius est, cum eodem Alciato putes antè legem Velleam & Galli Aquilij temporibus ita ius fuisse vt nullo casu nepos aui testamentum rumpere, nec si viuo auo pater prædecessisset. Quasi verò legis propositum fuerit vulnus inferre, ac non potius id quod iuris veteris ratio & scrupulositas intulerat curare. Alioquin nõne consultus fuisset & testamentis fauorabilius nullam ea de re legem ferri? Aut quid fauore testamentorum inductum videri potest per legem Velleam hoc solo quod prohibuit ne instituti nepotes succedendo rumpant si eadem lex constituit vt succedant & succedendo rumpant præteriti, qui antea nec succedebant, nec præteriti quoque succedendo rumpabant? An non si ita esset, comparari oporteret legem hanc Pelia di hastæ? de qua sic Poëta quodam loco,

*Vulnus Achilleo quod quondam fecerat hosti
Vulneris auxilium Pelias hasta tulit.*

Enimuerò si antè Velleum nepos in præmortui parentis locum non succedebat, nec succedendo rumpabat, quid obsecro necessaria fuit subtilitas Galli Aquilij ad excogitandam dictandamq. formulam per quam posthumus nepos vtiliter institueretur? Admitto equidem Gallum Aquilium tractasse de concipienda institutione nepotis qui si præteritus esset agnascendo non succedendo testamentum rupturus erat, quia cum non posset succedere eo ipso instituti quo pater decesseret, vtpote qui nondū eo tempore natus esset, priusq. nasci eum quàm in parentis locū succedere oporteret, agnationi sui heredis potius quàm successioni imputandum erat quod aui testamentum rumpere. Ceterum nec alia ratione rumpabat agnascendo quàm quia suus heres esset, neque rursus alio intuitu suus heres dici poterat quàm quod in sui heredis præmortui locum successisset, primūque in familia gradum natiuitatis suæ tempore vacuum reperisset, ideòque & interdum succedendo rumpere dicitur, qui rumpit agnascendo, l. si quis filio 6. §. sed si pater de iniust. rupt. d. l. §. si filius D. de suis & legit. Iunct. §. interdum eiusd. legis & ex contrario quoque qui succedit quasi nunc primū agnascatur posthumi loco esse dicitur in l. posthumorum 14. de iniust. rupt.

nec admitti potest quod Alciatus ait, ea quæ circa Galli formulam tractat Scævola de testamento per nepotis posthumi præteritionem rumpendo non ad ius antiquum quod Galli temporibus obtinebat, sed ad legem Velleam referri debere. Nam imò verò multos casus tracta Scævola quos negat ad legem Velleam pertinere, & in quibus tamen fatetur raptum iri testamentum præteritione nepotis posthumi, nisi vel ex sententia legis Velleæ, vel qua alia ratione & interpretatione defendatur, ut in §. & quid si tantum, & §. quod si qui filium. Et apertius in §. si eius, an nō quærit Scævola, utrum casus quem eo loco tractat ad legem Velleam respiciat, an ad ius antiquum aptandus sit, id est ad illud quod antè legem Velleam obtinebat, & Galli tēporibus: itēque an possit vel ex iure antiquo vel ex lege Vellea institutus nepos nō rumpere? Quorsum verò iuris antiqui meminisse debuit, & subiicere nihil referre an ex iure antiquo, an ex lege Vellea nepos excludatur, si ita ius erat antè legem Velleam, ut testamentum rumpere etiam præteritus non possit? Aut quid attinebat disputare an inspecto iure antiquo vtiliter institutus esset nepos si præteriri impunè poterat? Quod autem idem Alciatus addit, non alia de causa Gallum prodidisse formulam de instituendo posthumone pote, quàm quòd absurdum & iniquum putaret, excludi eum ab aui hereditate, nonne plusquàm ridiculum est? Siquidem Galli formula non minus ad exheredandum, quàm instituendum nepotem posthumum pertinet, cum æquè posthumus ac filius iam natus exheredari possit siue viuo siue mortuo testatore nascatur l. 3. in princip. & §. sed et si sit & §. nominatim D. de iniust. rup. Quòd si posthumus filius, cur non & posthumus nepos? Deinde quis ne sciat quod iam nos in superioribus tam sæpe inculcauimus posthumi institutionem iure vetere & duodecim tabularum permissam non fuisse, postea verò ex prudentum interpretatione eatenus duntaxat inductam, quatenus testamentorum fauor & necessitas postulet, id est rationè posthumi sui, cuius præteritione periculum erat ne si nasceretur rumpere testamentum? Proinde si cum Alciato defendas posthumum nepotem Galli temporibus, & antè legem Velleam, nec in locum parentis sui præmortui succedere, nec testamentum rumpere potuisse, illud quoque fieri te necesse erit, non potuisse Gallum inducere ut posthumus hic nepos institui possit, non magis quàm ut alieni posthumi institutio valeret, aut sui qui viuo testatore nasceretur: nec minus illo casu, quàm istis necessarium fuisset auxilium legis Velleæ aut alterius ad constituendum ut cum posthumo nepote testamenti factio esse inciperet. Postremò non possis negare, quin iam ipsius Galli temporibus posthumus hic nepos, quem Aquilianum dicimus, & suus & necessarius heres auo ab intestato futurus esset: nam & alienos quoque posthumos legitimos heredes fieri non posse ex eiusdem Galli sententia obtinuerat l. penult. de legat. 1. Debit ergo iam tum necessariò institui vel exheredari, ne testamentum rumpere. Fuit enim perpetua illa veteris iuris regula: Suum heredem aut instituendum esse aut exheredandum, alioqui testamentum vel ipso iure nullum esse si suus heres iam natus sit, vel rumpi agnatione si postea nascatur. Eamque regulam condicio ipsa suitatis, ut ita dicam, euincit: cum quisquis suus heres est idem & viuo & defuncto paterfamilias sit dominus tametsi non sit institutus, nisi per exheredationem id illi dominium ablatum sit l. in suis in D. de liber. & posthum. Atqui fieri non potest ut eo domino, id est herede existente, alius quoque qui testamento scriptus fuit, he-

res sit & dominus: alioqui eodem tempore duo eiusdem successionis heredes & domini in solidum essent, quod iuris ratio non patitur, l. si ut certo §. si duobus vehiculum D. commod. l. quod contra 147. §. vni duo de reg. iur. Alterutrum igitur euenire necesse est, ut vel ius suitatis rumpat vim testamenti, vel testamentum extinguat ius suitatis. Posterius dici non potest, quia ius suitatis ut antiquius, & naturali quoque ratione ac æquitate subnixum, ita & potentius est, adè ut neque per exheredationem prorsus extinguatur quemadmodum infra docebimus. Prius ergo euenire, hoc est testamentum rumpi prorsus consequens est. Ac sanè tantum abest ut lex Vellea successionem aut agnationem posthumi nepotis testamentum rumpi induxerit, ut ex contrario non ad alium finem lata sit quàm confirmandorum testamentorum gratia, l. si hereditas 10. §. qui filium D. de testam. tutel. Confirmat enim hoc ipso quod vetat rumpi, ut Scævola loquitur in hoc §. & d. §. ille casus. Exemplo, ut & Cuiacius fatetur, legis Cornelie, quæ non alio sensu testamentorum qui in hostium potestate decesserunt confirmare dicitur, quàm quia impedit ne fiant irrita per superuenientem captiuitatem l. lex Cornelia 28. de vulg. & pupill. substit. l. lege Cornelia 12. D. qui testam. facer. poss. Quid autem tam contrarium confirmationi testamentorum, quàm si lege Vellea inductum sit ut successionem rumpantur, quæ antea non rumpebantur? Estque in hanc rem textus non minus elegans quàm apertus in l. 2. §. 1. de vulg. & pup. substit. in illis verbis, *ita enim post legem Velleam succedendo non rumpunt testamentum*, scilicet, ut præcedentia demonstrant, si vel instituti sint vel exheredati. An non enim probat is locus manifestissimè ante legem Velleam ita ius fuisse ut nepotes isti succedendo rumpere, quamuis vel instituti essent vel exheredati? Planè, quia non aliter testamenta rumpi lex Vellea prohibuit quàm si nepotes instituti vel exheredati proponerentur, non malè, licet minus propriè possis dicere ex lege Vellea succedere, & succedendo testamentum rumpere nepotem, qui nec institutus sit nec exheredatus. Quomodo Iustinianus aut Tribonianus potius more suo parū attendens ad verborum proprietatem sermonisque elegantiam locutus est in d. si quis filium 34. C. de inoff. test. *vbi verba illa ex lege Vellea quæ Alciatum fefellerunt sic proculdubio accipienda esse constat ac si pluribus scriptum esset permittente lege Vellea*, aut si mauius apertius *sine impedimento legis Velleæ*, ut in l. 2. C. de liber. præter. quo loco mirum est abuti etiam Alciato ut errorem suum muniat, cum vel ex illo solo, si alius nullus esset, concludere potius debuerit lege Vellea allatum impedimentum ne testamenta successionem rumpantur, non ut ille putat inducta rumpendi facilitatem, facultatēque. Sic ex contrario si de primo legis Velleæ capite agatur quo permissa est posthumi viuo testatore nascituri institutio, possit quis non malè id ipsum usurpare, quod de secundo capite Scævola scribit, prohibere legem ne testamentum rumpatur. Neque enim facit lex ut ab initio valeat institutio posthumi præsertim filij quæ suū nasci prorsus necesse sit, quique fortassis post mortem patris sit nasciturus. Sed si viuo testatore nasci eū cōtingat, idèque talem apparere qui institui nō potuerit, facit lex ut institutio quæ initio inspecto in eo erat ut valere posset, nepe si posthumi ille mortuo patre natus fuisset, omnimodo valeat neque ex euentu inutilis fiat, & ut ita dixerim, rumpatur, ob id solum quod postea viuo testatore nasci posthumum contigerit. Sed hoc ipsum idè quia permittit eius quoque posthumi institutionem

qui viuo testatore nascatur, cum antea permiffa non effet. Ergo & si militer quamuis eadem lex secundo capite non permiferit aut iusserit institui nepotem qui in parentis locum succedere possit, sed tantum prohibuerit ne rumpere, si esset institutus vel exheredatus, possit quis tamen non omnino ineptè, licet minus propriè, cum Tribon. dicere ex lege Vellea rumpi testamentum si nepos hic sit præteritus. Quasi hoc ipso quod prohibuit eum rumpere si esset institutus vel exheredatus à contrario sensu permiserit rumpere secundum id ius quod iam antea obtinebat si esset præteritus. Iam ergo nihil est quod pro viris doctissimis afferri possit, præter verba illa legis Velleæ quæ proponuntur in §. videndum, *in locum suorum sui heredes succedunt*. Sed responderi duobus modis potest. Primum ita vt dicamus, quod ego verissimum arbitror, non esse verba hæc aut legis Velleæ aut Scæuolæ, sed inepti interpretis de suo supplementis pro arbitrio quod Scæuola in referenda lege ex proposito tacuerat, adiecta hac breuitatis nota &c. Mouet me quod vix est vt ea nota in mediam clausulam conferatur, sed in finem dumtaxat, cetera quæ dici possent ad id de quo agitur nil pertinent. Scæuola verò in d. §. videndum, non de successione aut successionis in locum sui heredis iure disputat, sed tantum de interpretatione priorum verborum legis, *si quis ex suis heredibus suis heres esse desierit*, vt ad eum §. docebimus. Nec possis obiectere, in §. præcedente, notam illam &c. in media quoque clausula additam fuisse. Nam imò verò quæ sequuntur, *etiamsi parente viuo nascantur*, æquè puto esse inepti interpretis, cum nec præcedentibus conueniant quæ in singulari numero scripta sunt, nec ad propositam eo loco questionem pertineant, quæ non de illo erat, an viuo parente nasci oporteret liberos vt primo legis capite comprehenderentur, sed de illo dumtaxat, vtrum natiuitatis tantum, an verò testamenti quoque tempus verbis legis demonstratum esset in designanda sui heredis persona. Quare necdum inter vulgares interpretes conuenit adiectio illa huic an illi §. adscribenda sit, quia nullibi aut necessaria est aut accommodata: siquidè Scæuolæ satis erat priora legis verba expressisse: *Qui testamentum faciet, is omnis virilis sexus qui ei suus heres futurus erit*, &c. vt natiuitatis non testamenti tempus inspiciendum esse ostenderet. Mouet me secundo quod hic quoque versiculus de quo disputamus, *in locum suorum sui heredes succedunt*, superioribus verbis legis nil conuenit. In quibus cum scriptum sit, *si quis ex suis heredibus suis heres esse desierit, liberi eius* &c. sequi debebat, *in locum ipsius succedunt*. Cætera enim non solum sunt superflua, sed etiam incongrua vt nemo non videt. Tertio moueor, quia defendi nullomodo potest successione nepotis in locum sui heredis, qui suus heres esse desierit, lege Vellea inductam esse, vt à nobis luce meridiana clariùs probatum est. Denique quod ex hoc §. & §. ille casus infr. aliisque locis supra citatis apparet legis verba non affirmatiuè, sed negatiuè & per prohibitionem concepta fuisse, cum præcipuè id egerit hoc capite vt vetaret rumpi testamentum per sui heredis successionem. Ergo vel quæ proponuntur in d. §. videndum post notam illam &c. sunt irreptitia, quod apud me tam certum est quàm quod maximè, vel si vera esse voles, fatère saltem manca esse, & mutila nisi addas quod præcipuum est, *succedentes ne rumpunt*. Hincque altera ad superiorem obiectionem responsio sumi potest. Nam, vt maximè legis fuisse concedam verba illa, non eo minus supplebo cætera quæ ex Scæuola aliisque Iureconsultis supplenda esse appareat. Quamquam interpretis esse non legis facile admittet

admittet qui tam multa alia, tota præsertim hac lege ex interpretum glossis ineptè in textum translata esse animaduertet. Scio posse etiam dici, nec prorsus improbabiler, eorum verborum, *in locum suorum heredum sui heredes succedunt*, hanc esse sententiam, vt lex iubeat nepotes subintrare in locum liberorum, non tam quasi suos vt rumpant, quàm quasi heredes & quidè scriptos, id est testamentarios ne rumpant. Nam cum lex Vellea prohibuerit ne succedendo rumpant, illud quoque ab ea constitutum necesse est vt instituti succedere possint ex testamento, qui cessante lege ex testamento non succedebant. Sed emendatio nostra probabilior est, vel eo maximè nomine, quod lex Vellea non tantum de instituto nepote locuta est, sed etiam de exheredato quem & prohibuit rumpere l. 2. §. 1. de vulg. & pupill. subst. nec tamen fecit aut facere potuit vt exheredatus ex testamento heres esset, quauis non eò minus in patris præmortui locum succedat nepos quod sit exheredatus: propter quam causam & antè legem Velleam exheredatus æquè ac institutus rumpere. Refellendi quoque nobis sunt ij qui scribunt Velleam legem hoc secundo capite nihil nisi consilium dedisse instituendorum aut exheredandorum nepotum ne in locum suorum heredum succedendo rumpant: quo nihil dici potest ineptius. Legis enim est præcipere, iubere & prohibere, non consilium dare. Tum verò consilium dare parum non fuisset, cum nihil prodesset testatori nepotem instituiffe vel exheredasse quominus is succedendo rumpere, vt probauimus. Prohibendus igitur fuit nepos institutus aut exheredatus, non ne succederet, quod prohiberi non poterat, sed ne succedendo rumpere. Non valdè dissimilis Goueani error est existimantis nihil aliud hac legis parte cauere quàm quemadmodum nepotes iam nati quos patres præcedunt mortis tempore ab auis institui possint, quod iis prior gradus obstare videretur. Quasi verò ad legis maiestatem pertineat formulam & cautionem præscribere ne id fiat quod si fieri lex nolit, prohibere rectè possit. An non enim erat Velleo legem roganti faciliùs prohibere ne institutus aut exheredatus nepos succedendo rumpere, quàm præscribere quomodo institui posset? Deinde quid proderat præscribere quomodo & quibus verbis ea institutio conciperetur, si iuris ratio obstabat quominus ob vtilem institutionem sustineri testamentum posset? Id enim ex iis quæ proximo capite dicemus verissimum esse apparebit. Neque verò credendum est verba illa: *si quis ex suis heredibus suis heres esse desierit*, esse verba formulæ à testatore vt securè testetur vsurpanda, quod imperiti plerique autumant. Sunt enim verba legis prohibentis rumpi testamentum ab eo qui in sui heredis locum succedat. Concludamus igitur legem hanc secundo capite hoc vnum induxisse quod prohibuit ne institutus aut exheredatus nepos succedendo in sui heredis locum rumpat aui testamentum qui antea rumperebat: eamque esse sententiam l. posthumorum 13. de iniust. rup. & irrit. testam. Quoniã autem hoc ipsum adhuc obscurius est, qui fieri posset antè legem Velleam vt nepos vtiliter institutus aut exheredatus ab auo, nihilominus testamentum ipsius succedendo rumpere, de eo separatim & accuratè sequenti capite nobis tractandum est.

Cur fuerit necessarium secundum caput legis Velleæ.

C A P. XIX.

Ratio illa vulgò ab interpretibus nostris redditur, quæ nihil quoque aliquando placebat, quòd nepos ab auo qui filium testamenti tempore superstitem habebat, nominatim institutus vel exheredatus, non possit videri institutus aut exheredatus tanquam suus, sed potius tanquam extraneus. Suus enim heres est non quisquis in familia & potestate est, quanquam hoc quoque maximè & necessariò requiritur, sed qui primum in familia gradu locumque obtinet quòd ad eam sam hereditatis & successionis. l. si quis posthumus 9. §. i. l. filius à patre 28. §. i. hoc tit. de liber. & posthum. l. si quis filio 6. de iniust. rupt. l. si filiusfamilias 33. §. sed si filiusfamilias de testam. milit. l. scripto 7. D. vnd. liber. l. i. §. si filius §. interdum & §. sciendum D. de suis & legit. Multum autem interest an quis institutus sit, vel exheredatus tanquam extraneus, an tanquam suus, l. si posthumus 14. §. vlt. cum l. seq. hoc tit. cum longè diuerso iure deferatur suis & extraneis hereditas, planèque alia sint extraneorum, alia suorum heredum iura. Proinde non videbatur antè legem Velleam satisfactum iuris necessitati quæ sui heredis institutionem vel exheredationem requirebat, si tanquam extraneus institutus esset aut exheredatus, qui ob hoc ipsum necessariò instituendus erat, vel exheredandus quòd iam esset aut fieri posset suus. Speciosa fanè ratio, sed quæ propius intuèti mihi satisfacere non potest. Video enim eum qui tanquam extraneus vtiliter institutus sit non idèò rumpere testamentum, quòd postea fiat suus, siue à testatore adrogatus sit vt filius l. si qui heres 18. de iniust. rupt. siue in locum nepotis adoptatus l. filio 23. §. si Titius de liber. & posthum. vbi disertis verbis Papin. scribit extraneum heredem institutum ac deinde loco nepotis adoptatum defuncto postea filio qui pater videbatur, non rumpere successionem testamentum, cum heres inueniatur. Sed & cum nepos nondum natus ab auo institutus est tanquam in familia nasciturus, & qui suus heres esse possit, si postea viuo patre natus deinde emancipatus sit, placet non vitari institutionem licèt fiat omnino extraneus qui institutionis tempore suus fore sperabatur, hac nostra lege §. vlt. neque in eam rem aut legè Vellea aut alia vlla opus fuit. Cur ergo diuersum admittamus in secundo legis Velleæ capite? hoc est, Cur legis auxilium requirimus ad tuendam institutionem nepotis ob hoc solùm, quòd cum institutionis tempore esset non suus postea suus esse cœperit? Alia igitur, & verior & subtilior ratio quærenda est. Illa nimirum, si quid mei iudicij est, quòd nepos quem testamenti tempore pater præcedit si postea in præmortui parentis locum succedat viuo auo, quantumuis institutus sit aut exheredatus inuenit tamè se præteritum eo instanti quo succedit. Nempe quia quandiu pater vixit non possit videri aut institutus fuisse aut exheredatus. Ponimus enim non coniunctim cum patre fuisse institutum (quamquam & hoc fieri potest, cū nihil vetet patri filium coheredem dari siue ab auo siue ab extraneo l. si ego 26. l. si ex sua 36. de acquir. hered.) sed successiuè post patrem, & eo ordine vt duo institutionis gradus facti sint. Nā & verbis legis Velleæ hic vnus casus expressus est, si quis, inquit, ex suis heredibus suus heres esse desierit, & hac parte nepos Velleanus similis est Aquiliano vt cum patre numquam possit concurrere, simulque admitti ad hereditatem l. cum in testamento 37. D. de hered. instit. iunct. l. posthumorum 14. quæ sic omnino intelligenda est de iniust. rupt. Prius ergo est vt primus gradus vacet & perimatur subducta scilicet de medio persona filij, quàm vt nepos institutus videatur. Atqui statim atque filius mortuus est,

est, qui primum tenebat gradum, subintrat in eius locum nepos, & quidem ita tamque subito, vt nullum instans medium sit quo primus gradus vacet. Fir enim ea successio, vt superiore capite dicebamus, sola naturæ iurisque potestate, & vt cum philosophis loquar, per modum priuationis potius quàm positionis, nec vllum in eam rem hominis factum intercedit. Itaque sicut instans mortis filij vitæ eius computatur l. qui duos 18. §. j. l. vlt. de fideic. libert. ita proximo quod statim & immediatè sequitur instanti, successionem fieri necesse est nepotis in locum demortui aut deportati parentis. Porro eo instanti non reperit se institutum, quia prius est vt instituat quàm vt institutum se reperiat: cumque ipsius institutio hoc demum primo instanti incipiat, quo pater iam mortuus sit nec amplius obstet, & vt vtar verbis legis Velleæ, quo pater suus heres esse desierit, neque aut retrorahi nepotis institutio possit ad tempus testamenti (ne cum patre institutus videatur qui non nisi post eum & ex ordine fuit institutus) aut in momento facta intelligi, quoniam nihil prorsus in instanti fit in quo vel naturæ vel hominis factum interuenire oporteat: omnino consequens est vt nepos hic Velleanus non solùm non reperiat se institutum sed neque institui se videat eo primo instanti quo succedit. Sera igitur institutio est posteaquam successit, nec è minus dicere potest se præteritum qui prius factus est suus quàm institutus. Idque est, ni fallor, quod ait Scæuola in d. §. ille casus, *Posteriorè capite non permittit institui, sed vetat rumpi, nèue ob eam rem minus ratum esset quòd succedit.* Porro præcedere (sic enim lego non vt vulgo, *procedere*) debet vt vtiliter sit institutus. Nam si institutio nepotis non impedit quominus is succedendo rumpat quemadmodum Scæuolæ verba præ se ferunt: ergo nec impedit quominus præteritus dici debeat. Neque enim alij rumpunt quàm qui præteritos se inueniunt, cum agnoscuntur aut succedunt, si tales sint qui vel institui vel exheredari debuerint. Ita fiebat antè legem Velleam, vt præteritionis pœnam pateretur auus qui nepotem non præterierat, sed quantum in se fuisset instituerat: quod etsi iniquum Iuris prudentibus omnibus videri debebat arg. l. vlt. in fin. C. de posth. hered. inst. nullo tamen nisi nouæ alicuius legis remedio corrigi poterat: lex autem è minus necessaria videbatur, quòd cum viuo testatore ea successio, testamentique ruptio contingeret, in ipsius testatoris potestate esset aliud testamentum facere, atque ita aduersus iuris iniquitatè sibi consulere, sicut & cum prius legis caput interpretaremur, diximus permissam olim non fuisse institutionem sui posthumi qui viuo testatore nasceretur, quòd quamuis agnascendo rumperet, non tamen faceret patrem necessariò intestatum, quippe cui liceret aliud postea testamentum facere & hunc ipsum qui prius ruperat vel instituere vel exheredare. Sed quemadmodum tandem apparuit necessarium fuisse auxilium legis vt talis quoque posthumi siue sui siue alieni institutio permetteretur, propterea quòd multa possent accidere quibus impediretur testator ne nouum testamentum faceret: in eamque re primùm legis Velleæ caput latum est: ita necessarium quoque visum est posteriore eiusdem legis capite prouideri, ne successione testamentum rumpetur, quòd alioqui tam facilè resciri non posset, præsertim cum in secundo testamento si resciri posset ille ipse instituendus esset aut exheredandus, qui in priore iam institutus erat, aut exheredatus. Nec simile est quòd diximus ex d. l. si qui heres 18. de iniust. rupt. si is qui heres institutus est, à testatore adoptetur posse dici satis ei factum. Ratio enim illa statim redditur, quia & ante-

quam adoptetur institutio ut in extraneo locū habebit. Sēsus est hunc fuisse institutum iā inde ab initio, & priusquam adoptaretur: ideoque nec posse videtur præteritum, quia nihil erat quod impediret ne ante adrogationē institutus videretur tanquam extraneus, cum non solum primo gradu institutus esset, quod sufficere poterat, sed etiam solus. Quod etiā pertinet elegans illa & concisa Papiniani sententia in §. si Titius d. l. filio hoc ti. nepotis successione non rumpitur testamentum ab eo qui heres inuenitur. Tractat enim de eo qui priusquam loco nepotis adoptaretur institutus fuerat, & consequenter filio qui primum gradum tenebat exheredato aut si etiam volens (nihil enim hic interest coherede dato: ut proinde eius institutioni obstare non posset quod filius primi gradus testamenti tempore in medio fuisset. Cæterum illud apertè Papinianus significat successione rumpi testamentū quoties heres non inuenitur nepos qui succedit & quo instanti succedit, quod ipsum contingit quoties non prius heres institutus est quam succedat, cum, ut diximus, fieri nequeat ut eodē instanti succedat quis & instituatur aut institutum se reperiat, sed omnino necesse sit ut iam antè quam succederet fuerit institutus. Vnde fit ut si ponas exheredatum extraneum (non idem est si filium qui fuerat emancipatus d. l. filio in princip. aut qui nullo facto patris intercedente, sed quodā tantum naturali ordine & fuerit extrā potestatem & itidem reciderit in potestatem ut in specie illa pereleganti quā Tryphoninus tractat in l. prox. §. j. supr. hoc ti.) eundemque postea adoptatum vel adrogatū siue filij siue nepotis loco, testamentum omnimodo rumpatur. Priore casu agnatione sui heredis, posterore verò, successione in sui heredis locū, quia exheredatio ab initio non valuit, & quo tempore fit suus nec vtiliter exheredatum se reperit nec institutum, sed præteritum, qui tamen si fuisset institutus non rumpere, quia institutum se reperiret, nimirum quia non sicut institutio ita exheredatio extranei valet, non putavit §. si quis emancipatū versic. sed in extraneo D. de bonor. poss. contr. tabul. iunct. d. l. filio in princip. siquidem absurdū est exheredari extraneū, cum exheredatio præsupponat habendā hereditatis spem ac quasi præsentem acquisitionē, quæ in extraneo præsertim non instituto nulla est l. quidam cum filiū 132. de verb. oblig. sed tantū in suo herede l. in suis 11. hoc t. aut in emancipato qui licet iure civili neque suus sit neque cognitus, à Prætoribus tamē inter suos heredes connumeratur hæcenus, ut petere possit bonorū possessionē contra tabulas nisi sit exheredatus, quia & ab intestato petere posset Vnde liberi, ut vel hoc ipso utilis sit emancipati exheredatio, quod eum excludit à beneficio bonorū possessionis contra tabulas d. l. non putavit in princip. contra tabul. l. ult. D. hoc ti. iunct. §. sunt autē Insti. de bon. possess. Et quæadmodū supra diximus fieri non posse ut nepos ex ordine post patrē institutus, eo instanti quo fit suus succedendo in locū patris præmortui reperiat se institutum, ideoque fieri ut rumpat, ita nec fieri potest ut qui ab initio inutiliter exheredatus est reperiat se exheredatū cum succedit, quandoquidem inutilis exheredatio pro non exheredatione est d. l. non putavit §. non quæuis de contr. tabul. Ex contrario finge filiū qui primum gradū tenebat exheredatū fuisse, nepotē verò institutum (neque enim sicut Aquiliani ita & Velleani nepotis institutio requirit præcedentē filij institutionem, cum verendū non sit ne filius à Velleano nepote exheredatus post mortē suā exheredatus videatur) sine dubio defuncto filio viuo auo nepos in locū præmortui parentis succedens non rumpet testamentū, quia reperiet se institutum, nec perinde institutioni eius obstiterit exheredatio patris atque institutio obstiterit: quæuis non magis exheredatio filij fa-

clar nepotē suū heredē auo quādiu auus viuit quā si idē filius institutus esset. Sæper enim patris etiā exheredati persona nocet nepoti ne suus heres sit auo, id est ne tanquam suum institui eū necessariò vel exheredari oporteat dicit. l. si quis filio 6. de iniust. rupt. Id enim est quod dici solet exheredationem non tollere ius sunitatis, de quo proximo capite dicemus. Ergo quod lex Vellea secundo isto capite constituit ut nepotes nati tempore testamenti si vel instituti, vel exheredati sint non rumpant succedendo ad eum casum coarctandum est, quo liberi primi gradus instituti sint, non quo exheredati. His namque exheredatis & nepotibus institutis fieri non potest ut nullo casu nepotes rumpant licet exheredatus pater viuo auo decedat, quia quo instanti succedunt eo ipso iam institutos se reperiunt, nec patris exheredatio id impedit, quæ potius facit ut tantò magis institutio nepotum valere debeat. arg. dicit. l. filio §. j. hoc titu. & dicit. l. si qui heres de iniust. rupt. Quod si utriusque sint exheredati, negari etiam non potest quin nepos succedendo reperiat se exheredatum, ideoque nec possit rumpere. Ponimus enim alium institutum quo ad eunte utraque exheredatio vires accipere possit. Proinde nec fuit hoc casu necessarium legis auxilium ut prohiberetur testamentum rumpi, sed eo demum quo filius sit institutus: institutio enim filij, ut diximus, facit ne quādiu is viuit, nepos qui ex ordine, & successiuè institutus est, ullomodo institutus videatur, atque ita ut proximo statim instanti quo succedit in locum parentis præmortui non reperiat se institutum. Et diuersitatis ratio est, quia institutio ponit aliquid, & tribuit, exheredatio autem nihil, sed tantum priuat & adimit. Quid verò si filius sit exheredatus, institutus autem non nepos, sed extraneus? Mortuo filio antè auum superstite extraneo instituto, nepos succedendo rumpet tanquam præteritus, quia quod ad ipsum pertinet nihil eius interest an pater institutus sit an extraneus, cum utriusque effectus ille sit ut eo instanti quo nepos succedit in locum sui heredis, nec institutus sit nec exheredatus. Defuncto autem antè filium extraneo herede scripto, quæstioni locus esse non potest, propterea quod irritum fiat testamentum ex quo amplius hereditas adiri nequeat l. j. de iniust. rupt. Semel verò factum irritum postea rumpi non possit, sicut nec subsistere quod ad filij exheredationem, l. filium 20. D. de bonor. poss. contr. tabul. Quid rursus si nepos ipse sit exheredatus? Perinde rumpere testamentum antè legem Velleam atque cum erat institutus, hodie post legem non rumpet l. 2. §. j. D. de vulg. & pupill. substit. In eoque durior est condicio nepotis quam extranei, quod nepotis exheredatio facta viuo filio ei nocet quādoquocumque facto suo heredi, non item exheredatio extranei, extraneo, scilicet propter spem sunitatis, & quia sine villo hominis facto ac solo naturæ ordine nepos fit suus auo arg. d. l. filius à patre 28. §. filius familias in fin. hoc tit. Nam & vicissim nepos in eo melioris conditionis est quam extraneus propter spem sunitatis quod si non exherederetur institui debet non etiam extraneus. Non obstat superioribus quod in dicto §. filius familias scriptum est si heres sit institutus filius vel exheredatus qui postea suus esse cœperit non rumpere testamentum quoties nullo nouo facto hominis, sed naturali tantum quodam ordine id contigerit. Est enim locus ille de filio primi gradus cuius institutionem nihil remorabatur. Nos autem de nepote agimus post filium & per successione ordinem instituto, qui licet institutus sit

habēdus tamen est pro nō instituto quādiu filius viuit, quia non nisi possit eū admitti possit. Quod autē eadē lex ait, *si heres institutus sit vel exheredatus*, non eō pertinet quasi aliās nihil intersit ad testamenti validitatem an institutus sit vel exheredatus is qui viuo testatori suus heres factus est cūm testamenti tempore non esset (iam enim monuimus institutum non rumpere etiam si facto hominis suus fiat, puta per adoptionem aut adrogationem dict. l. filio 23. §. j. eod. dict. l. si qui heres 18. de iniust. rupt. exheredatum vero rumpere si exheredationis tempore fuit prorsus extraneus dict. l. non putauit 8. §. si quis emancipatum de contr. tabul.) Sed quia in illius §. specie nihil interest an institutus vel exheredatus fuerit filius militis filii familias de castrensi peculio testati, cūm neutro casu rumpat testamentum, quippe qui præteritus non fuerit. Scio esse qui putent caput hoc secundum legis Velleæ idē tantū fuisse necessarium quōd licet iure antiquo & lege n. tabularum iam natorum huminum institutio generaliter esset permissa, nepotum tamen quādiu filius superstes esset inutilis institutio videbatur, quasi quorum ratio nulla haberi deberet viuo filio, Velleum tamen animaduertisse, moriente filio nepotem in sui heredis locum succedere ob idque lege sua cautum voluisse vt nepotis institutio valeret quæ in iustis futuræ casum collata esset. Verūm si, vt isti fatentur, ita ius erat vt instituti nepos iam natus possit siue purē, siue in eum casum quo suus heres futurus esset, quid fuit obsecro necesse Velleum constituere vt eius institutio valeret? Rursum si nulla huius nepotis ratio habenda erat viuo filio, cur ei permissum erat rumpere succedendo tamen institutus esset vtiliter, ni Velleus prohibuisset? Præsertim cūm non eō minū rumpere quōd in casum iustis futuræ institutus fuisset. Hic enim casus est in quo prohibuit Velleus eum rumpere, constat autem prohibuisse rumpere eo ipso casu quo antea rumpebat. Denique tantum abest vt nepotis Velleiani viuo patre ratio nulla habenda esset, vt ex contrario maior tum ratio eius haberetur, quāmsi iam testamenti tempore defuncto patre primum ille in familia gradum locūque occupasset. Siquidem præmortuo filio impune nepos præteriri poterat saluo tantū iure accrescendi: cūm verō pater eum testamenti tempore præcedebat si postea in ipsius locum succedere nepotem contingeret etiam institutus rumpebat succedendo quasi præteritus, vt docuimus pluribus supra ad §. idem credendum, vbi dissimilitudinis quoque rationem attulimus, quā hīc repetere nil est necesse. Laudo ego Salomonium, licet non laudem commentarios quos ille in hanc legem amplissimos conscripsit, qui ingenuē & ex bona fide profiterar rationem se ignorare eius iuris quod posteriore hoc capite legis Velleæ inductum fuit, id est cur necesse fuerit lege prohiberi ne succedendo testamentum rumpere nepos qui vtiliter esset institutus. Nec sanē si per mille annos te exerceas aliam rationem inuenire possis quā quæ à nobis excogitata & tradita est. Apparet igitur quod scriptum est in dict. l. posthumorum 13. in fin. & in §. posthumorum Instit. de exhered. liber. *idque lege Julia Vellea prouisum est*, non sic accipi debere vt lex Vellea permiserit institui aut exheredari nepotem iam natum tempore testamenti, non item vt iusserit, aut vt præterito nepote testamentum successionē rumpi voluerit (hæc enim omnia iam antē legem Velleam obtinebant) sed vt instituto eo vel exheredato prohibuerit successionē rūpi testamētū, eo nimirū casu quo

filius.

filius præmortuus esset institutus. Nam si erat exheredatus nil se interposuit lex Vellea, quia nec necesse fuit.

Exheredatione non perimi ius suitatis, Ad l. i. §. si pater in potestate, de coniung. cum emancip. liber. eius. & Ad l. qui in aliena 6. §. interdum de acquir. hered.

CAPVT XX.

Proximo capite obiter diximus, per exheredationem nō tolli ius suitatis, quod an verum sit, & quomodo accipiendum, quia controuerti & ignorari video à viris doctissimis, operæ præcium erit inuestigare. Non tolli ius suitatis per exheredationem ex eo intelligimus, quōd exheredati filij persona obstat nepoti quominus suus heres fit auo, adeo vt non solū impune præteriri possit nepos si exheredatus filius & patri & aditæ patris hereditati superuixerit: sed etiam defuncto exheredato antē aditam ab extraneo hereditatem nō possit rumpere quasi præteritus qui post exheredati patris mortem natus est, l. si quis filio 6. de iniust. rupt. vbi elegans ratio redditur, *cūm nec exheredari huiusmodi nepos deberet ab auo quem pater præcedebat*: Et paulō post, *nam agnascendo quidem is rumpit quem nemo præcedebat mortis tempore*. Cui conuenit quod paulō obscurius licet elegantius circa eandē speciē Papin. tractat in l. scripto 7. D. si tabul. testam. null. extab. vnd. liber. maximē in postremis, illis verbis, *quare qui non obstat iure intestati, iure testari videbitur obstare*. Nā si per exheredationem perimeretur ius suitatis, perinde agnascendo aut in sui heredis locum succedendo nepos præteritus rumpere, siue posthumus, siue iam natus, atque rūpit is cuius pater aut mortuus aut deportatus est, l. i. §. penult. D. de bonor. possess. contr. tab. l. si necem 4. §. si deportatus de bon. libert. Sed neque posset pater filio exheredato pupillariter substituere, sicut nec emancipato potest, nec mortuo, si filius exheredatus pro non suo aut mortuo haberetur. Et tamen exheredato quoque non minū quā instituto pupillariter substituere pater potest l. 2. l. sed si plures 10. §. ad substitutos de vulg. & pupill. substit. Nec tantū iure ciuili, sed etiam Prætorio exheredatus filius obstat nepoti, ne scilicet præteritus nepos contra tabulas petere possit aut ab intestato Vnde liberi, quod vtrumque posset si pater in medio non esset, aut eorum numero esse desiisset quos Prætor inter suos heredes connumerat, eodēque iure censet, vt Iustin. loquitur in §. sunt autem Instit. de bonor. possess. Facit l. qui duos 3. de coniung. cum emancip. liber. eius, illo loco, *exheredatus enim obstat filiis suis*. Nam quod sequitur *post emancipationem susceptis*, irreptitiū est, vt docebimus in eius legis interpretatione. Huius autē iuris ratio euidēs illa est, quia exheredatio filij siue sui, siue emancipati vires nullas habet quādiu testator viuit, sed ab eo duntaxat tempore quo heredi instituto acquisita est hereditas. l. filium 20. vers. sed cūm exheredatio D. de bonor. poss. contr. tabul. l. si patronus testamento 12. §. ex testamento D. de bon. libert. Hereditas autem nō nisi post mortem testatoris acquiri potest, quia nec antē vlla esse intelligitur l. n. de hered. vel act. vend. l. qui superstitis § 4. de acquir. hered. siue de suo herede agatur, siue de extraneo l. in suis 14. de suis & legit. l. in suis 11. de liber. & posthum. Porro suus heres ille est qui eo potissimum tempore quo pater familias moritur primum in familia locū

ff. iij.

obtinere d.l. si quis filio, & d.l. scripto, l. filius 28. §. 1. de lib. & posthu. l. si filius familias 33. §. 1. de test. milit. Nec ad rem pertinet si obiicias ius suitatis non ex eo tantum estimari quod quis primum gradum in testatoris familia teneat, sed illud maxime requiri ut primum gradum teneat in causa hereditatis & successionis d.l. in suis de liber. & posthum. quæ res vix est ut conveniat exheredato quem exhereditatio excludit non tantum à successione, sed etiam à spe successionis. Nam respondeo quod iam dixi, exheredationem nullius esse momenti quando pater vivit, sicut nec cetera quæ testamento continentur, ob idque nec facere posse quominus filius exheredatus sit auo morienti suus heres, qui & hac de causa exheredandus est si non instituitur præteritus iniustum faciat patris testamentum. Itaque negari non potest quin filius licet exheredatus primum gradum teneat etiam in causa succedendi moriente testatore, quia necdum exheredatus videtur, & consequenter suus est, quamvis exheredatione postea confirmata per testamenti confirmationem, hereditate scilicet ex testamento acquisita verum sit dicere exheredatum suum heredem non extitisse l. r. §. post suos D. de suis & legit. Quod videtur Paulus innuere voluisse in d.l. in suis, iis verbis, *nec obstat quod licet eos exheredare quos & occidere licebat*. Non tamen defunt quidam iuris loci quibus contra probari videatur exheredatione perimi ius suitatis. Ac primum possit quis moveri ex eo quod scriptum est in l. si quis posthumos 9. §. 1. de liber. & posthum. multum referre an filius exheredatus sit, an captus ab hostibus: filij captivi ius pendere, at exheredati prorsus abscissum esse. Verum longè alia planèque contraria illius loci sententia est, ut dicemus infra. Secundò vrgere illud maxime videtur quod scriptum est in l. prima §. si pater emancipatus, vers. sed & si patruus de coniung. cum emancip. liber eius, nepotes quorum pater emancipatus exheredatus fuerit admitti posse ad bonorum possessionem aui cum patruo in potestate præterito, ratione illa, ut lex ait, quod exheredatus pater eorum pro mortuo habeatur. Sed nemo non videt falsam esse rationem si generaliter intelligatur, eique prorsus contrariam quam supra retulimus ex Marcello in d.l. qui duos 3. eod. tit. *exheredatus enim*, inquit ille, *obstat filiis suis*. Quomodo enim obstaret si pro mortuo haberetur? Ergo sic Vlpianus intelligendus est ut quod pertinet ad Edictum de coniung. cum emancip. liber. de quo ille tractat, perinde admittantur nepotes ex filio exheredato eodemque emancipato siue soli cum patruo nullus est siue cum patruo si patruus superfit ac si pater non esset, nempe quoniã ita posito iure ut ex nouo Edicto aut quod idè est ex noua Iuliani clausula, ut Marcellus loquitur, in d.l. qui duos, nepos in familia retentus iungatur patri præterito emancipato, absurdum sit fieri deteriorè nepotis conditionè, ut ad bona aui admitti nequeat ob id solum quod pater eius sit exheredatus, ut paulò antè Vlp. scribit in vers. absurdum, & apertius Marcellus in d.l. qui duos. Et tamè fieri non potest ut ei emancipatus iungatur ex edicto, pater qui exheredatus est. Neque enim putauit Prætor exheredatos ad bonorum possessionem contra tabulas admittendos, sicut nec iure ciuili testameta parentum turbant, id est iniusta faciunt, ut non valere patiantur, solumque iis superest remedium querelæ inofficiosi testamenti si immerèter sint exheredati, l. non putauit 8. l. si post mortem 10. §. exheredati de bon. poss. cont. tab. Quo proposito si obtineat & rumpatur, tunc demum iunguntur nepotibus non ex edicto de coniung. cum emancip. liber. ei ut vulgò creditur (Neque enim edictum illud pertinet ad eum casum quo proposita sit) quere-

querelæ inofficiosi testamenti, cum ea non rescindat totum testamentum, ac pro illa parte duntaxat, pro qua possit ab intestato succedere is qui egit l. mater de cedens 19. l. circa 24. de inoff. testam.) sed hætenus ut simul pater exheredatus cum filio eodemque testatoris nepote hereditatem obtineat, ut Paulus loquitur in l. si ponas 23. eod. tit. id est nepos partem hereditatis ex testamento, filius verò aliam partem petita possessione Unde liberi, quæ scilicet pro ea parte ab intestato competit posteaquam ruptum est testamentum. Est enim ea bonorum possessio post victoriam necessaria emancipato qui iure ciuili succedere ab intestato non potest, sicut & priusquam queri possit necesse est ut aliam possessionem petat iuris ordinanda gratia de qua in l. posthumus 6. §. ult. & l. Papinianus 8. in princip. eod. tit. Verum cum Vlpianus in d. §. si pater loquatur de filio iuste exheredato, qui proinde aut queri aut si queratur obtinere non possit, quique ob eam causam nepoti iungi nequeat in hereditate, sicut nec in beneficio edicti, consequens est ut pro mortuo habeatur quod ad illud Edictum attinet, neque impediat quominus nepos in potestate retentus & præteritus bonorum possessionem contra tabulas solus petat, si solus sit, sin cum patruo concurrat, dimidiam bonorum partem consequatur, qui non nisi quartam consequi deberet, si pater exheredatus non esset, l. ult. eod. tit. de coniung. cum emancip. Et ut dicam apertius, si quid sit quod faciat ne exheredatus pro mortuo haberi debeat, illud unum est quod nepoti in aui successione obstat, cui sanè non obstaret si mortuus esset. Atqui ex Edicto nouo De coniung. cum emancip. liber. factum est ne obstare possit non solum si exheredatus sit sed nec si præteritus, adeoque nec si institutus. Prope igitur est ut ex edicto illo filius non solum exheredatus, sed etiam institutus aut præteritus pro mortuo haberi debeat. Et verò ita esset si nullo modo nepoti obstaret. Sed tamen quia pro parte obstat quando aut institutus est aut præteritus cum iungatur nepoti, simulque cum eo admittatur, non possis verè & absolute dicere habendum eum pro mortuo, vno illo casu, quo est exheredatus. Tunc enim, quia neque obstat nepoti propter edictum, neque cum eo in partem admittitur, propter propriam exheredationem, quæ repellit illum à beneficio bonorum possessionis contra tabulas l. non putauit 8. de contr. tabul. superest, ut omnino pro mortuo habeatur, etiam iure Prætorio. Cæterum extra causam illius edicti exheredatum pro mortuo habendum non esse, vel ex eo maxime constat quod statim apud Vlpianum sequitur, Si pater in potestate manens vel exheredatus vel institutus sit nepotem ex eo siue in potestate manentem siue emancipatum ad bona aui neque vocari neque vocandum esse. Obstante scilicet illi persona patris exheredati, perinde ac instituti, quæ non obstaret si pater mortuus esset. Nam cum pater in potestate mansit non esse locum edicto Vlpianus docet, ratione illa quæ sequitur: *Toties enim nepoti consulendum est quoties in potestate retentus est patre emancipato*. Atque ita locus hic intelligi debet, non quomodo Bartolus intelligit suo more per ambages distinguens, sed de eo latius infra. Postrema aduersus sententiam nostram obiectio fieri potest ex l. qui in aliena 6. §. interdum de acquir. hered. vbi idem Vlpianus scribit interdum & filium familias sine aditione acquirere hereditatem ei in cuius est potestate, ut puta, inquit, si nepos ex filio exheredato heres institutus sit. Patrem enim suum, sine aditione faciet heredem, & quidem necessarium. Nam si ita est, consequens videtur ut patris exheredati persona

non obstat nepoti quominus auo & suus heres sit, & necessarius: alioqui, ut in §. sequent. subiicitur, quomodo necessarius quis heres esse possit per eum qui ipse non esset extaturus? Respondeo personam patris exheredati obstat nepoti quominus nepos sit suus auo nisi eo solo casu quo nepotem auus heredem instituerit. Nam cum nepos heres institutus est, necessarius quoque heres est, licet antea suus non esset, cum fuerit in aui morientis potestate: quod sufficit ut sit ei necessarius §. sed si quis heres ead. leg. Imò & interdum euenit, ut filius sit patri heres necessarius quamuis nec suus sit, nec in patris morientis potestate, ut contingit eum pater ab hostibus captus est & apud eos defunctus, relicto in ciuitate filio l. lege Cornelia 12. in fin. D. qui testā. facer. poss. Et quemadmodum exheredatio filij non impedit quominus nepos heres institui possit ab auo qui extraneum quolibet institueret potuisset, ita nec impedit potest quominus idem nepos auo sit heres necessarius: id est, ut ipsum necessarium nomen significat, statim, & ipso iure, ita ut nulla aditione opus sit. Id enim commune ius est necessariorum omnium heredum etiam si non sint sui, ut puta seruatorum æque ac liberorum. Inde verò fit ut cum isti nepoti tanquam necessario heredi statim & ipso iure, acquiratur hereditas, statim quoque & ipso iure post mortem aui confirmetur exheredatio filij, sicut & per aditionem hereditatis ab extraneo herede factam confirmaretur. d. l. filium 20. de contr. tabul. Alioqui plus posset aditio in extraneo, quam iuris potestas in herede necessario, quod absurdum esset. Porro confirmata exheredatione, atque ita summoto filio eo ipso instanti quo auus mortuus est, illud quoque euenire necesse est, ut eodem ipso instanti quo nepos sit necessarius heres auo fiat etiam suus, quia licet proximum gradum nunquam tenuerit obstante illi persona patris exheredati, verum tamen est & fuisse eum in potestate, nec a patre unquam in hac successione præuentum. Quippe cum nec uiuo auo quicquam iuris in ipsius hereditate habere pater potuerit, nec eo mortuo necessarium heredem præuenire: quam in rem textus est elegantissimus in d. l. scripto 7. vnd. liber. d. l. si quis filio 6. de iniust. rupt. Neque verò absurdum videri debet quod dicimus nepotem hunc & ob hoc fieri suum heredem auo quòd sit necessarius, & eodem nihilominus instanti quo necessarius sit suum quoque fieri. Cum enim utrumque fiat sola iuris potestate, nihil prohibet fieri etiam utrumque eodem instanti, & sine illa temporis discretionem, quam interuenire necesse est quoties de causa & effectu agimus in re quæ vel hominis vel naturæ factum requirat. Siquidem & natura & homo non nisi in tempore operantur, ius verò in instanti. Intestato decedente auo aliud est, quia non potest fieri nepos heres auo necessarius, quin prius heres fiat: heres autem fieri multò minus ab intestato quando pater eum præcedit licet exheredatus fuerit, cum testatore exitum intestati faciente exheredatio quoque fiat irrita d. l. filium de contr. tabul. l. si patronus 12. §. ex testamento de bon. libert. præterquam in singulari & pereleganti illa specie quam Papinianus & Vipianus tractant in d. l. scripto & d. l. si quis filio, hoc est cum instituto extraneo deliberante de adeunda hereditate exheredatus filius moritur, deinde repudiante scripto herede testamentum deferitur. Tunc enim cum mortuo demum exheredato intestati successio deferatur, deserto scilicet destitutoque per repudiationem testamento, exheredati persona facere non potest quominus nepos sit suus auo l. x. §. sciendum de suis & legit. l. ult. in fin. de condic. instit. §. cum autem Instit. de hered. quæ ab intest.

intest. defer. Itaque falluntur egregie, meo iudicio, qui ad d. §. interdum, generaliter notant nepotem ex filio exheredato & suum heredem esse auo & necessarium. Nec rectius Cynus eum anomalum heredem vocat, quòd cum sit necessarius, non tamen sit suus. Nam imò verò cum institutus est & suus est & necessarius, facitque exheredatum patrem auo heredem, non quidem suum, neque enim suus heres per alium quis fieri potest, sed necessarium. Sic enim intelligi debet & construi quod lex ait, *patrem enim suum sine aditione faciet heredem*, ut dictio illa *suum* non ad heredem sed ad patrem referatur. Cum verò non est institutus nepos nec suus est, nec necessarius, nec instituendus, nec exheredandus, nec iniustum facit testamentum nec rumpit, licet ab intestato sit suus eo vno casu quo testamentum destitutum sit ommissa post exheredati mortem ab extraneo instituto hereditate. Anomalus potius heres dicendus est pater exheredatus, qui per nepotem institutum ita fit necessarius heres patri, ut tamen non fiat suus. Ex eoque apparet euidentius verum esse quod diximus, in instanti fieri quicquid sit nuda iuris potestate. Quandoquidem eodem prorsus instanti & nepos sit auo heres necessarius, & patrem suum facit heredem necessarium, adeò ut non idcirco tamen duo sint heredes necessarii eiusdem testatoris, sed vnus tantum, nempe pater, ut non obscure Vlp. significat in §. seq. sic scribens, *nam per eum quis existere necessarius non potest qui ipse non esset extaturus*. Non sic scribit, *qui ipse necessarius non existat*, sed sic, *qui ipse non esset extaturus*, ut intelligas necessarium amplius non esse eum, qui iam alium necessarium fecerit.



ANTONII FABRI SEBVS-
SIANI SABAVDI SENATORIS
CONIECTVRARVM IVRIS CIVI-
LIS LIBER DECIMVS.

*Cur non fuerit sufficiens formula vulgaris substitutionis ad impediendum
ne succedendo nepos Velleianus rumperet.*

CAP. I.



VIDIMVS in superioribus cur non fuerit sufficiens formula vulgaris substitutionis ad Aquiliani nepotis institutionem, & cur noua ac ante Gallum incognita in eam rem formulam excogitari oportuerit. Alia planè que differens questio est quam nunc proponimus, & ad quam non eadem responsio accommodari possit. Nam Aquilianus nepos posthumus est, & quidem si eum quasi posthumum duntaxat consideres, alienus testamenti tempore, qui proinde nec institui poterat, nec vulgariter substitui: cum vulgaris substitutio nominatim fiat in casum delatæ alteri hereditatis, & consequenter in eum casum quo substitutus sit non suus.

Is enim suus est antè quem non est alij delata hereditas l. si quis filio 6. de iur. iust. rupt. l. scripto 7. D. vnd. liber. l. j. §. sciendum de suis & legit. Itaque inueniri rationem necesse fuit per quam hic nepos institueretur non tantùm in eum casum quo esset suus (neque enim hoc sufficeret, cum institutionis potissimum tempus spectari oporteat) sed etiam ex eo demùm tempore quo suus factus esset. Id verò Gallus subtilissimè affectus est, ut pluribus docuimus. At Velleianus nepos iam testamenti tempore natus institui omni iure potuit, tametsi nondum esset suus heres institutionis tempore. Quidni enim cum & extraneus quilibet institui posset? Illa namque distinctio an suus heres sit an alienus qui instituitur, ut sciatur utrum institutio valeat, necne, in posthumos tantùm cadit non in iam natos. Quod cum ita sit cur non & vulgariter substitui potuit? Cum & condicio illa verbis legis Velleæ expressa, *si quis ex suis heredibus, suus heres esse deserit*, etiam viuo testatore, vi ipsa contineatur in vulgari substitutione, quippe quæ eo casu quo scriptus heres viuo testatore decedat, euadere soleat in institutionem & ad institutionis intellectum reuocetur l. cum ex filio 39. §. quidam De vulgar. & pupill. substit. Non reperio ex nostris interpretibus qui quæstionem proponat præter Antonij Goueanum in posterioribus ad l. Gallus commentariis, ubi scribit posse dici non ineleganter, ineptam propterea visam esse substitutionis formam, quia qualitas ipsa personarum eam contineret condicionem, neque continuò nepotem heredem esse posse ex substitutione non adita à filio hereditate. Nam abstinentem filium nepoti substituto locum non facere cum in suis non sit successio d. l. j. §. sciendum de suis & legit. Ego verò nihil inelegantius (pace viri doctissimi & elegantissimi dixerim) afferri potuisse existimo. Nam quod ait qualitatem ipsam personarum continere vulgaris substitutionis condicionem, licet suboscure, eo tamen sensu dictum puto, quòd ex ipsis filij neposque personis satis constat filio herede non existente heredem fore nepotem. Atqui id falsum est nisi vno eo casu quo auus intestatus moritur, & filius antè auum. Nos verò eum casum tractamus quo testamentum factum sit. Id enim legi Velleæ propositum fuit ut testamentum confirmaret l. si hereditas 10. §. qui filium de testam. tutel. Cur non ergo sufficere potuit vulgaris substitutio, ut filio præmortuo nepos non ab intestato sed ex testamento heres auo fieret? Deinde si ob solam personarum qualitatem inepta visa est vulgaris substitutio, quidni æquè ineptam dicas legem Velleam quæ eandem condicionem iisdem verbis expressit? *si filius suus heres esse deserit, liberi eius*, &c. Quod verò adiicit non continuò nepotem heredem esse posse ex substitutione non adita à filio hereditate, quoniam abstentio filij non faciat locum substituto, minùs quoque ad rem pertinet. Nam præter id quod nuda sui heredis abstinentis existentia non impedit vulgarem substitutionem, quia testator iis verbis, *si filius heres non erit*, non tam ad nudum nomen heredis respicit quàm ad effectum: effectum autem ipso heredis loco non habetur, præsertim à Prætorè suus heres qui se abstinuit, ut alio loco scripsimus ex lege necessariis 57. de acquir. hered. l. si filius 12. D. de interrog. in iur. faciend. Illud etiam animaduertere vir subtilissimus debuit, neque lege Vellea inductum esse ut filio abstinente nepos suus heres sit auo (non enim eum casum lex tractat quo superuixerit testatori filius sed quo prædecesserit, qui porrò nisi superuiuat abstinere non magis potest quàm viuentis

tis hominis heres esse) sed tantùm ut filio instituto non rumpatur successio nepotis instituti aut exheredati testamentum auo. Cur ergo vulgaris substitutionis formula in eam rem inepta videri debuit? Ratio autem illa quam Goueanus subnectit, *cum in suis non sit successio*, quid, obsecro, ad rem nostram pertinet? Siquidem regula illa est eius duntaxat iuris quod ab intestato non quod testamento facto obtinet, ut constat ex d. l. j. §. sciendum de suis & legit. §. placebat Instit. de legit. agnat. success. Sensusque regulæ est quoties alicui tanquam suo aut tanquam agnato delata est à lege hereditas, & is heres esse noluit, non fieri locum sequenti in gradu siue sit ille ex liberis siue ex agnatis, sed bona fieri vacantia, nimirum quoniam tota legis hereditatem deferentis potestas vnica delatione consumitur: utpote quæ non nisi suo heredi aut agnato proximo hereditatem deferat, suus verò vel agnatus proximus dici aut ex euentu fieri nequeat is antè quem alij delata est intestati hereditas. Id enim vnum instans præcisè lex demonstrat in deferenda ab intestato hereditate, quo intestati successioni locus factus sit l. si quis posthumos 9. §. si filium in fin. hoc tit. de liber. & posthum. quod instans ad mortem parris familias refertur si aut nullo modo aut inutiliter testatus sit, aut si viuo eo testamentum ruptum vel ieritum factum sit. Quòd si vtiliter quidem testatus sit nec testamentum viuo eo intercederit, sed postea herede scripto hereditatem omittente desertum destitutumque sit, non mortis tempore, sed eo demùm instanti quo testamentum destruitur, hereditas ab intestato deferatur dict. §. si filium dict. §. sciendum dict. l. si quis filio dict. l. scripto. Cum igitur lex Vellea de testati non intestati successione locuta sit, itémque de ea successione quæ antè non post delationem hereditatis fiat, & viuo non mortuo testatore, apparet alienam prorsus esse à proposita quæstione rationem illam, *cum in suis non sit successio*. Itaque ut iam quid respondendum sit doceamus, dicendum est vulgarem substitutionem non fuisse ineptam nec insufficientem ad nepotis Velleani ad secundum legis caput pertinentis institutionem. Nihil enim interfuisse an nepos ille institueretur antè legem Velleam an substitueretur, cum & vulgariter substitutus præmortuo instituto, ut toties diximus, euadat in institutum. Sed tamen non eò minùs necessarium fuisse secundum caput legis Velleæ ad defendendam institutionem, quoniam quibuscumque verbis facta esset institutio facere non poterat quominùs nepos etiam vtiliter institutus succedendo rumperet §. ille casus infr. hac lege, propter elegantem illam & subtilem iuris rationem quam supra attulimus. Proinde non formula opus erat ad concipiendam vtiliter institutionem ut in casu Galli Aquilij, sed lege ad prohibendum ne vtiliter concepta nepotis institutio eiusdem successione corrueret. Ex quo euidentius intelligimus quàm grauiter errent qui putant secundo isto capite legis Velleæ præscriptam formulam per quam nepotes iam nati quos parentes præcedunt ab auis institui possint ne succedendo in locum filiorum rumpant auorum testamenta. Quo in errore idem quoque Goueanus fuit, ob hoc nimirum quærens cur formula vulgaris substitutionis non sufficeret, quòd existimet idoneæ formulæ inopia nepotes istos antè Velleum institui non potuisse, cum tamen constet ex superioribus & institui eos potuisse & vtiliter: sed illud tantùm incommodi fuisse quòd

etiam vtiliter instituti nihilominus rumpebant, rumpebantque etiamnum, si legis autoritas non superuenisset. Ergo si ius vetus inspicias tam rumpit qui institutus est vtiliter quibuscumque verbis institutio concepta sit, quam qui vulgariter substitutus est. Post legem Velleam neuter rumpit, quoniam vtilis institutio quam præcedere necesse est perinde fit per formulam vulgaris substitutionis filio herede scripto antè testatorem moriente, atque per aliam quamcumque formulam. Nunc ad Scæuolæ verba veniamus.

Ad §. sequenti parte l. Gallus.

CAP. II.

SENTENTIAM huius §. non est difficile intelligere, ex iis quæ superioribus capitibus scripsimus de sententia secundi capitis legis Velleæ. Restat tantum vt ipsa Scæuolæ verba interpretemur quæ viri plerique doctissimi dum mendosa esse putant, emendando malè corruerunt. *Sequenti parte*, inquit, Scæuola, id est posteriore capite, *succedentes in locum liberorum non vult lex rumpere testamentum*. Ergo verba legis non affirmatiuè & permissiuè, sed negatiuè & prohibitiuè concepta fuisse consentaneum est, quod ad ea quæ supra diximus confirmanda maximè pertinet. Sequitur, *Et ita interpretandum est, vt si & filium & nepotem & pronepotem habeas mortuis virisque pronepos institutus succedens in sui heredis locum non rumpat*. Interpretatione verba legis indigent, non supplementatione, quia sunt generalia apta comprehendere non tantum omnes liberorum personas cuiuscumque gradus sint, sed etiam omnes casus quibus fieri possit vt qui testamenti tempore suus heres est, postea viuo testatore suus heres esse desinat. Non eadem formulæ ab Aquilio propositæ verba fuere, quia de nepote nominatim locutus est, idè necesse fuit suppleri, quod Scæuola scripsit in §. idem credendum, idem eum de pronepote quod de nepote existimasse, id est vt quemadmodum nepos in casum & tempus mortis filij ac. ex eo demum tempore, ita & pronepos in casum mortis filij & nepotis & ex eo demum tempore quo ambo decesserint institui possit. Velleus verò non nepotis aut pronepotis nomen vsurpauit, sed *descendentium*, quorum appellatione constat non minus pronepotes & abnepotes, cæteròsque deinceps quàm nepotes contineri. Ea tamen distinctio adhibenda est, quam & in tractatu de Aquiliano nepote instituendo adhibuimus, an instituto pronepote, nepos quoque institutus sit an præteritus. Nam si vterque institutus sit securè testatur auus & siue patri superuiuat nepos siue præmoriatur succedendo rumpere numquam potest. Sed si præteritus fuit nõ eò minùs rumpet quòd & filius & pronepos sint instituti si ipse patri superuixerit d. §. idè credendum in fine. Neque enim alium lex Vellea rumpere prohibet quàm qui sit institutus aut exheredatus. Quod & in hoc §. Scæuola monet postremis illis verbis, *dummodo heres institutus sit, aut exheredatus*. Subiicit Scæuola *Et bene verba se habent*, Si quis ex suis heredibus suus heres esse desierit, *ad omnes casus pertinentia, quos supplendos in Galli Aquilij sententia diximus*. Sensus est, aptioribus verbis conscriptam legem quàm Galli Aquilij formulam non solum quod ad personas attinet, vt proximè diximus, sed etiam quod

ad ca-

ad casus in quibus necessaria sit nepotis aut pronepotis institutio. Gallus enim solum mortis casum expressit: vnde tot dubitationes, Quid si filius nõ morte sed deportatione aut captiuitate, nepos verò ex filio etiam emancipatione suus heres esse desisset, an institutio facta in casum mortis his quoque casibus defendi posset, aut potius, an sicut in casum mortis, ita in hos quoque institui nepos aut pronepos posset. De quibus omnibus diximus ad §. & quid si tantum, ac alios sequentes. Velleus verò hîc quoque vt & in præcedenti clausula generalibus verbis vsus est ad comprehendendos casus omnes quibus possit filius aut nepos desinere suus heres esse siue morte, siue deportatione, siue emancipatione, siue captiuitate. Sic enim legem concepit, *si quis ex suis heredibus suus esse desierit*. Itaque nil necesse est suppleri legem, quomodo suppledam diximus Aquilij sententiam. Obseruandum autem est quod Scæuola sic loquitur, *quos supplendos in Galli Aquilij formula diximus*. Non scripsit in Galli Aquilij formula, quia si ponas Aquilianam formulam sic à testatore vsurpatam vt solus mortis casus expressus sit, alius autem casus euenerit, puta deportationis aut captiuitatis, non possis formulam supplere vt valeat institutio in eum casum qui expressus non est, licet sit expressio simillimus: quoniam institutionum condiciones in forma, vt aiunt, specifica impleri oportet, & qui in vnum casum expressum & specialem institutus est, in alium omissus intelligi debet. commodissimè 9. supr. hoc tit. Suppletio igitur faciendâ est ad sententiam non ad formulam Galli Aquilij, vt quemadmodum induxit posse institui nepotem in casum mortis filij, ita fenserit perinde institui eum posse in casum deportationis aut captiuitatis, id est perinde licere testatori casus istos exprimere ac casum mortis, & quem ex iis velit, nisi malit omnes, vt securiùs testetur, quemadmodum pluribus explicauimus ad d. §. & quid si tantum. Sequitur apud Scæuolam, *nec solum si nepos viuo patre decedat, nec succedens pronepos auo mortuo rumpat, sed et si superuixerit patri*. Hic verò versiculus est què & Goueanus & Cuiacius, clarissima Iurisprudentiæ lumina, corruptum esse tradiderunt, existimantes non *nec pronepos* legendum esse, sed *ne nepos*, aut, quod mauit Goueanus, *patri nepos*. Vt sensus sit, pronepote instituto nepotem antè patrem decedere oportere ne successione rumpat testamentum. Mouentur viri doctissimi ex verbis illis *auo mortuo*, referri ea putantes ad nepotem non ad pronepotem, quod Scæuola in hoc tractatu huiusmodi appellationibus sine flagitio abuti potuerit. Mihi videtur Florentinam receptamque lectionem non solum probabilem esse, sed neque istam emendationem vllomodo admittere. Nam cum præmortuo filio nepos successione rumpit testamentum aui ob id quòd in eo præteritus sit, non rumpit auo mortuo, sed auo viuo, cum & rumpat succedendo, & succedat, viuo auo, cui & quasi agnasci dicitur l. posthumorum 13. de iniust. rupt. Quemadmodum ergo posthumus viuo testatore natus rumpit agnascendo, & adeò rumpit viuo patre, vt etiam si postea eodem viuo mori illum contingat, testamentum tamen iure ciuili non conualescat l. posthumus 12. l. qui vxorem 15. de iniust. rupt. Ita & nepos Velleanus qui posthumi loco esse dicitur in d. l. posthumorum quasi agnascendo, id est succedendo in locum sui heredis viuo auo, eodem viuo vt rumpat necesse est. Quo fit vt magis mirer, quod idem Cuiacius ex hoc §. probari ait tam posthumum quàm qui posthumi loco sit cū præteritus est non nisi post mortem testatoris effectu ipso testamētū rumpere. Nana vt

id ex hoc §. probes, prius probare te oportet legendum hic *nepos* non ut legitur *pronepos*. At qui falsum est, quod admissa emendatione sequeretur, testamentum non rumpi successione nisi post mortem testatoris. Ergo vel ex hoc ipso etiam si aliud nihil esset inferre potius debeas, nihil de recepta lectione immutandum. Neque mouere viros acutissimos debuit quod auus dicitur ex comparatione nepotis non pronepotis. Nam ut ita sit, negari tamen non potest quin pronepos qui testatorem proauum habet idem filium testatoris, cuius nepos est non pronepos, auum habeat: nec verò Scæuolæ imputari potest cur in hoc tractatu his appellationibus abutatur, & auum dicat eum quem filium testatoris dicere debuerat. Cùm enim de pronepote tractaret, quo alio quàm aui nomine filium testatoris exprimere potuisset? Deinde verba illa *auo mortuo* quæ iuris ratio, ut ostendimus, non patitur ad testatoris personam referri, an non satis totam dubitationis & ambiguitatis causam perimunt? Id igitur Scæuola sibi vult, ita interpretandam secundam hanc legis partem ut si & filium & nepotem, & pronepotem habeas, pronepos institutus, succedens in locum sui heredis non rumpat, siue nepos viuo patre suo eodémque pronepotis auo decedat, eodem auo postea ante testatorem mortuo, siue nepos ille patri suo superuixerit, dummodò institutus sit vel exheredatus. Nepote autem patrem suum eundémque testatoris filiù moriente, non quærimus an institutus sit vel exheredatus vel præteritus, quia cùm verum sit nec suum eum vnquam fuisse, nec esse vnquam posse, neque iniustum facere testamentum potest neque rumpere succedendo, quia nec succedit, aut succedere amplius potest. Nepote autem patri superuiente illud omnino exigimus ut institutus sit vel exheredatus, ne alioqui successione rumpat, ut diximus ad d. §. idem credendum. Ita sit ut nepote qui superuixit præterito pronepos quidem qui institutus est non rumpat, sed tamen eius institutio fiat irrita, nepote ipso qui eum in gradu præcedit, testamentum rumpente. Ex quo etiam apparet quàm parum subtiliter faciant qui postrema illa huius §. verba, *dummodò institutus sit vel exheredatus*, irreptitia, & inpeti interpretis esse arbitrantur. Sic enim virum quendam doctissimum quem in ore & oculis semper fero, publicè docuisse audio, motum præcipuè ex eo quòd ita concepta institutione verbis generalibus, *si quis mihi ex suis heredibus suis esse desierit, liberi eius heredes sunt*, dubitari non potest quin nepos quoque institutus sit. Sed in eo fallebatur quòd existimabat secunda parte legis Velleæ præscriptam illam instituendi nepotis formulam vti his verbis generalibus institutio conciperetur, *si quis mihi suis heres esse desierit*. Id verò profus à veritate alienum est. Etenim, ut sepiùs monuimus, sunt illa verba legis non formulæ institutionis, nec verò ita generaliter institui quilibet suus heres potuisset. Cùm filios primum gradum tenentes non generaliter sed specialiter & nominatim vel institui vel exheredari oporteret. Nepotes verò & deinceps cæteri descendentes per virilem sexum, quamquam inter cæteros & institui & exheredari poterant, cùm & præteriri possent, in proposito tamen nominatim quoque institui aut exheredari eos necesse erat, ut sciretur an nepos an pronepos institutus esset an exheredatus, cùm fieri posset, ut alium instituere testator vellet, alium verò præterire aut exheredare. Vt in hac ipsa specie quam Scæuola tractat, in qua ponit præteritum nepotem, institutum autem pronepotem. Eadem igitur insti-

institutionis huius concipiendæ serè verba sunt quæ Gallus usurpauit ut testator qui filium habet ac nepotem & pronepotem si securè testari volet, ita testetur, *Filius meus heres esto, si filius meus me viuo morietur, aut deportabitur, aut seruus hostium fiet, nepos heres esto, si nepos me viuo morietur aut deportabitur, aut emancipabitur, aut seruus hostium fiet, pronepos heres esto*. Quamuis nec improbem si testator ita concipere condicionem malit, *si filius meus aut si nepos meus heres esse desinet, pronepos heres esto*, ut supradicti illi casus, quos specialiter enumerauimus omnes comprehendantur. Alioqui non ex eo solo quòd lex Vellea generalibus verbis vsa est, *si quis ex suis heredibus suis esse desierit*, ut nulla suppletionem indigeat, credendum tamen est instituto nepote in casum mortis filii qui postea non mortuus sed deportatus aut ab hostibus captus fuerit, in eum quoque casum qui euenit nepotem institutum intelligi. Semper enim illud inspiciendum est quibus verbis & in quem casum concepta institutio sit, nò an ad formulam Galli Aquilij an ad legem Velleam institutio pertineat. Nec quicquam aliud inter hanc & illam interest nisi quòd institutio nepotis Aquiliani non nisi in casum mortis filij fieri poterat si non alios quoque casus ad similitudinem mortis Iurecòsulti suppleuissent, quia de solo casu mortis in proponenda & dictanda formula Gallus locutus fuèrat. Institutio autem nepotis & pronepotis Velleiani citra vllam suppletionem fieri potest specialiter in quemlibet casum quo is qui suus heres erat, suus heres esse desinat, siue mortem filij siue deportationem aut captiuitatem tantum exprimere testator velit. Potest etiam generaliter his verbis, *si suus esse desierit*, ut orationis compendio omnes, & singulos casus condicio complectatur. Et quomodocunque facta sit, id est in quemcunque casum, & in cuiuscunque ex descendantibus fauorem collata sit institutio, pertinet ad legem Velleam quæ aptissimis & generalibus verbis conscripta commodissimè interpretationem talem recipere potest ut eam ad omnes & personas & casus, dummodò à testatore expressos, accommodare liceat.

Ad §. videndum, eiusd. leg.

CAP. III.

Legantissimus est hic §. sed peius quàm superiores omnes ab interpretibus omnibus acceptus. Sic enim vulgò intelligunt, ut si filium apud hostes habens iam testamenti tempore, nepotem ex eo heredem instituas, filius autem post mortem tuam decedat in potestate hostium, nepos in sui quidem heredis locum succedat, sed tamen succedendo non rumpat, quoniam hic quoque casus ad legem Velleam pertineat, verèque dici possit viuo te suum heredem esse desuisse filiù qui apud hostes decesserit, nimirum propter fictionem legis Cornelie, quæ facit ut ciuis Romanus apud hostes decedens prima captiuitatis hora mortuus retro fingatur, idque in omnibus iuris partibus, ut Vlpianus loquitur in l. in omnibus 18. de captiu. & postlim. Quòd aiunt nepotem hunc & in sui heredis locum succedere, & succedendo non rumpere, verissimum sanè est, mihi que in eo cum illis conuenit, sicut & in eo quòd volunt successione hanc nepotis in locum sui heredis factam intelligi viuo testatore, licet non nisi post ipsius mortem captiuus filius apud hostes decesserit. Alioqui certè non pertineret casus hic ad legem Velleam, cuius secundo capite id cautum diximus ut suc-

cedens viuo testatore nepos aut pronepos in locum sui heredis dummodò vtiliter institutus esset aut exheredatus, testamentum nec rumpere. Sed quod rationis loco subiiciunt, propter fictionem legis Cornelia, id verò probare nullo modo possum. Nam si ad fictionem legis Cornelia respicias non tantum viuo testatore & post testamentum, sed iam inde ab ipso instanti captiuitatis & antè quàm testamentum fieret, retrofingendus erit filius in ciuitate decessisse, atque ita eueniet vt casus hic nec ad verba nec ad sententiam legis Vel leæ accommodari possit, quæ non nisi de ea successione locuta est quam & viuo testatore & post testamentum fieri contingat. Nempe quia nec necesse erat prouideri in eum casum quo nepos aut pronepos antè testamentum in sui heredis locum successisset, cum ne quidem præteritus is rumpere sed tantum ius accrescendi haberet, vt diximus ad §. idem credendum, multò minus autem rumpere posset si aut institutus esset aut exheredatus. Porro non est ex interpretibus qui non fateatur Scæuolam in hoc §. quæstionem proponere de filio qui testamenti tempore fuerit in hostium potestate: nam & Scæuolæ verba sic habent, *si filium apud hostes habens, nepotem ex eo heredem instituas.* Quamquam nec aliud iuris esse existimandum est, quòd ad nepotem aut pronepotem attinet, si filius post testamentum ab hostibus captus sit, nisi quod iniustum faceret testamentum si in eo præteritus esset, cum si iam testamenti tempore captus fuisset impunè præteriri potuisset §. in omnibus §. Sed & me illud non parum mouet quod Scæuola, postquam scripsit, posse, licet au denter, dici nepotem hunc de quo tractat, viuo patre suo heredem suum esse desiisse, non illam rationem adfert quam nostri comminiscuntur, & quam si recta esset æquè obuiam habere poterat: *quia per fictionem legis Cornelia pro mortuo habeatur, pater, sed aliam longè diuersam, adeoque contrariam, quia nec redit pater nec redire potest,* quæ sanè inepta sit si patrem pro mortuo habendum Scæuola existimauit. Quid enim necesse erat monere eum qui in ciuitate mortuus esset aut esse fingeretur antequàm ab hostibus caperetur in ciuitatem vel rediisse vel redire nunquam posse? Deinde quamnam obsecro audacia illa est, dicere, filium ab hostibus captum desiisse suum heredem esse viuo patre si ex fictione legis Cornelia iam inde à prima captiuitatis hora mortuus retrofingatur? Nisi fortè audax ille est, qui negat suum heredem esse qui iam mortuus sit vel pro mortuo habendus, aut quisquis fictionem legis Cornelia inducit vt pro mortuo habendum esse dicat eum, qui re vera viuit. Rursum, ex contrario difficile est dicere fictionem legis Cornelia hic locum non habere, cum generaliter proditum sit, præsertim ab Vlpiano in d.l. omnibus, in omnibus partibus iuris eum qui reuersus non est ab hostibus quasi tunc decessisse videri cum captus est. Sed & eo admissio vt legi Cornelia hic locus non sit, illud longè difficilius est: qua ratione fieri possit vt suus heres esse desinat viuo testatore filius qui quandiu pater viuit ab hostibus redire potest, & postliminii iure ciuitatem repetere eademque iura omnia quæ haberet si semper in ciuitate mansisset. Nam si admittas nepotem in proposita specie succedere in locum sui heredis viuo auctore, an non euenire necesse erit vt filio in ciuitatem redeunte viuo auctore, sicque pristinum iustitias recuperante duo sint eodem tempore sui heredes, testatori, aut quod erit longè absurdum, vt nepos qui in locum sui heredis succedendo suus heres factus fuerat, rursus suus heres esse desinat, cuiusque institutio quæ iam sibi locum vindicauerat, quasi priore gradu vacuo, iterum recurrat in

secundum

secundum gradum priore nunc denuò per eum qui antea exclusus fuerat occupato? Et verò non frueretur pleno iure postliminii filius in ciuitatem reuersus si in iure iustitias cum nepote concurreret ob hoc solum quòd medio tempore & tantisper dū filius ipse ab hostibus retineretur, nepos primum locum occupasset. Si enim semper mansisset in ciuitate, quomodo mansisse retrofingitur, solus ille suus heres esset patri, nec nepotem ex se susceptum in eo iure socium admittere cogere: quem sanè nec iuris ratio admitti patitur, cum fieri nequeat vt in iure iustitias nepos cum patre concurrat, non magis quàm vt æquè proximo gradu sint, qui in diuerso gradu sunt. Ideoque verum est patrem quandiu apud hostes est obtare tamen liberis suis propter spem postliminii l. si necem 4. §. si deportatus de bon. libert. Quòd si mortuo demum testatore dicas filium qui ab hostibus captus fuerat, desiisse suum heredem esse quòd ab eo saltem tempore certum sit eum nec in ciuitatem rediisse nec redire posse viuo testatore, facies necessariò vt casus hic ad legem Vel leam non pertineat, quæ, vt diximus, de iis tantum nepotibus & pronepotibus locuta est qui viuo testatore succedentes in locum sui heredis testamentum rumpent l. posthumorum 13. de iniust. rupt. Possis quoque, si voles, etiam ad eos qui post mortem aui aut proau in locum sui heredis successerunt legem extendere per interpretationem, quoniam verba patiuntur quæ sunt generalia, *si quis ex suis heredibus suis heres esse desierit.* Neque enim lex expressit an viuo tantum testatore, an eo etiam mortuo suum heredem esse definire oporteat eum in cuius locum succeditur vt legi locus sit. (Idque est quod ait Scæuola, *nihil enim addidit quo significaret tempus*) Sed si ita legem interpretè, facies contra cæterorum prudentium omnium sententias, quibus visum est posterius hoc legis caput non nisi ad eos nepotes aut pronepotes pertinere qui viuo testatore succedant d.l. posthumorum 13. de iniust. rupt. l. 2. §. j. de vulg. & pupill. substit. l. si hereditas 10. §. qui filium de testam. tutel. l. sed si conditioni 6. §. j. de hered. insti. l. si quis filium 34. C. de inoff. testam. l. 2. C. de liber. præter. Facies etiam contra ipsius Scæuolæ sensum, qui nec in proposita specie, nec proinde alio vllò casu necessarium esse putat inducere hanc interpretationem, cum defendi possit, licet audenter, filium istum de quo quærimus, viuo patre eodemque testatore desiisse suum heredem esse, quamuis post eius mortem decesserit. Nodos istos non est ex interpretibus qui vel supremis digitis attingat, qui autem dissoluat, multò minus. Omnium error vnus ille est, in quo etiam nos aliquando versati sumus, quòd putant fictionem legis Cornelia hic locum habere, ex eaque fieri vt filius ab hostibus captus iam inde ab ipso vltimo libertatis momèto defunctus retrofingatur. Quod tamen falsissimum & à iure alienissimum esse ausim dicere. Illud enim pro certo & explorato haberi oportet, fictionem legis Cornelia inductam non fuisse nec locum sibi vindicare nisi in persona eius de cuius hereditate aut testamentaria aut legitima confirmanda tractari possit. Nam cum eius qui apud hostes decederet dici hereditas non posset, quia seruus hostium esset l. 3. in fin. de verb. signific. atque ita nec testamentum, quando quidem prius est vt hereditatem aliquam relinquere quàm vt testari quis possit, necessarium fuit ferri legem quæ & testamenta eorum, qui in hostium potestate decessissent perinde confirmaret ac si in hostium potestatem nunquam peruenissent, lege Cornelia 12. D. qui testam. facer. poss. l. qui uxorem 15. D. de iniust. rupt. l. j. §. j. D. ad leg. Falcid. l. 4. §. j. De bon. libert. & iis intestatis morientibus, &

h h j

testamentum in ciuitate facere vel nolissent vel non potuissent, legitimas eorum hereditates iis ipsis deferret, quibus delata fuissent in ciuitate decessissent l. j. in princip. D. de suis & legit. l. si his 8. C. de legit. hered. l. bona 22. in princip. D. de captiu. & postlim. Vnde illud est quod dici solet legem Corneliam & hereditatem facere, & heredem, l. filiusfamilias 18. D. ad leg. Falcid. In persona scilicet eius qui si in ciuitate decessisset & hereditatem & heredem habiturus fuisset. Absurdum enim sit dicere per legem Corneliam fieri ut hereditatem aut heredem habeat is qui nulla bona in ciuitate reliquit, nec relinquere potuit, ut eleganter & aperte Iulianus scribit in l. lex Cornelia 28. vers. si verò de vulgar. & pupill. substit. ubi ob hanc ipsam rationem defendit, quod ad rem nostram omnino pertinet, quoties filius viuo patre in cuius familia erat in hostium potestatem peruenit, legi Corneliae locum esse non posse. An quod, ut Cuiacius scripsit lib. 15. obseruat. cap. 17. per eandem legem Corneliam fiat ut viuo patre & filiusfamilias decessisse intelligatur, qui tum filiusfamilias erat cum captus est? Minimè. Ita enim sequeretur in filij quoque familias persona legi Corneliae locum esse, quod disertè Iulianus negat. Sed quia verum est nulla in ciuitate bona reliquisse aut relinquere potuisse filium, qui & quo instanti captus est filiusfamilias fuit, & ab eo tempore seruus hostium factus in seruitute decessit. Neque fictione vlla opus est ut filiusfamilias nulla bona in ciuitate reliquisse videatur, cum re ipsa verissimè sit, nec reliquisse eum vlla, nec relinquere potuisse. Nec rursum possis dicere quod Cuiacius sensisse videtur, fictionem legis Corneliae posse in filiofamilias quoque locum habere, non equidem ut vel hereditatem vel heredem habere fingatur qui nulla bona in ciuitate reliquit, sed hactenus duntaxat, ut ciuis Romanus, & in ciuitate, ac proinde viuo patre decessisse intelligatur. Etenim cum lex Cornelia de confirmandis tantum hereditatibus siue testamentariis, siue legitimis lata sit, quæ ex lege duodecim tabularum propter leuetam capituli diminutionem confirmari non poterant, prorsus consequens est, ut cuius hereditas in ciuitate nulla sit, ad eum neque lex pertineat, neque per interpretationem extendi possit. Adeo autè verum est quod dicimus, legis Corneliae fictionem, & potestatem non nisi ad confirmandas hereditates spectare, ut extrà eam causam nullas prorsus vires habeat, ne iis quidem casibus quibus hereditatem aliquam siue testamentariam siue legitimam ex ea confirmari oporteat. Finge ciuem Romanum & patrefamilias ab hostibus captum apud eos decessisse relicto in ciuitate filio, quem habebat in potestate priusquam caperetur: an erit filius patri heres suus & necessarius? Placet Iuliano in d. l. lege Cornelia 12. qui testam. facer. poss. inuitum quidem eum hereditati obligari perinde ac si & suus heres esset, & necessarius. Sed tamè suum heredem dici non posse, qui in potestate morientis non fuerit, ut dubitandum non sit, si Iuliano credimus abudare dictionem suam in l. apud hostes 8. C. de suis & legi. ab imperito interprete additam, estimante id ipsum quod omnes hactenus malè crediderunt fieri non posse ut filius & inuitus & ignorans sit heres quin sit suus, quod & glossa sentire videtur quæ transmitti eo casu ait hereditatem non aditam ex priuilegio ascendenti & descendenti nullam habere rationem iustitiae. At qui si pater in ciuitate decessisset, haud dubie filius ei suus & necessarius heres extitisset, quia & in patris morientis potestate fuisset. Non ergo legis Corneliae fictio facit, ut in omnibus ac per omnia in ciuitate decessisse videatur qui apud hostes decessit, sed hactenus duntaxat ut quod ad hereditatis causam pertinet, & ad commodum eius de cuius hereditate agitur eadem condicio sit defuncti apud hostes quæ esset si in ciuitate decessisset.

set. Interest autem patrefamilias ut heredem in ciuitate habeat, & quidem qui vel inuitus hereditati obligetur, ut si aere alieno laboret, heredis potius quam defuncti bona publicè distrabantur, sed ut heres ille vel suus sit, vel necessarius dicatur, aut in morientis potestate fuisse intelligatur, nihil interest, quoniam id extrà causam est & necessitatem acquirendæ hereditatis: similiter si ponas ab eo patrefamilias priusquam ab hostibus caperetur scriptum in ciuitate seruum proprium, erit quidem seruus & liber & heres, seu velit seu nolit: sed tamen minùs propriè necessarius dicitur ut ibidem Iulianus ait, quia verum est in morientis domini potestate eum non fuisse, cum is qui antea erat dominus factus postea hostium seruus, alios in potestate sua habere non potuerit. Sic eueniet 21. D. ad leg. Iul. de adult. An non autem seruus in morientis domini potestate fuisset, si dominus eo instanti quo captus est in ciuitate decessisset? Non ergo decessisse retro fingitur quod ad ius potestatis attinet. Et quamuis verum sit quod initio legis scriptum est, testamenta eorum qui in hostium potestate decesserint perinde confirmari lege Cornelia ac si hi qui ea fecissent in potestatem hostium non peruenissent, adeoque hereditatem ex iis ad unumquemque eodem modo pertinere, non tamen afficit ea lex heredem ut suum eum faciat aut necessarium, nisi quod inuitus eum hereditati obligat, si inuitus futurus erat heres testatore in ciuitate mortuo, quoniam eatenus duntaxat interest eius qui apud hostes decessit, & verba illa, *eodem modo*, non ad heredum qualitates & species referenda sunt, sed sic intelligenda, ut voluntarius heres sit ex lege Cornelia qui talis futurus erat ex lege 12. tabularum, inuitus quoque qui inuitus futurus erat. Ut verò qui heres est, suus etiam sit, aut necessarius dicatur, aut in potestate morientis fuisse vel non fuisse existimetur, ad filij potius aut serui, quam ad defuncti patris dominique personam & ius pertinet: ob idque nec de eo lex Cornelia quicquam cauit: neque verò cauere potuit, quia cum tempus mortis iungat tempori captiuitatis, mortis, inquam, naturalis, l. pen. in fin. de vsucap. fieri nequit ut non inspicienda sit mors naturalis cum de lege ista tractatur. In eoque errauit Cuiacius post ceteros ad d. l. lex Cornelia. Alioqui fieret ut filius qui primo captiuitatis paternæ instanti fuisset suus heres, tum durante patris captiuitate decessisset, nihilominus retrofingeretur suus heres fuisse patri, quod tamen falsum est, quia lex Cornelia non desert hereditatem nisi ei qui tunc suus aut proximus agnatus est cum captiuus moritur l. 3. C. de postlim. reuers. non autem mortuo arg. l. quidam 14. de iur. codicill. De quo latius dicturi sumus infra. Ex quo intelligimus quod Vipianus scripsit in dict. l. in omnibus 18. de capt. & postlim. in omnibus partibus iuris eum qui reuersus non est ab hostibus quasi tunc decessisse videri cum ab hostibus captus est, non tam generaliter intelligendum esse ut quod ad omnia, & quod ad omnes personas fictio legis Corneliae semper locum habeat, sed ita potius ut quo casus & in qua persona locum habet, id est in persona eius qui antè captiuitatem patrefamilias fuit, & in causa hereditatis ipsius confirmandæ eadem nec durior sit condicio defuncti apud hostes, & quidem in omnibus iuris partibus, quæ esset si in ciuitate decessisset. Aliud enim est dicere simpliciter, *in omnibus*, aliud *in omnibus partibus iuris*. Hæc verò si ita sunt, ut lex Cornelia ad filiumfamilias nil spectet etiam cum de patris hereditate agitur quæ per eam ipsam legem confirmatur, quia non nisi de patrefamilias locuta est, nec de filiofamilias loqui potuit, quod nulla ipsius hereditas sit quæ confirmatione indigeat, omnino

sequitur, ut iam ad Scæuolam veniamus, filium familias ab hostibus captum & apud eos mortuum non retroingi in ciuitate decessisse, ideòque etiam si prius captus sit quam testaretur auus, qui postea nepotem ex eo filio instituit, non posse tamen videri nepotem in locum sui heredis quasi præmortui iam antè testamentum successisse. In quo sanè errant miserè qui existimantes legis Cornelie fictionem in filij quoque familias persona locum habere, nec tamen eo posito obiectionem effugere valentes, coguntur admittere quod est longè ineptius, legis Cornelie fictionem hinc non integram sed tantum dimidiatam accipi, ut efficiant viri ingeniosi & subtiles, si diis placet, ne ab ipso captiuitatis initio fingatur in ciuitate mortuus filius, sed ab eodem tempore quo auus testatus sit. Quo quid, obsecro, absurdius dici potest? Aut quis fidei huius & monstruosæ fictionis dimidiatæ vnquam meminit? Quod autem subiiciunt posse hinc dimidiatam fictionem sufficere, quia non de hereditatis confirmatione agatur quæ totam, inquit, fictionem requireret, sed tantum de testamento confirmando & ne filius apud hostes mortuus ei ob sit cui obesset si vel tota vel nulla fictio legis Cornelie usurparetur, æquè ineptum est. Nam si totam & integram fictionem usurpares, quid aliud inde fieret nisi quod iam antè testamentum factum mortuus filius, in eiusque locum nepos successisse crederetur? Ex hoc verò quid inferri posset nisi tantò magis testamentum valere in quo nepos primum gradum tenens esset institutus aut exheredatus? Atqui, inquit, lex Vellea testamentum hoc non confirmaret, quia ad eum tantum casum pertinet quo nepos in sui heredis locum post testamentum factum succedat. Fateor, sed neque legis Velleæ auxilio testamentum indigeret quod propriis viribus solaque iuris ratione ita subsisteret ut nec successione nec alio villo casu rumpi vnquam posset. Quomodo enim rumperetur per nepotem institutum, aut exheredatum, qui etiam si præteritus esset non tamen rumperet, sed, ut sapius diximus, rato manente testamento scriptis heredibus accresceret? Alia rursum ex parte si admitteres quod nos volumus, nullam prorsus legis Cornelie fictionem hinc locum habere, quid, rogo, inferri ex eo posset, quod magis testamentum rumperetur? Illud, inquit, quod filio apud hostes post patrem defuncto, nepos in sui heredis locum non nisi auo mortuo succedere videretur, atque ita succedendo rumperet, si verum est quod supra docuimus prudentes omnes sic legem Velleam interpretatos ut ad alios nepotes aut pronepotes non pertineret, quam qui viuo testatore in sui heredis locum succederent. Nego consecutionem. Nam, ut mox dicam, non eò minus verum erit filium qui apud hostes post mortem patris defunctus est, desisse viuo auo suum heredem esse, atque ita locum fecisse nepoti, tametsi legis Cornelie fictio nulla inducatur. Sed quamquam ita esset, dico longè tolerabilius fore si lex Vellea per interpretationem ad eos quoque extendatur qui post mortem testatoris sui heredes esse desierint, cum legis verba non repugnent, imò patiantur, quia sunt generalia, quam si inducamus ut lex Cornelia quæ de solo patrefamilias locuta est, ad filium familias contra iuris, adeoque ipsius fictionis inducendæ rationem porrigatur. Verum enim verò iam tempus est, ut ostendamus qua ratione dici possit filium qui ab hostibus viuo patre captus est antè testamentum, & post patris demum mortem in captiuitate decessit, desisse suum heredem esse viuo patre, ita tamen ut non nisi post testamentum suus esse desierit. Hoc enim est quod præcipuam habet difficultatem. Difficultas

cultas autem ex eo potissimum nascitur, quod alterutrum in proposito fieri necesse est, ut vel ex rei veritate vel ex fictione, non quidem Cornelia quam iam sustulimus, sed postliminii rem æstimemus. Si ex sola rei veritate, apertissimum est eum qui ab hostibus capitur fieri seruum hostium, d. l. 3. in fin. de verbor. signific. l. 3. §. sed & eius D. de honor. possess. & consequenter iuitatis. sicut & cætera libertatis & ciuitatis iura omnia ex ipso captiuitatis instanti amittere. Secundum quod dicendum esset in ea specie de qua disputamus iam inde ab eo tempore quo hic filius ab hostibus captus sit desisse suum heredem esse, locumque nepoti fecisse, priusquam auus testaretur. Proinde verendum non esset ne successione testamentum rumperetur per nepotem, qui iam antè testamentum in sui heredis locum successisset. Sed ne id dici possit obstat fictio postliminii quam Papinianus pereleganter in l. penult. de suis & legit. vocat suspensi iuris constitutionem, quæ licet non faciat quominus is qui ab hostibus captus est interea sit seruus hostium, (hoc ipso enim necessaria illi est postliminii fictio, quod reuera & libertatem & rerum suarum dominium amiserit, cum qui hæc retinent licet in alia prouincia & extrâ patriam morentur, postliminio non indigeant, l. non dubito 7. vbi est textus elegans de captiu. & postlim.) facit tamen ne pro mortuo haberi debeat, quandiu redire potest, quoniam ei quocumque reuerso pristina iura omnia restituit quæ retinisset si semper in ciuitate mansisset, fingitque nunquam fuisse captum qui reuera captus est. Inde fit ut quamuis filius familias in hostium potestate constitutus impune præteriri possit à patre, quia verum sit non esse eum tunc temporis suum heredem qui re ipsa seruus hostium est, quocumque tamen reuersus intestatum faciat patrem, utpote quem ex postfacto appareat non magis præteriri potuisse quam si in ciuitate mansisset reddito ei propter postliminium iure iuitatis quod captiuitas abstulerat, §. in omnibus supr. hac lege l. penult. infr. hoc tit. iunct. l. si si quis filio 6. §. sed si pater de iniust. rupt. Ideò quandiu pendet ac incertum est an ab hostibus rediturus sit necne, illud quoque admitti necesse est ut obstat liberis suis ne sui heredes auo fiant, ut disertè Paulus scribit in l. si necesse 4. §. si deportatus de bon. libert. Nam cum status liberorum eius qui ab hostibus detinetur in pendentem sit quandiu captiuus redire potest l. in bello 12. §. 1. l. bona 22. §. 1. de captiu. & postlim. §. si ab hostibus Instit. quib. mod. ius patr. potest. soluit. fieri certè nequit ut nepos perinde fiat suus heres auo ac si pater iam decessisset, non solum quod si semel factus esset suus heres postea desinere non posset ob id tantum quod reuersus esset pater ab hostibus, quia semel quæsitum ius sui heredis non nisi certis modis iure civili amittitur, inter quos ille non est, si ab hostibus redierit is qui antea suus fuerat: sed etiam quod sperandum potius sit reuersurum in ciuitatem eum qui nunc apud hostes est, quam non reuersurum. Esset siquidem pessimi ominis pro mortuo nec vnquam reuersuro haberi eum, qui apud hostes adhuc viueret arg. l. cum tale 72. in princip. de condic. & demonstr. Nam & ob eam causam receptum videmus ut res quæ apud hostes est veniat in familiæ exercundæ iudicium propter spem postliminii l. item Labeo 22. §. vlt. cum l. seq. D. fam. exercisc. non quia spes ista pro veritate habeatur (cum ex contrario interea seruus hostium sit & habeatur qui ab iis captus est l. si seruus 16. de interrog. in iur. fac.) At quoniam spes illa sit è Republicæ dignitate & vtilitate fore ut aliquando victrix Resp. euadat, & quæ omnia bello amisit bello etiam reci-

piat. Hinc igitur apparet nihil esse propter quod filiusfamilias ab hostibus captus non desinat statim suus heres esse, nisi quod postliminio redire possit, atque ita pristinum locum quem in patris familia tenebat recuperare. Ears facit ut quando pater in ciuitate uiuit, filius autem apud hostes, non desinat filius esse suus heres, quia tandiu fieri potest ut uiuo patre redeat. At cum pater in ciuitate moritur, eo demum instanti, non quo mortuus est, sed quo moritur, certum esse incipit filium qui adhuc apud hostes sit, necdum in ciuitate rediisse, nec uiuo patre redire unquam posse. Ergo saltem ex eo instanti dici potest filium desinare suum heredem esse: & quidem uiuo patre, quonia in istis illud quo pater moritur uitae patris computatur, ut saepissime diximus ex l. qui duos 18. §. 1. l. ult. de fideic. libert. l. ult. de condic. instit. Ut proinde nil sit necesse legem Velleam extendere ad eum casum quo liberi post parentum mortem sui heredes esse desierint, nec rursus inducere legis Corneliae fictionem, ut uiuo patre ius illud iustitiae amissum esse intelligatur. Eaque proculdubio Scaeuolae hoc loco sententia est, itemque Ulpiani in d. l. si quis filio 6. §. 1. de iniust. rupt. in illis uerbis, *nec enim creditur in rebus humanis fuisse, cum in eadem causa decedat*: quae non sic accipi debent ut retro fingatur iam olim mortuus, qui nunquam ab hostibus rediit, sed ut cessante postliminij fictione propterea quod apud hostes decesserit exinde pro nullo habeatur ex quo hostium potitus, id est eorum seruus factus est, non ex retro fictione ulla, sed ex iuris ciuilibus ueritate, quia quod ad ius ciuile attinet serui etiam Romanorum pro nullis & mortuis habentur l. quod attinet 32. l. seruitutem 209. de reg. iur. l. 3. in fin. de stat. homin. l. 1. de iur. delib. multo magis serui hostium. Itaque si quis obiciat, quod unum diluendum superest, fieri posse ut mortuo quoque patre filius in ciuitate redeat, sicque postliminij iure ea omnia recuperet quae per captiuitatem amiserat. In promptu responsio est, nos cum Scaeuola eum casum tractare, quo filius apud hostes decesserit patre iam in ciuitate defuncto, non quo redierit, & consequenter in quo postliminij fictio locum habere non possit. Alioqui certum est captum ab hostibus filium patre mortuo, medio tempore postea reuersum si in potestate patris tempore quo capiebatur fuit, suum fieri heredem §. inter dum Inst. de hered. quae ab intest. defer. l. captum 9. C. de postlim. reuerf. ubi tamen obseruandum est, quod & iam monuimus ad §. si eius supr. dictionem Corneliae esse irreptitiam. Neque enim id fit ex lege Cornelia sed ex iure postliminij. Ius postliminij 14. eod. quod moribus & legibus constitutum esse Paulus scribit in l. postliminiam 19. D. eod. In eoque plenior est fictio postliminij, quam legis Corneliae quae ad sola, ut diximus, hereditatum confirmandarum causam restricta est: fictio enim postliminij ad omnia captiui iura pertinet quae habiturus erat si in ciuitate mansisset, ita ut de ipsius bonis & iuribus nihil prius decernendum sit, quam captum apud hostes mortuum esse cognoscatur l. nec nos 4. C. eod. In hoc §. illud quoque meminisse oportet quod probauimus supr. interpretis non legis esse uerba illa, *in locum suorum sui heredes succedunt*. Sed quod Goueanus existimat in sequentibus illis, *nisi quod licet audenter possis dicere uerbum licet aut uerbum possis abundare, nimis leue est*. Si enim licet non pro uerbo, sed pro aduerbio accipias quomodo accipi debet, sensus est longe elegantior utraque dictione retenta. *Possis dicere*, inquit, Scaeuola, quamuis audenter, uiuo patre, hunc suum heredem esse desuisse. Cur uero audenter? Nimirum, quoniam infringitur quodammodo ius postliminij cum ei qui apud hostes est aliqui d. adimitur irreuocabiliter quamdiu redire potest

ac priusquam certum sit redire eum amplius non posse. Cum, ut proxime dixi, si filius hic tandem ab hostibus rediret, etiam post mortem patris, suus illi heres fuisse uideretur l. 1. d. l. captum 9. C. de postlim. reuerf. Et generale est ut iure postliminij omnia iura ciuitatis in persona captiui in suspensio retineantur, non abrumpantur l. illa institutio 32. §. 1. D. de hered. instit. Porro inter ciuitatis iura, id est quae captiuus haberet si in ciuitate esset, iustitiae ius numerari quis negauerit? Sed Scaeuolam illud mouet quod captiuo tandem apud hostes mortuo ex euentu appareat fictionem postliminij locum non habere, quo secuto uerum est iam inde ab eo instanti quo pater decesserit, sicque uiuo patre, desuisse filium eo uiuo redire posse qui numquam rediit, & in consequentias, iustitiae ius amississe quod propter filij seruitutem re ipsa extinctum, sola postliminij spe iurisque potestate in suspensio retinebatur. Simile quiddam est in l. huic scripturae 15. §. 1. ad leg. Aquil. in illis uerbis, *quia uerum est eum a te occisum tunc cum uulnerabas, quod mortuo eo demum apparuit*.

*An substitutio pupillaris lege Cornelia confirmetur ad l. pater
10. in princip. D. de captiu. &
postlim.*

CAP. IIII.

NTELLIGENTVR melius quae de legis Corneliae fictione proxime diximus contra ueterem interpretum omnium errorem, si questionem hanc quae tres nobilissimos iuris authores dissentientes habuit, longe aliter quam uulgo ab interpretibus factum sit explicemus, & quantum in nobis erit diligenter enarremus. De qua etsi iam satis multa scripsimus lib. 3. cap. 9. iterum tamen tractare eam & retractare nec pudet, nec piget, ut ea emendemus in quibus tum errasse nos, quatenus praesertim aliorum uestigii inhaerere uoluimus, ingenuè nunc & ex bona fide, ut par est, agnoscimus. Quae est de pupillari substitutione: an & quibus casibus ex lege Cornelia confirmetur. Illud primum certissimum & indubitatum iuris est, legem Corneliae quae testamenta eorum confirmat, qui in hostium potestate decesserunt, non solum ad hereditatem ipsorum qui testamenta fecerint pertinere, sed ad omnes hereditates quae ad quemque ex eorum testamento pertinere potuissent si in hostium potestatem non peruissent, ut Iulianus praefatur in l. lex Cornelia 28. De uulg. & pupill. substit. Vnde fit quod ibidem Iulianus subiicit, ut si pater in hostium potestate decesserit filio in ciuitate relicto impubere, & is intra tempus pubertatis in ciuitate defunctus sit, hereditas ad substitutum pupillarem pertineat perinde ac si pater ab hostibus numquam captus fuisset. Neque hic casus dubitationem ullam admittit prima facie uidetur, quia cum pater & filii unum sit testamentum licet sint duae hereditates l. 2. §. prius autem eod. tit. l. paterfamilias 28. de reb. autor. iudic. possid. alias l. 13. de priuil. credit. fieri sane non potest ut a lege Cornelia confirmationem pro parte accipiat, id est quod ad hereditatem patris, quin pupillaris quoque substitutio confirmetur. Aut si quis dicere uelit duo esse testamenta ex l. in ratione 11. §. quod uulgo D. ad leg. falcid. l. 1. §. 1. D. si cui plusquam per leg. falcid. §. 2. Instit. de pupill. substit. illud utique constat duo illa testamenta pro uno haberi tam ciuili iure quam

Prætorio l. patris 20. de vulg. & pup. substit. & secundas, id est pupillares tabulas principalium tabularum partem obtinere videri l. pen. D. testam. que adm. aper. denique patris testamentum pro principali habendum esse, pupillare autem pro accessorio l. ex pupillari 44. de vulg. l. quidam 5. §. vlt. C. de necess. hered. instit. Principali verò confirmato, accessorium quoque confirmari eodemque legis beneficio gaudere necesse est. Non tamen defuerunt qui in proposita specie legitimum heredem admitti dicerent excluso substituto, ratione illa quod secundæ tabulæ locum habere non possent in persona eius qui viuo patre sui iuris effectus fuisset, cum is qui in hostium potestatem peruenit deserit habere filium in potestate nil obstante legis Corneliæ fictione, vt proximo capite diximus ex l. lege Cornelia 12. D. qui testam. facer. poss. Verùm huic sententiæ manifestissima iuris ratio refragatur, quoniam si pater qui non rediit iam tunc decessisse intelligitur ex quo captus est propter fictionem legis Corneliæ, illud omnino consequens est vt substitutio suas vires necessariò teneat, quemadmodum Papinianus disputat in l. pater 10. in princi. de capt. & postlim. Iuliani sententiã in hoc, vt videtur, secutus. Sed indiget hæc Papiniani ratio luce aliqua vt clarior & elegantior fiat. Habet enim, iudicio meo, nescio quid latentis & obscurioris subtilitatis, quo in tellecto apparebit fortasse non idem prorsus Papiniani & Iuliani hac parte iudicium fuisse. Nam ita esto vt Papinianus vult: Patrem qui non rediit iam tunc decessisse intelligi ex quo captus est, & quidem propter fictionem legis Corneliæ, negabo tamen rectam esse consecutionem illam, Ergo substitutio vires suas necessariò tenet. Illa enim semper ratio obstat qua mouebantur ij contrà quos Papinianus disputat, quod verum sit filium cui pupillaris substitutus datus fuerat viuo patre exisse de potestate, quo admissio, aut probato fatendum necessariò est pupillarem substitutionem corrumpere, vel eodem Papin. teste in l. coheredi 41. §. cum filia de vulg. & pupill. substit. Ita autem esse vt quamuis per fictionem legis Corneliæ fingatur pater retromortuus à proximo antè captiuitatem instati, nihilominus exierit filius impubes de patris viui potestate, Probo, quia licet lex Cornelia faciat vt pater videatur ex eo tempore decessisse quo captus est, ac proinde quo habebat filium in potestate, non tamen perinde ex contrario facit vt videatur filius eo tempore fuisse in potestate quo pater mortuus est, aut esse retrofingitur: diuersa nam que fictio hæc est, ad solius heredis personam spectans de quo lex Cornelia nec locuta est nec cogitauit, quia nec heredibus prouidere voluit sed captiuis duntaxat, id est eorum testamentis & hereditatibus, vt superiore capite probauimus ex aperto illo & eleganti textu qui contradictionem non patitur in l. lege Cornelia 12. D. qui testam. facer. poss. Cùm itaque, vt ibi Iulianus scribit, non retrofingatur filius fuisse in patris morientis potestate, ideòque nec ei suus heres sit nec necessarius, licet inuitus hereditati obligetur, an non perpetuò verum est filium patre captiuo superstitem primum, deinde mortuum exisse de patris viui potestate? Cessante siquidem fictione quid superest, nisi vt rem totam ex veritate æstimemus? Quid autè verius, quàm patrem qui seruus hostium factus sit, decessisse habere in potestate filium? Ergo vt Papiniani ratio concludat, supplendum aliquid est quod Papinianus tam certi & indubitati iuris esse sciuerit, vt exprimendum non putauerit, verbis apertioribus, cùm ex specie proposita citra diuinationem conici alioqui possit. Cur enim credamus Papinianum tractare nominatim

de filio impubere instituto, nec adiecisse, vel exheredato, quomodo in §. seq. adiecit ita scribens, si mortuo patre capiatur impubes institutus vel exheredatus: nisi quòd in ea specie quam tractamus multum interfit an impubes filius institutus sit an exheredatus, in sequenti autem nihil omnino interfit? Differentia autem illa perelegans est nec adhuc ab vllò, quòd sciam, interprete obseruata, inter filium institutum, & exheredatum, quòd cùm filius institutus est & post patris captiuum mortem decedit, licet non retrofingatur fuisse in patris morientis potestate sicut nec si exheredatus esset, retrofingitur tamen heres fuisse & quidem inuitus quamquam nõ necessarius ab eo instanti quo pater decessisse intelligitur, id est quo captus fuit d. l. lege Cornelia. Neque enim lex Cornelia retrofingere potest mortuum eo instanti testatorè, iungendò morti tempora captiuitatis, vt scriptum est in l. penult. in fin. de vsucap. nec inducere hereditatem vt Thryphoninus loquitur in l. in bello 12. §. j. de captiu. & postlim. quin eodem ipso instanti inducat heredem, cui hereditatem deferre possit, siue testamentarium, si tunc superstes sit, cùm testator moritur, siue legitimum, hoc est filiũ aut agnatũ qui eo tempore proximior reperitur l. nec nos præterit 3. C. de postlim. reuers. Porro nõ potest filius impubes institutus retrofingi heres patris ab eo tempore quo pater ab hostibus captus est quin ab eo quoque tempore patrem pro mortuo habere cogatur. Alioqui viuentis heres fuisse retrofingetur, quòd cùm per absurdũ sit non magis per fictionem fieri potest quàm ipsa rei veritate. Nec igitur de viui patris potestate propter patris infortuniũ exisse videri debet, qui patris heres fuisse intelligitur priusquàm pater ab hostibus caperetur. Proinde filio instituto concludit optimè & necessariò Papiniani ratio, substitutionem pupillarem vires suas tenere, propterea quòd pater qui non rediit iam tunc decessisse intelligatur: dummodò suppleas, quod ex filij institutione omnino sequitur, *Et filius ab eodem tempore patri heres fuisse videatur etiam inuitus*, d. l. lege Cornelia 12. qui test. facer. poss. adeòque ignorans, l. apud hostes 8. C. de suis & legit. At filio impubere exheredato aliud est, quia fictio legis Corneliæ nullomodo eum afficit, quippe qui nec captiuus fuerit, nec captiuus heres. Exclusa autem fictionis potestate, relinquitur ex veritate rei, vt filius viuo patre in potestate esse deserit ex quo tempore pater ab hostibus captus fuit, atque ita pupillarem substitutionem quæ initio inspecto non minùs exheredato quàm instituto filio fieri potuerat euanescere necesse est. Hancque differentiam nõ obscurè, vt dixi, Papinianus innuit cùm ponit filium institutum. Nam cùm ea lex sit ex Quæstionum non, Responsorum libris non possis dicere loqui eũ de instituto quia ita ex facto incidisset. Estque probabile fuisse eũ dictionem illã instituto, prætermisurum, aut æquè additurũ vel exheredato, si institutũ ab exheredato nihil hac parte distare credidisset. Exemplo eius quòd in §. seq. tractans de impubere capto post mortem patris, tam de exheredato quàm de instituto locutus est, quia nimirum eo casu nihil interest an institutus sit filius an exheredatus. Ad eum siquidem patrem familias factum & captiuum lex Cornelia pertinet vt propria ipsius hereditatem confirmet quam in ciuitate reliquisset, licet exheredatus, si in ciuitate decessisset. In eoque prius lapsus est viri doctissimi Iacobi Cuiacij qui libr. 15. Obser. cap. 17. nihil interesse existimat an instituto an exheredato impuberi datus sit substitutus: & vtroque casu substitutionem pupillarem valere, confirmatis scilicet per legem Corneliã secundis tabulis. Decepit eum, ni fallor, quod Iulianus

in d.l. lex Cornelia 28. de vulg. nil distinguit an institutus sit filius an exheredatus, sed generaliter scribit mortuo impubere in ciuitate post patrem apud hostes defunctum pupilli hereditatem ad substitutum pertinere. Verum nichil vetat Iuliani sententiam ex necessaria iuris ratione ad eum casum restringere quo solo defendi possit, eumque ex Papiniano interpretari ne vltro dissentientes eos faciamus quos conciliare commodè liceat: præsertim cum & quoties de substitutione impuberi facta tractantes Iureconsultos legimus, si filium institutum ponere debeamus. Cur non enim id præsumamus cum & filius in potestate cui soli substitui pupillariter potest, ipso iure heres sit siue ex testamento siue ab intestato, nisi cum est exheredatus? l. j. §. qui sunt in potestate D. si quis omiff. caus. testam. Sic in l. iam hoc iure 4. eod. tit. de vulg. & pupill. substit. generaliter scriptum est substitutionem pupillarem factam in vnũ casũ trahi ex constitutione Marci ad alterum: cum tamen si proponas factam exheredato fieri nequeat vt vel expressè vel tacitè casum illum contineat, si heres filius non erit, qui est exheredatus. Sic in l. verbis ciuilibus 7. eod. negat Papinianus substitutione verbis ciuilibus post decimum quartum annum frustra facta de bere admitti vt coheredè qui tanquã substitutus admitti nõ potest, ne, inquit, fiat contra voluntatem si filius non habeat totum interim quod pater ei testamento de dit. Quæ ratio accotomodari non potest ad substitutione exheredato factam, quamuis verba præcedentia sint generalia & iadistincta. Denique passim occurrunt innumeri iuris loci quibus id ipsa probari possit. Quin & in ea ipsa Iuliani lege de qua agimus apparet satis tractare eum de filio instituto qui paternam hereditatem sperare potuerit, cum in postremis verbis ita scribit, patris hereditas ex lege duodecim tabularum non filij ex lege Cornelia ad agnatum proximum pertinet. Id enim significat, paterna bona illo casu acquiri agnato proximo tanquam paterna non tanquam ea quæ iam à patre in filium peruenerint. Quomodo autem peruenire potuissent si filius exheredatus fuisset? Atque hæc quidem de prima Papiniani quæstione dixisse sufficiat, de qua superioribus libris nihil scripseramus, quod nondum loci elegantiam & sententiam compertam haberemus.

*Iuliani à Scauola & Papiniani ab utroque in eadem quæstione
dissentio, Ad §. vlt. d. l. pater de capt.
& postlim.*

CAP. V.

SEQVITVR apud Iulianum & Papinianum in d. l. lex Cornelia 28. de vulg. & pupill. substit. & in d. l. pater 10. §. vlt. de captiu. & postlim. alius casus longè dubitabilior, Si patre in ciuitate iam mortuo filius impubes siue institutus siue exheredatus cui pupillaris substitutus datus fuerat, ab hostibus captus sit, & apud eos decesserit, An pupillaris substitutio ex lege Cornelia confirmetur? Iulianus putat non incommodè dici (sic enim legendum est non vt in Florentin. non commodè vt sequentia ostendunt) hereditatem pupilli ex ea lege, videlicet Cornelia ad substitutos pertinere. Papinianus contrà, *In promptu est*, inquit, *dicere legem Corneliam de tabularum*

bulis secundis nihil locutam eius duntaxat personam demonstrasse qui testamenti factionem habuisset. Quæ & Scauolæ sententia fuisse videtur. Is namque in lege si pater captus 29. de vulg. tractans speciem longè minùs dubiam, de patre capto ab hostibus mox filio & ibi ambobus defunctis, licet priore patre, negat legem Corneliam ad pupilli substitutionem pertinere, nisi, inquit, reuersus in ciuitate impubes decedat, (quod tamen contingere non potest vtrisque iam apud hostes mortuis) nam si eo casu quo pater quoque ab hostibus captus est, & quo necessaria sit potestas legis Corneliæ ad paterni testamenti confirmationem, non putat tamen Scauola pupillares tabulas ex lege Cornelia confirmari posse, haud dubiè multò minùs ille admiserit confirmari posse eo casu de quo agimus, hoc est quo patre in ciuitate mortuo, testamentum ipsius nulla confirmatione indigeat, & solius impuberis fauore legis fictionem cum Iuliano inducere quis velit. Rectamque consecutionem esse vel ex eo maximè apparet quod Papinianus qui solo impubere post patris mortem capto non patitur ex lege Cornelia confirmari pupillares tabulas, idem tamen admittit vtroque ab hostibus capto, & apud hostes, sed patre priore mortuo, legem Corneliã substituto sufficere in l. quod si filius 11. §. vlt. eod. tit. de captiu. & postlim. in eo nimirum apertissimè, vt postea probabimus, dissentiens à Scauola: nisi eam emendationem admittas quam nos ad Scauolam proponemus infra. Nunc enim sic disputamus ac si nihil emendandum esset, quia & cum iis contendimus qui receptæ lectionis mendum non agnouerunt. Ergo nec dubitandum est, quin Scauola qui quod facilius erat non admisit, multò magis Iuliano contradicturus fuerit, id quod difficilius erat inducere volenti. Et sanè vix est vt ad illam Papiniani rationem quam Scauolæ quoque fuisse necesse est, pro Iuliano rectè respondere quisquam possit. Si enim verum est legem Corneliam non solùm de secundis tabulis nil locutam esse, sed etiam eius duntaxat & specialiter personam demonstrasse qui testamenti factionem habuisset, qua, obsecro, ratione fieri possit vt ex ea lege pupilli hereditas ad substitutos pertineat? Nam & hoc casu cessat ratio illa qua Iulianus in præcedentibus mouebatur, quod lex Cornelia non tantùm testamenta & hereditates captiuorum confirmet, sed etiam hereditates omnes quæ ad quemque ex eorum testamento peruenire potuissent, cum in proposito patris qui captiuus numquam fuit testamentum nulla egeat confirmatione, nec proinde agatur hæc de secundis tabulis quasi accessoriis in consequentiam paterni testamenti confirmandis, sed de illo potiùs, An solæ confirmari possint per legem quæ de iis nec locuta est, nec per interpretatione intelligi commodè potest, quandoquidem expressa verbis legis & demonstrata persona eius qui testamenti factionem habeat, hoc ipso exclusa est persona impuberis, quem constat testamenti factionem non habere. Nisi fortè pro Iuliano dicas quod mouisse illum videtur mentem legis potiùs quàm verba spectanda esse, parùmque referre an testamenti quis factionem habeat necne, dummodò possit cum testamento decedere, quod in pupillo euenit cui testamentum à patre factum est d. l. 2. de vulg. & pupill. substit. l. Papinianus 8. §. sed nec impuberis D. de inoffi. testam. Cur non ergo impuberis quoque testamentaria hereditas per legem Corneliã confirmabitur, maximè cū legitima confirmetur? Sed ego pro Scauola & Papiniano respõdebo, longè diuersam esse hac parte successionis testamentariæ & legitimæ rationem: legitimam

hereditatem eius quoque hominis dici qui testamenti factionem non habeat: nam & intestatum esse eum qui testamentum non fecerit cum facere posset, multo magis cum non posset. l. i. de suis & legit. l. intestatus 64. de verb. signifi. ideoque legem Corneliam qua parte egit de confirmandis legitimis hereditatibus non demonstrasse personam eius qui testamenti factionem habuisset: testamentariam vero hereditatem licet eius sit qui cum testamento decesserit, siue testamenti factionem ipse habuerit siue non, eo tamen solo casu à lege Cornelia disertis verbis confirmatam, quo testamenti factionem defunctus habuisset: proinde non posse solo interpretationis auxilio nisi aliud potentius accedat, ad impuberem extendi, verbis scilicet repugnantibus. arg. l. talem 15. in fin. de hered. instit. Non quod lex Cornelia expressè prohibuerit ne pupillares tabulae solae confirmari possint primis confirmatione non indigentibus. Sed quod absurda prorsus futura sit illa interpretatio, si quod lex ait, *si testamenti factionem paterfamilias habuit*, tu sic intelligas & interpretè, *id est siue testamenti factionem habuerit, siue non*. Ista enim additio & supplementio esset, non interpretatio. Iurisconsulti autem est, ut sapientius monuimus, interpretari non supplere. Ac quemadmodum ex eo quod constitutiones dant heredem filiofamilias militi si de peculio castrèsi testatus sit, non possis inferre, habiturum ergo eum heredem ab intestato, quia imò verò peculium castrèse iure peculij non hereditatis ad patrem tunc pertinet. l. 1. & 2. de castrens. pecul. ita & in proposito non possis dicere lege Cornelia confirmari pupillarem substitutionem, aut fingi impuberem cui pater testamentum fecit decessisse in ciuitate, ob id solum quod legitima pupilli hereditas per eam legem confirmetur. Praesertim cum tantò difficilior sit confirmari testamentariam hereditatem quam legitimam, quanto difficilior est testatum decedere quam intestatum. Et tamen sic Iulianus legem interpretatus videtur in dict. l. lex Cornelia ac si lex solius patrisfamilias non etiam testamenti factionem habentis personam demonstrasset. Nam & in l. bona eorum 22. de capt. & postlim. quae eiusdem Iuliani est ex eodem, sexagesimo secundo scilicet Digestorum libro, generaliter scriptum legimus bona eorum qui in hostium potestatem peruenerint, atque ibi decesserint, siue testamenti factionem habuerint, siue non habuerint ad eos pertinere ad quos pertinerent si in potestatem hostium non peruissent, quo tamen loco palam est de lege Cornelia tractari generaliter, id est tam in causa testati quam intestati. Enimvero si aequitatem amamus longè fauorabilior est haec Iuliani sententia quae pupillare testamentum tuetur, cum pupilli inter sit testamentarium potius quam legitimum habere successorem. l. Iulianus 42. aliàs l. si pupillus de acquir. hered. Cur enim caetera testamenta omnia lege Cornelia confirmantur, solum pupillare, quod omnium fauorabilissimum est, non confirmetur? Vix enim est ut in alterius quam impuberis persona vnquam eueniat cum testamento decedere eum qui ipse testamenti factionem non habeat, nisi quod Iustin. in l. humanitatis 9. C. de impub. & aliis subst. constituit ad exemplum pupilli ut etiam mente capto filio testamentum facere, & heredem dare pater possit. Ut dubitari non oporteat quin lex Cornelia cum eius personam demonstrat qui testamenti factionem habuisset, de impubere tum non cogitasse videatur, sed id egisse potius ne omnia omnium testamenta confirmare crederetur, at illa tantum quae valerent testatore in ciuitate moriente, hoc est quae ab iis facta essent.

essent, qui testamenti factionem habuissent. Itaque Papinianus nec legis verba praetextu aequitatis tam facile & audacter violanda esse ratus, nec ipsis quoque tam pertinaciter haerendum, ut contra manifestissimam aequitatis rationem quicquam decernatur, mediam sententiam induxit, ut in proposta specie pupillaris quidem substitutio per legem Corneliam non confirmetur, in eo Scauolae consentiens qui stricti iuris religiosior semper fuit, sed tamen utiles actiones hereditariae substituto dentur per Praetorem, ad cuius officium pertineat, non minus subsequi patris quam legis voluntatem, id est, non minorem rationem habere substituti pupillaris qui expressa patris voluntate nitatur, quam habiturus esset si per eam legem pupillaris substitutio confirmaretur. Atqui si lex Cornelia pupillarem substitutionem confirmaret non denegaret Praetor actiones quales dare potest, id est utiles (directas enim non dat nisi lex ipsa quae heredem facit) ei quem lex Cornelia heredem fecisset: nam & legum quoque tuendarum causa bonorum possessionem dare Praetor solet. l. sed cum patrono 6. §. penult. de bonor. possess. Quidni ergo tueatur Praetor substitutum pupillarem datis illi utilibus actionibus? cum in eo nihil facturus sit contra legem, sed tantum praeter legem: sufficiat autem nihil eum contra legem facere, licet quod facit nec ex verbis nec ex mente legis faciat, ut scripsimus supra ex l. nec non 28. §. quoad eius D. ex quib. caus. maior. Quanquam non repugnabo si voles etiam Papinianum sic intelligere, ut Praetor dando utiles actiones pupillari substituto, & patris voluntatem subsequatur & legis: patris quidem expressam, legis vero non tacitam quae ex verbis expressis colligi possit, sed subintellectam, hoc est, quam dubitandum non sit legem expressuram fuisse si de pupillo cogitasset, cum quod ad legitimam pupilli hereditatem attinet certum sit eam lege Cornelia confirmari. Huic enim interpretationi conuenire illud videtur, quod postea quam ita Papinianus scripsit, *Planè captiui etiam impuberis legitimam hereditatem per legem Corneliam deferri, quoniam verum est ne impuberem quidem factionem testamenti habuisse*, subiicit statim, *& ideo non est alienum Praetorem subsequi non minus patris quam legis voluntatem, & utiles actiones in hereditatem substituto dare*. Nisi malis, quod fortasse probabilius fuerit, hunc Papiniani sensum esse ut non minus fauere debeat Praetor voluntati patris cum is filio impuberi testamentum fecit, quam voluntati legis Corneliae cum pupillus intestatus decessit. Atqui legitimo pupilli heredi daret Praetor utiles actiones, sicut & alij cuilibet quem lex duodecim tabularum heredem fecisset, quia eo casu pupillus ex lege Cornelia in ciuitate decessisse retrofingetur. Ergo & testamentario heredi dare debet, eadem scilicet fictione ad tuendam patris voluntatem inducta. Illud sanè nunquam admittam quod Cuiacius ait dari à Praetore utiles actiones substituto pupillari ex mente legis Corneliae. Nam si ea mens legis esset, quomodo eam esse Iulianus putabat, dicendum esset hereditatem pupilli ex illa lege ad substitutum pertinere, ut Iulianus loquitur, nec esset necessarium Praetoris auxiliium, quod tamè Papinianus omnimodo requirit, utpote deficiente legis potestate. Quæadmodum enim in fraudem legis facere dicitur qui saluis verbis legis sententiam eius circumuenit. l. contra 29. c. seq. D. de leg. ita in contrarium ex lege fieri dicendum est quicquid sit ex legis vi & potestate licet ex eius verbis non fiat. l. scire leges 17. eod. Vnde neque illud nunc admittere possum quod aliàs existimabam cum omnibus interpretibus. verba illa Iuliani *ex ea lege* sic accipi debere ut pupillaris

substitutus admittatur ex legis Corneliae fictione per Praetorem ampliata non autem ex ipsius legis potestate. Nam praeter id quod Iulianus Praetoris auxilium nullomodo implorat ut substituto faueat, apparet satis sic eum loqui ut solius legis non etiam Praetoriae iurisdictionis potestatem intelligat. At enim, *hereditatem eius ex ea lege ad substitutos pertinere*. Hereditas autem nulla esse potest captiui impuberis nisi quam lex Cornelia faciat, quae & hereditatem inducit & heredem l. filiusfamilias 18. ad leg. falcid. l. in bello 12. §. 1. de captiu. & postlim. siquidem Praetor heredem facere non potest §. quos autem Instit. de bonor. poss. Ergo neque heredem. Quare nec Papinianus sic loquitur ut dicat Praetorem debere testamentariam pupilli hereditatem confirmare, quae sane nulla est cessante legis Corneliae potestate quae sola eam facere poterat: aut substituto accommodare utilem petitionem hereditatis ex testamento (nam ne hoc quidem Praetor facere potest, cum nulla sit ex testamento hereditas) sed tantum, *utiles actiones in hereditatem substituto dare*. Nepe quoniam impuberis aliqua hereditas est, nimirum legitima quae per ipsam legem Cornelianam constituitur: in eam igitur hereditatem dabit Praetor substituto utiles actiones, id est, dabit ei bonorum possessionem secundum tabulas cum re quae legitimi heredis per eandem legem constituti ius inane reddat & inutile. Concurrente enim favore testamentarii heredis & legitimi, testamentario fauere potius debet Praetor, quam legitimum, ut non minus patris quam legis voluntate subsequatur. Non ait Papin. Praetorem debere utiles actiones dare substituto, *in herede sed in hereditatem*, quia licet lex Cornelia facere non possit hereditatem pupillo legitimam quin eodem instanti faciat etiam legitimam heredem, implicaret tamen contradictionem ut Praetor praerferret heredem testamentarium, & legitimum nihilominus agnosceret: neque enim legitimus heres esse quisquam potest, quando testamētarij ratio aliqua habetur: nec qui agit tanquam heres agere potest contra heredem sed contra possessorem qui pro herede aut pro possessore possideat l. regulariter 9. l. pro herede 11. de petit. hered. Itaque pupillaris hic substitutus vel petet à Praetore bonorum possessionem secundum tabulas pupillares priusquam agnatus proximus factus sit possessor hereditatis, vel postea: si autem, non patietur Praetor molestiam ei fieri ab agnato proximo quem nec pro legitimo herede habebit: si potest, iubebit utiles esse actiones quas substitutus hic exercebit siue contra possessorem hereditatis agat, siue contra debitores hereditarios, quemadmodum euenit cum filio emancipato praeterito aut ab intestato Praetor dat bonorum possessionem contra tabulas in necem heredis instituti, aut Vnde liberi ad exclusionem legitimi heredis: item cum ex constitutione Hadriani tuetur heredem scriptum in eo testamento quod agnacione posthumi ante patrem defuncti ruptum fuerat l. posthumus 12. De iniust. rupt. Quamquam digna certe res erat quae rescripto aliquo Imperatoris aut induceretur aut confirmaretur, cum & in specie d. l. posthumus Hadriani rescriptum necessarium fuerit, nec sine eo licuisset Praetori usque adeo testamento fauere ut agnati proximi quem lex duodecim tabularum ad intestati patrisfamilias hereditatem vocabat, ius infringeret, sicuti ad eum locum scripsimus §. Audax ergo Papinianus, & fortassis audacior quam Iureconsulto par fuerit, qui tantum sibi adrogauit ut Praetori quodammodo inducendi heredis testamentarii, & remouendi legitimi ius dederit. Quid enim interest an lex Cornelia substitutum pupillarem heredem faciat, an Praetor utiles illi det actiones? Nisi quod

quod Cornelia lex quemadmodum heredem verum facit, ita & directas velutque daret actiones quas Praetor utiles tantum dat & fictitias. At effectu ipsa paria sunt directas actiones habere, & utiles l. actio 47. de negot. gest. Heredem esse & bonorum possessorem l. 1. 2. 3. §. 1. de bonor. poss. Dixi ex lege Cornelia competere directas & veras actiones non utiles & fictitias, ut resellam Cuiacij sententiam qui ut Papinianum cum Iuliano conciliet scribit utiles illas actiones quas à Praetore dandas esse Papinianus vult, dari ex lege Cornelia, quasi non possit illa nisi fictitias actiones inducere quae per fictionem inducit hereditatem contra legem duodecim tabularum. Nam licet lex fingat in ciuitate mortuum qui reuera apud hostes mortuus est, facit tamen veram hereditatem non fictam, verum heredem non fictum, veras igitur actiones & directas non fictas. Perinde enim potuit lex Cornelia heredem facere atque lex duodecim tabularum. Sicut potuit, ita voluit, cur non ergo fecerit? Nam & ob hanc causam ista legis fictio iuris ratio appellatur à Papiniano in d. l. pater in princi. quod fieri non posset nisi in iis omnibus quae ad ius pertinent eandem lex Cornelia quam caeterae leges vim & potestatem haberet. Fatendum itaque est dissentisse Iulianum à Scaeuola, Papinianum autem ab utroque. De Iuliano non dubitauit qui in illis verbis, *non incommode dicitur, reposuit, non commode*. Prorsus incommode ut sequens distinctionis pars ostendit, in qua cum diuersum ius Iulianus constituat, fictioni tamen & potestati legis Corneliae locum esse negat. De Scaeuola & Papiniano non reperio ex interpretibus qui dissentire eos ante me obseruauerit. Ad eum omnes aut dissimularunt mala fide, aut non intellexerunt. Quod verò idem vir doctissimus apud Papinianum pro, *quoniam, legit, quamquam*, id nos iam superioribus libris & bene & abunde refutauimus.

Ad l. quod si filius 11. eod. tit.

C A P. VI.

ER T I A est à Papiniano tractata ad eandem quaestionem pertinens, De pupillaribus tabulis ex lege Cornelia confirmandis. Si filius impubes cui substitutus datus fuit in ciuitate moriatur patre quidem iam capto ab hostibus, sed priusquam is apud hostes moreretur. De qua sane obscurum est quid Papinianus sentiat. Sic enim scribit, *Quod si filius ante moriatur in ciuitate, nihil est quod de secundis tabulis tractari possit, siue quoniam viuo patre filiusfamilias mori intelligitur, siue quoniam non reuerso eo exinde sui iuris videatur fuisse ex quo pater hostium potitus est*. Accursius, Bartolus, caeterique veteres omnes quos & sequutus est Anton. Goueanus ad l. lex Cornelia 28. de vulg. & pupill. substit. eam Papiniani sententiam esse putarunt ut pupillares tabulae neutro casu valeant, quia reuerso patre filius interea mortuus in ciuitate filiusfamilias decessisse intelligatur propter ius postliminij, ut idem Papin. scribit in l. penult. D. de suis & legit. l. 1. §. 1. ad SC. Maced. §. si ab hostibus Instit. quib. mod. ius patr. potest. soluit. l. in bello 12. §. 1. l. bona 22. §. quod filius hoc eod. tit. de captiu. & postlim. Mortuo autem patre apud hostes exinde videatur sui iuris fuisse filius ex quo pater hostium potitus est, atque ita de viui patris potestate exiisse. Constat enim corruere pupillares tabulas si in patris potestate filius non sit eo tempore quo pater moritur. l. coheredi 41. §. cum filia de vulg. & pupill. substit. At

ex recentioribus vir longè doctissimus Iacobus Cuiacius, qui quoniam nihil ferè intactum reliquit, à nobis sæpiùs nominandus quàm probandus est, cõtrà existimauit, nõ reuerso patre pupillares tabulas valere propter fictione legis Corneliæ: reuerso tamen eo non valere, vtrũq; autè Papiniano tã certum & indubitatum fuisse, vt de eo tractari, id est disputari & cõtrouerti posse non crediderit, ita intelligens verba illa, *nihil est quod de secundis tabulis tractari possit*, q̄, inquit, tractatio sit rei difficilis & controuersa, nõ rei certæ & confessæ. Mouetur ratione pereleganti prima facie, nec iis quoq; incognita qui contrã sentiunt, necdũ tamen, q̄ magis mirum est, ab ipsis euersa. Ait ille, Patre quãdocunq; apud hostes mortuo filiũ interea defunctũ in ciuitate intelligi effectũ sui iuris p̄ mortẽ patris licet prior filius decesserit, propterea q̄ lex Cornelia fingat antiquiorem & priorem fuisse patris mortem quãuis reuera posterior fuerit, idque Papinianum sibi velle cum ait, *quoniam nõ reuerso eo exinde sui iuris videatur fuisse ex quo pater hostium potitus est*. Goueanus cuius potissimum subtilitate dilui obiectio debuerat, quasi nec videat, tacet. Accursius verò hæsitat vtrum probare debeat sententiam Bulgari qui in verbis illis negationem deesse putabat, legendũque, *sui iuris non videatur fuisse*. An verò retenta vulgari lectione rationem illam Papiniani non pro potitiua, sed, vt ipse loquitur, pro remotiua accipere quasi falsa, quòd, inquit, verum non sit filium videri exisse de patris potestate per mortem patris neque ex quo pater captus sit: alioqui valerent pupillares tabulæ ac de iis tractandum esset, quòd tamen Papin. negat. Ego verò quid Bulgarus & Accursius sibi velint non intelligo. Nam si posteriorẽ hanc Papiniani rationem cũ negatione legas, efficies vt ratio sit falsissima: ineptus autem Papinianus qui si ratio vera esset priore contentus esse debuerat, & siue reuerso, siue non reuerso patre, tabulas pupillares hoc vno argumento sublatas dicere quòd impubes filiusfamilias decessisset. At si propiùs inspicias, negare non possis quin patre apud hostes mortuo filius exinde sui iuris fuisse videatur ex quo pater ab hostibus captus fuit. Siquidem captiuitate patriã potestatem amitti constat, eadẽq; sola postliminij non etiam legis Corneliæ fictione recuperari, cum is qui captus est re vera fiat seruus hostiũ, seruus autè qui in aliena potestate est alios in sua habere non possit, vt tam sæpe iam inculcauimus in superioribus. Recta igitur ratio est, propter quam pupillaris substitutio corruisse intelligatur, quia certum est filio patris viui potestatem egresso pupillarem substitutionem non posse subsistere. Quòd etiam pertinet quòd idem Papin. scribit in d. l. penult. de suis & legit. moriente patre apud hostes defunctum iam in ciuitate filium patremfamilias decessisse credendum, quamuis patria potestate non fuerit in plenum quandiu vixit liberatus, itaque heredem eum habiturum. Quòd quanquam admitto ita accipi debere vt ab intestato duntaxat eum etiam ex testamento heredem habere possit, non tamen facit ea res quominus factò quoque ipsi per patrem testamento credendus sit paterfamilias decessisse qui in ciuitate antè patrem captiuum decesserit. Nam ne testamentarium heredem habere possit illud impedit, quòd si pubes fuit, non potuerit testari tanquam incertus de suo statu pendente scilicet propter spẽ postliminij quæ durat quandiu pater apud hostes viuit l. qui testamento 14. cũ seq. D. qui testã. facer. poss. Si impubes, nõ quidẽ ratio eadẽ illi obstat, sed alia q̄ iã inde viuo patre paterfamilias factò intelligatur: quarũ tamen rationũ neutra facere potest quin sit locus successioni intestati, quæ

vt

vt inducatur sufficit eũ de cuius bonis agitur patremfamilias decessisse. Proinde ridiculus est Accursius, qui filium hunc in ciuitate medio tempore defunctum hæcenus duntaxat pro patrefamilias habendũ esse vult vt heredem legitimum & ab intestato habere possit non etiam quòd ad pupillares tabulas pertinet. Quasi vno respectu paterfamilias, alio filiusfamilias fuerit, quòd absurdissimum est. Nec subtilior hac parte Goueanus, qui arctioribus vinculis & iure strictiore teneri ait testamentarias quàm legitimas hereditates. Nisi fortè ad id respicere voluit quòd difficilius est testatum decedere quàm intestatum. In quo nihil est quòd mirum videri debeat cum testamenta ex multis solennitatibus constent, quæ ad intestati successionem nil pertinent, propterea quòd in testamentis factum hominis interuenit, ab intestato autè sola potestas legis, cuius proprium est non sibi sed hominibus legem, & parendi necessitatem imponere. Nam & inde fit quòd idem Goueanus pro sententia sua confirmanda subiicit, vt posthumum alienum heredem ex testamento habere non possim, legitimum tamen possim l. antepen. de legat. j. Nempe quia testantis iudicium certum esse debet cuiusmodi esse non potest quòd in personam incertã aut incertæ similem qualis est posthumus confertur. Legis verò iudicium non nisi certum esse potest quæ semper agnato proximo hereditatem defert, non eò minus autem proximus agnatus est is, qui posthumus quoque est, quandoquidem quòd ad iura legitimarum hereditatum attinet, qui in vtero est pro iam nato habetur ex iuris regula l. penult. De stat. homin. Illud igitur videndum est cur Bulgarus, Accursius, & ceteri in eas angustias se cõiciant vt nõ aliter defendi posse putent quòd Papinianus ait non reuerso patre substitutione pupillarem corruere quàm si negent exinde filium videri sui iuris fuisse ex quo pater ab hostibus captus est. Nimirum quoniã, vt Accursius ipse fatetur, non possis fingere filium exinde sui iuris fuisse quin pariter fingas ex lege Cornelia patrem præmortuum, quo tamen admissio fit necessariò consequens, vt pupillaris substitutio valeat, quasi filio per patris mortẽ à patria potestate liberato. Quæ ipsa Cuiacij ratio est: in hoc tamen apertè claudicans, quòd putant fictioni Corneliæ tribuendũ esse, vt filius exinde sui iuris fuisse dicatur, ex quo pater ab hostibus captus est. Cũ ex contrario nihil sit apertius quàm fieri id ex mera rei factique veritate, quoniam verum est & seruum hostium esse eũ qui ab hostibus captus sit, & eum qui in aliena potestate sit, alios in sua, vt iam diximus, habere non posse. Non quidem prorsus abruptum est ius patriæ potestatis propter spem postliminij quæ omnia iura in suspenso retinet l. illa institutio 32. §. j. de hered. inst. Sed tamen quandiu fictio postliminij locum non habet, ac multò magis ex quo constat locum ampliùs habere eam non posse patre apud hostes mortuo, veritati necessariò standum est, & eo saltem tempore quo filij status pèdère desit, admittendum incunctanter, exinde filium sui iuris factum esse ex quo pater hostium potitus sit. Neque verò Papinianus sic loquitur vt dicat intelligi filium morte patris sui iuris effectum, in quo isti omnes falluntur, sed patris captiuitate, quam, mortuo postea illo apud hostes, postliminij fictio delere non potuerit: vt inferamus viuo patre exiisse filium de potestate, & consequenter pupillares tabulas euantuisse. Id enim proculdubio Papin. significat, cum ait nihil esse quòd de secundis tabulis tractari possit: eas scilicet nullo casu valere siue reuerso siue non reuerso patre, in eoque cum Accursio, & veteribus omnibus contrã Cuiacium (quæ iam superioribus annis

k k j

mea fuit opinio) sententiendum arbitror. Quis enim ius hoc tam certum, indubitatum, & ut Cuiacius loquitur, confessum velit dicere quod à tot tantisque interpretibus nōdum benè exploratum sit & intellectū? Atqui, inquit, negari non potest quin mortuo tandem apud hostes patre locus sit fictioni legis Corneliæ quæ faciat ut pater qui non rediit iam tunc decessisse intelligatur ex quo captus est. Sic enim idem Papin. scribit in l. prox. in princip. supr. quam nos in præcedentibus explicauimus. Et hoc certè præcipuum est, quod interpretes omnes præcipites egit, non animaduertentes, quod tamè verissimum est, nihil ista habere communia. Et quamuis verū sit patrē apud hostes defunctū mortuo iā in ciuitate filio retrofingi decessisse prima hora captiuitatis, non inde tamen fieri ut filius post patrem decessisse existimeretur. An ratione illa quam Accursius attigit, & quæ non insubtilis, videri possit, q̄ fictio legis Corneliæ non prius locum habeat quàm defunctus sit is qui ab hostibus detinebatur, tunc autem cum locum habere incipit iā nō superfit persona filij super qua fingi quicquam possit? arg. l. huic scripturæ 15. ad leg. Aquil. Sed obstat quod imò verò interdum euenit ut fictio quæ nōdum nata fuerat moriēte filio perinde vires suas exerat illo iam mortuo, ut cum filius in ciuitate decessit antè quàm pater ab hostibus rediret. Retrofingitur enim decessisse filius familias quamuis reuera sui iuris decesserit, ut scriptum est in hac l. & d. l. penult. de suis & legit. Videlicet propter ius postliminij pater ni, quod patri saluum & integrum superesse oporteat, non ex filij morte, quæ medio tempore contigerit, imminutum. l. i. C. de postlim. reuers. Cur nō ergo similiter lex Cornelia hoc ipso quod fingit patrē quādo cunque apud hostes mortuū iam tum decessisse videri cum captus est, finget etiā filiū medio tempore defunctum in ciuitate patri fuisse superfitem? Illa igitur ratio probabilior mihi videtur quod legis Corneliæ fictio tota eō duntaxat pertineat ut & hereditatem captiuo mortuo faciat & heredem, non etiam ut hunc vel illū heredē constituat. Faciat, inquit, tū demum cum captiuū apud hostes defunctū esse innotuit. Ex eo namq; fit ut si quis captiuū filius aut proximus agnatus fuit primo captiuitatis tempore qui durante captiuitate decesserit, licet, si voles, hereditatem captiuū quasi iā mortui adierit, nihil tamen ad heredē transmississe videatur, quia neque ex lege duodecim tabularū captiuū hominis heres esse potuerit, neque ex lege Cornelia priusquam mortuū esse cōstaret l. nec nos præterit 3. C. de postlim. reuers. Itaque is demum ex lege Cornelia admittetur qui tum proximus fuerit quo captiuus decesserit, aut potius quo decessisse captiuū apparuerit. Finge insti utum filium aut agnatum proximum aut extraneum, mediōque tempore mortuum: lex Cornelia non cōfirmabit testamentum quod herede præmortuo destitutū est, sed inducet legitimum heredē eū qui tum ex agnatis proximior sit, & legitimā cōfirmabit hereditatem. Hoc cur ita? Quia mortuum heredem facere nō potest, nec fingere viuū mortis tēpore eum qui in rebus humanis erat cum pater familias scapiebatur, tamen si iungat tēpus mortis tēpori captiuitatis l. pen. in fin. de v. sic. ap. quādoquidem subducto medio toto tempore quod in captiuitate tractatum est non aliter fieri possit coniunctio illa extremorum, quàm si vtriusque temporis, hoc est, tam quo pater familias captus quàm quo mortuus est, æquè ratio habeatur, ut nō magis intelligatur captiuus tum mortuus cum captus, quàm tum captus cum mortuus est. Qui ergo nō reperitur viuus eo tēpore quo pater familias apud hostes moritur, nec tū fuisse intelligendus est cum is captus fuit: idēq; nec ad legis fictionē vllomodo p̄tinet, quia nō magis he-

res esse potest quàm si numquam in rerum natura fuisset. Hoc verò si ita est, sequitur, filium impubrem in ciuitate defunctum antè quàm pater apud hostes moreretur, siue institutus fuerit, siue exheredatus, non pertinere ad legis Corneliæ fictionem, non quia fictionis natura prohibeat ne personam quæ amplius non est possit afficere, (potest enim si aliud nihil prohibeat, siue persona siue res ipsa esse desierit d. l. pen. de suis & legit. l. quædam sunt 15. in fi. de reb. dub. l. in ratione 11. §. j. ad leg. falcid.) Sed quod nec si velit possit eum heredem facere qui in hominum natura esse desierit, quod vnum tamen ei propositum est ut heredem faciat. Sed etū fingeres pro arbitrio fictioni Cornelianæ hūc locum esse, numquam tamen efficere posses ut filius impubes antè patrem reuera mortuus, post eum mortuus videretur. Quid enim aliud cōsequāre nisi ut retrofingatur pater mortuus iam inde à quo tēpore in hostiū potestātē peruenit? Atqui vel fingere vis eo ipso instanti filiū quoq; iā mortuū fuisse vel, ut re vera fuit, adhuc superfitē. Si mortuū, prior ergo filius quā pater decesserit, atq; ita substitutio pupillaris corruet, cum filius familias testatus decedere nō possit. Si superfitē, Quæro quo postea tempore defunctum eum velis fingere? An medio illo tempore quo reuera decessit inter instans primum captiuitatis & mortis paternæ? At hoc facere non possis, quoniam si fictio ista iungit tempus mortis primo instanti captiuitatis, consequens est ut medium tempus nullum agnoscat: alioqui extrema non iungerentur. Porro si medium tempus nullum est fieri certè nequit ut retrofingatur pater antè filium mortuus inspecta scilicet prima hora captiuitatis, quin filius contraria quidem sed tamen ad eundem modum formata ratione fingatur patri superfites eo quoque tempore quo pater moritur. Atqui lex hoc non fingit, nec potest fingere. Si enim fingeret illud quoque euenire necesse esset ut huic filio deferret hereditatem quam vtiq; defert superfiti filio aut agnato proximo d. l. 3. C. de postlim. l. lege Cornelia 12. qui test. fac. poss. l. lex Cornelia 28. de vulg. & pupill. substit. Atq; ita deferret lex Cornelia hereditatem veram heredi reuera mortuo. Ergo neque ex contrario fingit patrem antè filium decessisse, vtrumque hac vna ratione quod fictiones istæ omnes inanes & inutiles essent filio reuera defuncto quo tempore verus heres captiuo faciendus & inducendus est. Semper enim necesse est personam esse cui detur eo tempore quo datur, nec sufficit antea fuisse si tunc non sit, ne prius iuris ratio quàm persona quærenda sit, ut eleganter Scæuola scribit in l. quidam referunt 14. de iur. codicill. Planè cum filius institutus patri superfites fuit, legis fictio locum habet ut in priore proximæ legis specie, quoniam non inducit eo casu mortuum heredem sed viuū & verū, proinde substitutio pupillaris valet si instituto impuberi facta sit non item si exheredato, ut ad eum locū docuimus, nec in tanta facti iurisque diuersitate possis cum Cuiacio argumentum sumere ab vno casu ad alium nisi vtrò velis cum ipso impingere. Cessante igitur legis Corneliæ fictione eo casu quo filius in ciuitate decesserit patre adhuc apud hostes superfitē, relinquatur ut veritati locū esse oporteat, secundū quā verū est dicere, præsertim extincta per mortē patris spe postliminij, filium sui iuris effectum esse viuū patre, & exinde quo pater captus fuit, quo admissa substitutionem quoq; pupillarem euanescere omnino necesse est. Sicq; proculdubio intelligi Papiniani ratio debet. Quæ cum tam bona & elegans sit ut nec melior nec elegantior alia proferri possit, an non ridiculè faciunt interpretes, qui

quasi hæc non sufficiat (nec sanè mirum est non intelligentibus sufficere non potuisse) aliam inquirunt? Hanc autem afferunt, quod quandiu pater apud hostes fuit, eius hereditatem adire filius non potuerit d.l.3.C. de postlim. reuers. non adita verò patris hereditate pupillares tabulæ corruant l.2. de vulg. & pupil. subst. l. apud Iulianum II. §. idem Iulianus D. ad SC. Trebel. Quid ergo si impubes cui substitutus datus est, non institutus fuerit sed exheredatus extraneo herede scripto qui moriente apud hostes patre adhuc superstes fuerit in ciuitate, delatamque hereditatem adierit? Vtriq. dici non poterit non aditam fuisse patris hereditatem licet exheredatus filius in ciuitate interim decesserit? Quid enim commune exheredato cum aditione hereditatis? Et tamen substitutio pupillaris non valebit. Generalis siquidem est Papiniani sententia, vt filio in ciuitate antè patrem captiuum mortuo nihil sit quod de secundis tabulis tractari possit, id est nullo casu secundæ tabulæ valeant, nec proinde distinguendum sit an institutus filius fuerit an exheredatus, sicut nec in posteriore prioris legis specie cui lex hæc coniungitur. Generalis item ratio illa est quæ pupillares tabulas destruit, quod filius viuo patre sui iuris effectus videatur. Ad eò vt nec si filius patri superuixerit, pupillares tabulas valere patiatur exheredato filio, sed eo tantum casu quo filius ipse sit institutus. Non igitur germana illa ratio est quod filio instituto præmortuo non sit adita patris hereditas, sed illa quæ Papiniano probatur, quod siue adita sit patris hereditas siue non, semper verum sit filium impuberem de viui patris potestate exisse. Nobis aliquando placebat, filio in ciuitate antè patrem mortuo, idcirco videri non posse filium ex lege Cornelia post patrem decessisse, quod ad filij personam legis Corneliæ fictio non pertineat. Sed in eo errabamus, quoniam imò verò pertinet cum filius est institutus, vt quo tempore lex Cornelia hereditatem facit, mortuo videlicet patre, faciat etiam heredem, quem porro alium facere nequit ex testamento quam qui institutus est. Alioqui etiam instituto filio patri superstiti perinde pupillares tabulæ corruerent atque corrunt filio exheredato, quod Papin. negat. in l. prox. supr. in prin. Rursus in eo errabamus, quod filio patri superstiti pupillaris substitutionis confirmandæ rationem illam afferebamus, quia filium patri superstitem verum non sit exiuisse de patris viui potestate, qui ab hostibus quandocumq; rediens filium in potestate habere potuerit, ex postliminij fictione. Nā imò verò mortuo postea illo apud hostes etiā post filium, atq. ita extincta spe postliminij, dici potest, licet audent, vt Scæuola loquitur in l. Gallus 29. §. videndum in si. filium decessisse suum heredem esse viuo patre cū pater apud hostes mortuus nec redierit nec redire amplius possit: multò igitur magis defendi potest, patre apud hostes mortuo priusquam filius in ciuitate moreretur, filium decessisse suum heredem esse viuo patre. Addebamus, cū filius patre apud hostes viuo moritur postliminij spem extinguere, & iam inde ab eo instanti quo filius moritur, certum esse incipere patrem quandocumq; redeuntem numquam filium in potestate habiturum. Indèq. fieri quod Papin. ait vt filius sui iuris fuisse videatur ex quo pater ab hostibus captus est: in eo quoq. nos & turpius errabamus. Obstet enim ex diametro quod ab ipso Papiniano scriptum est in d.l. pen. de suis & legit. & ab aliis alibi passim, patre ab hostibus redeunte, filium intere decessisse in ciuitate filium familias decessisse intelligi, quod & in hac ipsa lege quam interpretamur Papinianus exprimit, illis verbis, *siue quoniam viuo patre filius familias*

lias mori intelligitur. Patre videlicet reuerso vt sequens pars distinctionis ostendit. Ratio autem illa *siue quoniam non reuerso eo exinde sui iuris videtur fuisse ex quo pater hostium potius est non fictione vlla aut legis Corneliæ aut postliminij nititur, sed sola rei veritate quæ vt seipsam tueatur fictione nulla indiget, quamuis Papin. adiecerit verbum videtur non vt veritatem abesse significaret, sed quod propter spem postliminij quæ moriente filio adhuc durabat verum quoque sit filium quandiu vixit non fuisse in plenum patria potestate liberatum, vt idem Papinianus loquitur in d.l. penult. id est absolute & ita ne in potestate inuitus recidere posset. Sed quæadmodum spes illa postliminij postea deficientis patre apud hostes mortuo, non impedit ne filius in ciuitate intere decessens pater familias decessisse videatur habeatq; heredem ab intestato d.l. penult. quoniam deficienti principali extremo fictionis postliminij, id est reditu captiui in ciuitate, perinde est ac si nulla vnquam postliminij spes fuisset cum ex euentu appareat nullam vnquam fuisse aut si qua fuit inanem extirpasse arg. l. huic scripturæ 15. in fin. D. ad leg. Aquil. ita nec facere potest quominus pupillares tabulæ corruant, tanquam effecto re vera filio sui iuris viuo patre. Quod si Papiniani rationem ad fictionem aliquam referre velles, non tamè de postliminio tractandum esset patre nunquam reuerso, sed potius de lege Cornelia, quæ sanè ad eum casum fictionem suam accommodaret nisi ratio illa iuris & fictionis obstaret quam nos iam satis superq; exposuimus. Denique in eo errauimus quod scripsimus filium in ciuitate mortuum patre adhuc viuo apud hostes substitutum pupillarem habere eadem illa ratione non posse qua heredem ab intestato habere potest, nepe quod pater familias decessisse credatur. Nā imò vt substitutum pupillarem habere possit necesse est eum patrem familias decedere. Sed differentia in eo est, quod vt habeat heredem legitimam sufficit quandocumq; factum eum patrem familias siue viuo patre siue per eius mortem id contigerit, vt verò habeat heredem ex testamento patris, omnimodo necesse est, vt per mortem duntaxat patris non etiam viuo eo pater familias factus sit. Dixi *ex testamento patris*, quoniam cum de pubere agitur qui testamentum alioqui facere sibi possit, non illa ratio impedit ne heredem ex testamento habeat, sed alia quod de suo statu incertus sit quandiu pater viuus & postliminij spem habet, vt pluribus infra tractabimus. Quæ tamen ratio, si superior non esset, tabulis pupillaribus non obstaret, vt pote quas non filius ipse, cuius status pendet, sed pater ei fecerit.*

Alia Scæuola à Papiniano dissensio in questione §. vlt. d. l. quod si filius, & emendatio l. si pater captus 29. de vulg. & pupil. subst.

CAPVT VII.

Hic quoque vt aliorum ita & nostri errores detegendi sunt ac corrigendi. Quarta species est à Papiniano tractata ad legis Corneliæ fictionem & pupillarem substitutionem pertinens, si pater & filius ambo apud hostes sint ibique decedant, sed pater prior, an substitutus pupillaris ex lege Cornelia admittatur. Sic autem Papinianus scribit, *Sed si ambo apud hostes, & prior pater decedat, sufficet lex Cornelia substituto, non alias, quam si apud hostes patre defuncto postea filius in ciuitate decessisset.* Ponit Papinianus priorem patrem decedere, quoniam si verum est quod proximè docuit, filio in ciuitate antè patrem captiuum mortuo, nihil esse quod de secundis tabulis tractari possit, multò minus de iis quærendum fuerit, filio antè patrem apud

hostes defuncto, quia non magis potest legis Corneliae fictio efficere ut filius ante patrem apud hostes mortuus ei heres extitisse videatur, quam si filius in ciuitate decessisset: quinimò tantò minùs quòd fieri nequeat ut filius qui apud hostes est vllomodo sit heres patris, aut alterius cuiuslibet. Patrem igitur priorem decessisse ponendum est. An & priorem captum? Sic Scauola fortasse existimauit qui in l. si pater captus 29. de vulg. & pupill. substit. eadē tractans quæstionē ita scribit, *si pater captus sit ab hostibus mox filius & ibi ambo decedant, quāuis prior pater decedat, lex Cornelia ad pupilli substitutionē non pertinebit.* Sed si nō admittit Scauola confirmari pupillarem substitutionē ex lege Cornelia, etiā cū filius post patrem captus est, multò minùs admissurus fuerit confirmari eā filio simul & eodem instāti capto cū patre: quia nec pre-mortuus fingi potest pater quem simul cū filio captū esse cōstat, sicut nec si post filiū captus esset. Idemq; hoc casu cōtingere necesse est, quòd eueniret si vtrumq; eodē temporis momento mortuū esse constaret, filiū nempe nūquā sui iuris fuisse qui patri superstes nec in ciuitate nec apud hostes fuisset, atque ita pupillares tabulas quasi à filiofamilias factas intercideret. Itaque licet Papinianus generaliter & indistinctè tractet de patrē & filio ab hostibus captis nō expresso eo vter prior captus sit, ita tamē intelligi necessariò debet ut de patre prius capto senserit. Ne alioqui euidenter fallum sit quòd ait, posse legem Corneliā sufficere substituto, quæ sanè nec sufficere potest nec auxilio vllò extrinseco suppleri ad cōfirmandas pupillares tabulas siue filius ante patrē, siue simul cū patre captus sit. De illo fortasse probabilius dubitari possit, si vterque ita captus sit ut non appareat an vterque simul, aut vter prior in hostiū potestātē perueniret, an pupillaris substitutio valeat. Sed tamē verius est nō valere, nō solū quòd substituto præteriti pupillares tabulas incubat onus probādi filiū superuixisse arg. l. ex facto 17. §. si quis autē ad SC. Trebell. l. quod de pariter 16. cū duab. seqq. de reb. dub. Verū etiā quia quidam dicit patrem ante filiū decessisse videri, tametsi in bello decesserint l. qui duos 9. §. cū bello eod. nō habet locū si filius impubes fuit etiā cū de naturali & vera morte agitur d. l. qui duos §. vl. l. si mulier 23. eod. l. inter locerū 26. de pact. dot. nec igitur si de morte ficta agatur quæ per captiuitatē cōtingit, siue quòd naturæ ordo ille qui ex voto parentū prius ad mortē vocat patrē, res quā liberos l. nā et si 15. de inoff. test. l. scripto 7. §. vlt. vnd. lib. facillimè interrumpatur cū captiuitas incidit, quæ sicuti cōtrā naturā est, ita naturæ ordinē sublequi nō potest. Ergo ut quæstioni locus esse possit nō tantū primo loco defunctū patrē sed etiā prius captū fuisse ponendū est. In hac autē quæstione non dubito quin Papin. à Scauola dissenserit. Nā Papin. apertè scribit legem Corneliā sufficere substituto, Scauola verò negat legē Corneliā ad pupilli substitutionē pertinere. Dissentiendi à Papiniano causam eandem habuisse Scauola videtur, quā Papinianus dissentiēdi à Iuliano in quæstione §. vlt. l. pater 10. de capt. & postlim. Nempe quòd lex Cornelia de secundis tabulis nil locuta sit, at eius tantū personā demonstrauerit, qui testamēti factiōne habuisset, cuiusmodi nō est impubes. Noua igitur lege aut Imp. cōstitutione opus esse putabat Scauola ut impuberis hereditas testamētaria induceretur, & cōfirmaretur. Ad eò fuit ille stricti iuris religiosissim⁹: nihil interesse existimās an filius solus an cū patre captus sit, cū perinde vtroq; casu captiuus sit, & cōsequēter heredē ex testamēto habere nequeat. Quod si ita est cōsequēs erit solo illo casu cōfirmari per leg. Cornel. pupillares tabulas, quo filius in ci-

uitate post patrē captiuū decesserit. Et quidē institutus à patre, nō exheredatus ne ea obstant quæ scripsimus ad Papinianū in d. l. pater in princ. Papinianus verò quamquam admittit legem Corneliā quæ de secundis tabulis nil locuta est ad pupillarem substitutionem non pertinere, cū solus filius, siue institutus, siue exheredatus, mortuo patre captus est, esseque illo casu necessarium substituto auxilium non quidem alterius legis aut constitutionis, sed Prætoris tanquam eius qui verus æquitatis custos sit & arbiter, filio tamen cum patre capto, & post patrem mortuo magis probat ut sufficiat substituto lex Cornelia, id est, ut non sit ei necessarium Prætoris auxilium ad consequēdas viles in hereditatem actiones qui directas ex ipsa lege habere possit. Ratione illa, ut arbitror, quòd patre capto necesse sit legem Corneliā inducere ad confirmandum patris testamentum, quo confirmato pupillares quoque tabulas tanquam accessorias partemque paterni testamenti, aut potius idem ipsum testamentum confirmari oportet. Quid enim refert an in ciuitate, an apud hostes pupillus fuerit, cū patris testamentum per legem Corneliā confirmetur? Nam etsi in ciuitate filius post patrem decederet, non eò magis substitutus admitteretur nisi lex Cornelia patris apud hostes mortui testamentum confirmaret. Cū igitur ex sola paterni testamenti confirmatione pupillares tabulæ vires accipiant, nec eò minùs confirmetur patris testamentum quòd filius quoque apud hostes decesserit, cur non perinde admittamus hoc quoque casu pupillares tabulas ex lege Cornelia subsistere, atque si filius in ciuitate decessisset? Id enim est quòd Papinianus sibi vult iis verbis, *non aliàs quàm si patre apud hostes defuncto postea filius in ciuitate decessisset.* Quæ tamen longè aliter ab interpretibus omnibus hucusq; accepta, fecerunt ut iam vulgò creditum sit non solū diuersam sed & planè contrariam esse Papiniani sententiā, eam nimirum ut ita demum in proposita specie pupillaris substitutus admittatur si filius qui cum patre captus fuerat postea reuersus sit ab hostibus, & in ciuitate decesserit. Quasi Papiniani verba cōstructionem & interpretationem eandem admittant ac si scripsisset ille, *non aliàs, aut ut quidam libri habent, non aliter sufficet lex Cornelia substituto quàm si apud hostes patre defuncto postea filius in ciuitate decessisset.* Cui tā tortuolæ constructioni, & interpretationi, licet à nobis in prioribus Cōiecturis probatè, aliud nihil causam dedit, nisi quòd ea sola Papiniani cum Scauola conciliandi ratio superesse videretur. Ita sit ut Papiniani sententiā quæ pro substituto facit euidentissimè contrā substitutum retorqueatur, & quæ affirmatiua est cū ita leges, *sufficet lex Cornelia substituto*, negatiua sit cū ita cōstrues, *non aliàs sufficet lex Cornelia &c.* Sed præter id quòd improbabilius dici nihil potest & à Papiniani verbis alienius, videamus etiā quæ abhorreat à proposita quæstione, noua ista construendi aut veriùs destruendi contextus ratio. An non Papinianus eam speciem tractat in qua vterque & pater, & filius, sed pater prior apud hostes decedat? vti que. Sic enim scribit: *si ambo apud hostes, & prior pater decedat.* Quomodo igitur fieri potest ut ad propositam quæstionem Papinianus respondeat, sufficere quidem posse legem Corneliā substituto, sed ita demum si filius quem iam posuit apud hostes decessisse, (neq; enim reuersum eū fuisse vllomodo exprimit) in ciuitate moriatur? Aut quis credat Papinianum vno casu proposito de alio respondere? Aut denique, si Papinianum sic interpretari vis, ut de proposito casu respondeat per ambages, sufficere scilicet legem Corneliā substituto ita demum si filius postea in ciuitate decesserit, ut inferre possis, Ergo in proposito nō sufficere ambo-

bus apud hostes mortuis, Rogo, quid necesse erat verba illa addere, *apud hostes patre defuncto*. An non id satis erat expressum prioribus illis, *sed si ambo apud hostes & prior pater decedat*. Quid tam insulsa verborum multiplicatio in Papiniana breuitate & elegantia commune habet? Aliā itaque & nouā speciē iis verbis perstringit, ut cū dixerit nihil referre an vterq; apud hostes sed pater prior decesserit, an pater solus apud hostes, postea verò filius in ciuitate, facillè cuique sit intelligere cur illo casu legem Corneliam sufficere arbitretur. Et verò verbum illud, *decessisset*, vulgari interpretationi non conuenit, secundum quam, si Grammaticos Papinianus amauit, scribere debuit, *decedat*, aut, *decesserit*. At cum verba illa, *non aliās quā si apud hostes &c.* ad sententiam affirmatiuā iamque absolutam & virgula aut commate notādā addita hunc sensum habeant ac si pluribus & apertius scriptum esset, *non secus quā contingeret si apud hostes &c.* commodissime subiunctum est, *decessisset*, in præterito, ut Grammaticum agam, plusquā perfecto, cum de eo ageretur qui iam decesserat. Qui autem primi ex interpretibus Papinianum sic interpretati sunt ut eum cum Scæuola conciliarent, nihil actum existimantes nisi Scæuolæ quoque sententiam quam per constructionem violare non poterant, audacior & ineptior interpretatione ad sensum suum detorquerent, sic Scæuolam intelligi voluerunt ut quod ille ait legem Corneliam in proposita questione ad pupilli substitutionem non pertinere hanc exceptionem admittat, *nisi reuersus in ciuitate impubes decedat*, quæ verba tandem sequentium interpretum aut exscriptorum imperitia in textum irreperunt. Quid enim peritius, quā videre, Scæuolam sic scribere non potuisse? quippe in præcedentibus, disertis verbis exprimat tractare se de filio qui cum patre apud hostes decesserit, nec ab iis vnquam reuersus sit ut in ciuitate mori potuisset. Sic enim ait, *si pater captus sit ab hostibus mox filius & ibi ambo decedant quāvis prior pater decedat lex Cornelia ad pupilli substitutionem non pertinebit*. Quid igitur ubi vult exceptio illa, *nisi reuersus in ciuitate impubes decedat*. An poterit in ciuitate iterum decedere filius qui iam apud hostes mortuus sit? An non perulgatum est, exceptionem debere esse de regula & casu cui subiicitur? An non denique perinde ridicula est illa exceptio ac si quis diceret, *mortuos homines sepeliendos esse præterquam si qui viuant*? Fateamur ergo quod res est dissentisse omnino hac in specie Papinianum à Scæuola, nisi aliud quidpiam prætereā in Scæuolæ textu emendes. Nam etsi exceptionem illam quā tollimus Scæuolæ esse voles, præter id quod ridiculum facies Iurisconsultum alioquin acutissimum, non tamen assequere ut Papinianus Scæuolæ consentiat, nisi eā quoque ad Papinianum interpretationem probes, quæ à cæteris omnibus laudata quidem est, sed à nobis hoc capite verissimè & cumulativè refutata. Nec te moueat quod ratio illa quæ apud Scæuolam sequitur, *quoniam etsi ambo in ciuitate decessissent, veniret substitutus*, præcedentibus nil cōuenit si tollatur exceptio ista, *nisi reuersus in ciuitate impubes decedat*, ad quam solam accommodari optimè potest. Nam & iam antè nos vir doctissimus Iacob. Cuiacius, licet Scæuolæ mentem nunquam affecutus sit, benè tamē obseruauit corruptam esse lectionem, & pro, *quoniam*, legendum, *quanquam*: congruum enim fuit Scæuolam si responsi sui rationem aliquam reddere voluit, eius partis reddidisse quæ præcipua erat, & dubitabilior, non exceptionis quæ certa erat & indubitata. Siquidem filio qui post patrem captus fuerat ab hostibus reuerso, & in ciuitate defuncto, quis dubitare poterat quin sublata per postli-

miniij

miniij fictionem filij captiuitatis memoria, patrisque testamento per legem Corneliam cōfirmato, pupillaris substitutio valeret ac si ambo in ciuitate decessissent? Et ob id nimirum Papin. in d. s. vlt. l. quod si filius, ut sententiam suam de casu magis dubitabili confirmaret per comparisonem alterius casus minus dubitabilis, adiecit *non aliās quā si patre apud hostes defuncto filius in ciuitate decessisset*. Non dixit, *non aliās quā si ambo in ciuitate decessissent*, quia licet non aliter ad propositam quæstionem respondeat, quā responsurus erat si ambo in ciuitate decessissent, facilius tamen fuisset contradicentrationem illam conuellere. In promptu namque esset dicere ambobus in ciuitate mortuis nihil obstare quominus pupillaris substitutio valeat, si modo filius & in potestate & post patrem decesserit. At in casu proposito filium captiuum decessisse. Et quamuis ex lege Cornelia retrofingatur in ciuitate decessisse, id tamen illò pertinere, ut legitimum heredem habere possit non testamentarium, Lege Cornelia legitimam duntaxat pupilli hereditatem cōstitui non testamentariam, propterea quod in testamentariis hereditatibus confirmandis eius personam demonstrauerit qui testamenti factionem habuisset: pupillum verò testamenti factionem non habere. Quæ omnia diluuntur ratione sic, ut à Papiniano est, concepta. Ita enim esto ut captiuus impuberis hereditatem ex testamento lex Cornelia non confirmet, sufficit, inquit Papinianus, patris testamentum confirmari ut pupillares quoque tabulæ in necessariam consequentiam valeant. Quis verò dixerit eò minus confirmari patris captiuus testamentum quod filius quoque captus fuerit & apud hostes decesserit? Nihil igitur interest siue de paterno siue de pupillari testamento agas, an pater solus an filius quoque cum patre decesserit. Sed tantum an de solis pupillaribus tabulis confirmandis tractetur, an paternum quoque testamentum confirmari oporteat. Quod si cum Cuiacio sic legas apud Scæuolam, *quamquam etsi ambo in ciuitate decessissent veniret substitutus*, elegantem facias rationem dubitandi propter quam videbatur in proposita quæstione pupilli hereditatem ex lege Cornelia ad substitutum pertinere, cum lex Cornelia fingat in ciuitate decessisse eos qui apud hostes moriuntur. Ex quo magis apparebit, quā imperitè faciant qui rationem hanc ad illum casum accommodant quo filius ab hostibus reuersus in ciuitate decesserit. Nam & ambobus apud hostes mortuis non possit negare Scæuola, videri filium quoque ex lege Cornelia decessisse in ciuitate. Cum & si solus filius captus esset legitimam saltem ipsius hereditatem lex Cornelia confirmaret. Quomodo autem confirmaret, nisi retrofingere in ciuitate decessisse? Itaque si ad inducendā legis Corneliæ potestatem pro confirmandis pupillaribus tabulis nihil aliud requireretur nisi ut ambo in ciuitate decessissent aut decessisse viderentur, iret proculdubio Scæuola in Papiniani sententiam. Sed quia longè aliud est fingere filium impuberem in ciuitate decessisse qui cum patre apud hostes decesserit, aliud verò ipsius testamentum confirmare: idè nec putat Scæuola rationem illam sufficere ad confirmandas tabulas pupillares, quod ambo in ciuitate decessisse videatur, quodque si reuera decessissent in ciuitate, veniret substitutus. Videamus tamen an commodius Scæuolæ verba & emendari possint & intelligi ut à Papiniano nullomodo dissentiat, à quo nec iustam dissentienti causam habet. Id verò assequemur facillè, si retēta vulgari lectione, *quoniam etsi ambo, &c.* sublatiſque illis *nisi reuersus in ciuitate impubes decedat*, quæ nō nisi ineptè retineri posse probauimus, præcedentia sine negatione

ll }

fic legamus, *lex Cornelia ad pupillarem substitutionem pertinebit*. Potuit enim negatio facillimè irreperere ex affinitate postremæ syllabæ dictionis præcedētis *substitutionem* facto non ex *nem* cum librarius priores illas syllabas *substituit*. iuncto puncto, sufficere existimaret ad scribendū breuius *substitutionem*, aut etiā ex audaciā imperiti interpretis conciliare fortasse volentis Scæuolæ cum Papiniano, quem sic intelligebat vt filio post patrem capto ab hostibus ita demū locus sit legi Corneliæ si reuertatur filius, & in ciuitate decedat, sicut & ab eodē interprete factū esse credibile est vt in l. prox. præced. legatur hodie in Pand. Florent. *non commode* pro eo quod in aliis libris omnib. legitur, & longè rectius *non incommode*, ne scilicet Iulianus cū Papiniano pugnet qui tamen pugnat euidentissimè, in §. vlt. d. l. pater. Nec est improbable cū ad verbū *pertinebit* quidā fortè glossator, vt facere solent, adnotasset (*imò non pertinebit nisi reuersus in ciuitate impubes decedat*, vt l. quod si filius §. vlt. de capt. & postlim.) & glossa illa plerisque placeret Papinianum malè intelligentibus, postea euenisse vt ea glossa in textū conualesceret, q̄ & innumeris aliis iuris locis accidisse legimus. Sic verò fiet vt Scæuolæ sententia eadē sit illa Papiniani *sufficiet lex Cornelia substituto*, & apprimè congruat sequens ea ratio, *quoniam etsi ambo in ciuitate decessissent veniret substitutus*, quæ etiā differat aliquantulū ab illa quā Papinianus reddit, *non secus quam si patre apud hostes defuncto filius in ciuitate decessisset*, vt tamen ipsa eodem recidit, cū & pater apud hostes defunctus in ciuitate decessisset videatur. Nisi quòd Papiniani ratio subtilior est & ad diluendā obiectionem quæ contrā hanc sententiā fieri posset, vt docuimus, accommodatior. In hanc verò coniecturam præter ea quæ suprā dicta sunt, non parū me mouent verba illa præcedētia, *quāuis prior pater decedat*, quibus palā est dubitādi rationē significari quæ ob stare videbatur, vt proinde aliā dubitādi rationē addere nil necesse fuerit in sequētibus. Decisionis verò causam aliquā in re præsertim nō aperta subiūgere fuit cōuenientius, quæ tamē nulla erit si in sequētibus pro *quoniā* reponas *quauquam*. Illa porrò dubitādi ratio, *quāuis prior pater decedat*, nō videbatur facere vt lex Cornelia ad pupillare substitutionē pertineret, sed potius vt nō pertineret. Cū enim patre iā defuncto impubes apud hostes moritur, difficilius est vt impuberis captiui hereditas testamentaria ex leg. Cornelia confirmetur, solētque hoc casu necessarium esse Prætoris auxiliū d. l. pater §. vlt. de capt. & postlim. Sed id procedit cū pater prior decessit in ciuitate, non cū apud hostes. Hoc enim casu confirmato per legē Corneliā patris testamēto, & in necessarias cōsequētiās exinde confirmatis quoque pupillaribus tabulis nil curandū est an postea filius in ciuitate an apud hostes decedat, quoniam quæ semel sunt confirmatæ noua confirmatione non indigent. Igitur cū dubitandi rationē illā quæ suadere videbatur non pertinere legē Corneliā ad pupillarem substitutionē, Scæuola minūs sufficentē esse putet, consequens est vt ex contrario & affirmatiuè respōderit, *lex Cornelia ad pupilli substitutionem pertinebit*, tū statim rationem subiecerit *quoniā etsi ambo in ciuitate decessissent veniret substitutus*: atque ita Scæuolæ sententia & cū iuris ratione & cū Papiniano cōsentiet: nec rursus tā euidenter pugnet cū Iuliano qui in l. prox. præced. defendit: etiā cū patre mortuo in ciuitate filius in hostiū potestatem peruenit, nihilominus pupillare hereditatem ex lege Cornelia ad substitutū pertinere, quāuis Scæuola nō obscurè innuat contrā se sentire iis verbis *quāuis prior pater decedat*, quibus sanè nulla dubitandi causa conineretur, si etiam illo casu quo pater prior in ciuitate,

deinde captus filius apud hostes decederet pupillares tabulas ex lege Cornelia confirmari existimabat. Alioqui non erat cur ea verba adderet ad excludendum casum contrarium quo pater post filium moreretur, quasi sentiret illo casu legem Corneliā facilius pertinere posse ad pupillarem substitutionem, cū, vt initio capitis præfati sumus, filio antè patrem siue in ciuitate siue apud hostes decedente certum sit non solum legi Corneliæ locum non esse sed ne quidem quæstioni, vt Papinianus scribit in principi. huius legis, cū ait, *nihil esse quod hoc casu de secundis tabulis tractari possit*. Ceterum obseruandum est, quod Papinianus in hoc §. sic loquitur, *sufficiet lex Cornelia substituto*. Ad differentiam nimirum eius casus de quo dixerat in §. vlt. l. præced. & in quo Prætoris auxiliū necessarium esse scripserat. Ex quo magis apparet verum esse quod nos ad eum locum adnotauimus in illa specie non deferri hereditatem substituto pupillari ex lege Cornelia vt Iulianus putabat, in eoque Papinianū à Iuliano dissentisse, quicquid in contrariū cōtendat Cuiacius qui vt argumētū hoc effugiat, pessima interpretatiōe quod lex ait, *sufficiet*, intelligit ita vt, *non deficiat*, quasi paria sint in omnibus, *sufficere*, & *non deficere*. Aut quasi nō deficiat lex Cornelia cū ad Prætoris auxiliū cōfugiendum est. Imò verò *sufficere* hic nihil aliud est quàm alieno auxilio non indigere. Nō possum tēperare quin subiiciam, vulgares interpretes qui Scæuolæ & Papiniani sententiam illam esse putant vt patre & filio captis & apud hostes mortuis licet patre antè filium, filius tamen heredem testamentarium ex patris testamento habere non possit per legem Corneliā, falsa etiam nitirione vt falsam propositionem confirmet. Ajunt enim id fieri quia filius quamuis superstes patri, ipsius hereditatem adire non potuerit quandiu fuit apud hostes, nō adita autē patris hereditate pupillares tabulæ corruant. l. 2. de vulg. & pupil. subst. l. apud Iulianū ii. §. idē Iulianus ad SC. Treb. Quod omnino ad rem nō pertinet. Patris enim hereditatē adiri necesse non est filio instituto & patri superuivente licet apud hostes moriatur, quia fictio legis Corneliæ pupillares tabulas in paterni testamenti consequentiam confirmantis sicuti facit vt pater ex eo instatū decessisset videatur quo captus est d. l. pater in prin. l. j. in fi. C. de postlim. reuers. ita efficit quoque vt filius post patrem captus exinde mortuus retro fingatur ex quo in hostiū potestatem peruenit. Id verò si ita est, sequitur vt idē filius qui siue rei veritatē siue fictionē cōsideres patri superuixit patri heres fuisse intelligatur, nō quidem suus aut necessarius propriè (quæ verū est nō fuisse in pareris potestate mortis tēpore) sed tamen inuitus, vt Iulianus loquitur in l. lege Cornelia 12. qui testam. facer. poss. ac proinde cui nec aditione vlla opus fuerit nec scientia mortis paternæ ad acquirendā sibi hereditatem & in successores suos transmittendā. l. apud hostes 8. C. de suis & legit. vbi abūdare dictionē, *sua*, iam suprā diximus, additā quippe ab interprete existimāte fieri nō potuisse vt filia ignorās & ipso iure heres extitisset patri quin extitisset sua, nec animaduertēte imò sufficere vt fuerit heres inuita licet nec sua, nec necessaria, nihilq. ob stare quominus inuitus heres sit filius aut seruus qui tamē nec suus sit nec necessarius propter eā rationē quā attulimus sup. Ergo si ratio illa falsa est qua mouetur nostri vt excludat substitutū, quidni etiā falsum erit quod volunt excludi eū quem Papinianus disertissimis verbis scribit non solum admitti debere sed etiā ex lege Cornelia, ita vt nec Prætoris ope indigeat? Potuitq. fortassis ea quoq. res vt iuris ignoratio causam præbere mēdo q̄ nos purgamus apud Scē

uolam & illi ad Papinianum interpretationi quam nos refellimus. Cetera quæ hîc tractari possent, an decedente impubere filio antè patrem ita corruant pupillares tabulæ ut neque ex vulgari tacita substitutus admittatur ad bona patris, quoniam longiore tractatu indigent consultò prætermittimus, ut in alium locum conferamus.

Si viuo patre filiusfamilias captus sit ab hostibus, cur legi Cornelia locus non sit. Et emendatio l. 2. §. si quis vnd. legit.

C A P. VIII.

NEPTA fortassis videri possit hæc quæstio, cum rationem quam quærimus apertis verbis Iulianus reddat in l. lex Cornelia 28. de vulg. & pupill. substit. quia, inquit, non efficitur per legem ut is qui nulla bona in ciuitate reliquit, heredes habeat. Sed tamè quoniam hæc ipsa ratio malè ab omnibus interpretibus, ut ego quidem existimo, accepta est, digna res visa fuit de qua separatim diceremus, non què meliorem rationem quæreremus, sed ut appareret longè aliam Iuliani sententiã esse quàm vulgo creditur, nec minùs in hoc quoq. errasse magistros nostros, quàm in cæteris omnibus de quibus hucusq. diximus, ad tractatum legis Corneliæ pertinentibus. Sic enim sentiunt, idèd nulla bona in ciuitate reliquisse videri filium, quòd per legè Corneliã retro fingatur decessisse filiusfamilias & viuo patre, qui scilicet eo tempore quo captus est & quo mortuus fuisse intelligitur patrem in ciuitate viuũ habuerit, tametsi pater ille viuo postea apud hostes filio decesserit. Quod si verè diceretur, poterat Iulianus & breuiùs & elegantius eam ipsam rationem vsurpare qua Papinianus, licèt aliam speciem tractans, vsus est in l. quòd si filius 11. de capti. & postlim. quia filiusfamilias mori intelligitur. Sed non ita scripsit, quia nec sic intellexit. Neq. enim verũ est fictionem illã legis Corneliæ què inducit ut ciuis Romanus apud hostes mortuus fingatur in ciuitate decessisse, ad filiũfamilias vllomodo pertinere, qui scilicet neq. hereditatẽ habere possit, neq. heredẽ. Cũ legis Corneliæ propositũ vnũ illud sit ut ciui Romano ab hostibus capto & hereditatẽ cõstituat, & heredẽ l. filiusfamilias 18. D. ad leg. fal. l. j. C. de postlim. reuers. quemadmodũ pluribus cõprobauimus ad §. videndũ l. Gallus supra. Et verò quid necesse est legis Corneliæ fictionẽ in filiũfamilias persona inducere, ut efficias quod Iulianus ait nulla eum bona in ciuitate reliquisse? An non re ipsa & citrà fictionẽ verũ est eum qui primo captiuitatis instati filiusfamilias fuit, & in patris sui potestate, nulla bona in ciuitate reliquisse? Ab eo autè tempore quo captus est & seruus hostiũ factus, quid, quæso, sibi aut in ciuitate aut extrã ciuitatẽ potuit acquirere? At si nec sibi quicquã habuit nec habendi capax fuit, quem heredem siue ex testamento siue ab intestato, aut quã hereditatem habere possit? Si deniq. heredem habere nõ potest, cur ad eum legis Corneliæ fictio protrahatur? quæ nihil aliud agit nisi ut heredẽ det captiuo, ei scilicet qui heredem habere possit. Nã quemadmodũ factio testamento nõ cõfirmat lex Cornelia hereditatem testamentariã nisi factio nem testamenti habuerit is de cuius testamento cõfirmãdo agitur: ita & nullo factio testamento fieri nequeat ut confirmetur successio intestati eius, cuius hereditas nulla sit. Idquè idem Iulianus apertius declarat sequenti illo

versiculo,

versiculo, *Quare etiam si pubes filius* (Sic enim legendum esse, ut vulgo, non *impubes*, ut Cuiacius vult, probauimus lib. 3. cap. 9.) *viuo patre captus fuerit, deinde mortuo in ciuitate patre in hostium potestate decesserit, patris hereditas ex lege duodecim tabularum non filij ex lege Cornelia, ad agnatum proximum pertinet.* Nimirum ut doceat non magis legem Corneliã fauere filiofamilias capto ab hostibus cùm de causa intestati quæritur quàm cùm de causa testati factis per patrem pupillaribus tabulis. In eoque deteriorem esse condicionem filijfamilias siue puberis siue impuberis, quàm sit patrisfamilias impuberis. Huius enim legitimam hereditatem lex Cornelia confirmat, quam lex duodecim tabularum erat confirmatura si is in ciuitate decessisset. An filijfamilias hereditatem quæ nulla esset in ciuitate, fieri non potest ut lex Cornelia confirmet? An quia filiusfamilias decessisse videatur qui viuo patre captus, eo demùm mortuo in ciuitate defunctus est? Minimè? Certum enim est filium à quo tempore captus & seruus hostium factus est exiuisse de patris potestate, cùm nec fieri potuerit ut eodem tempore in duorum potestate esset, & patris & hostis. Et fictione opus esset ut filiusfamilias mori intelligeretur. Fictioni autem nulli locus est, quia nec alia vlla occurrit cui locus esse possit quàm Corneliã, quæ tamen, ut dixi, nunquam in filiũfamilias persona locum habet. Postliminij fictioni in eo dissimilis, quæ & patrem filio reddit, & patri filium siue pater siue filius ab hostibus reuertatur d. l. quod si filius de capti. & postlim. l. i. C. eod. l. penult. D. de suis & legit. & quidem pristino iure potestatis reddito, non nouo dato. Inde enim sit quod Paulus scribit in l. si pater 9. & sequenti de iniust. rupt. Si pater ab hostibus capiatur, filio manente in ciuitate reuerso patre non rumpi patris testamentum, sicut nec si filius postliminio redeat, quod haud dubiè rumperetur, si nouum ius potestatis esset quod patri ex postliminio acquireretur quasi noui sui heredis agnatione. At si filiusfamilias decessisse non intelligitur qui cùm talis esset primo captiuitatis instanti postea decessit apud hostes, an paterfamilias decessisse videbitur? Multò minùs. Nam sicut Scauola scribit in §. vlt. l. Gallus filium emancipatione suum heredem fieri non posse: ita nec captiuitate paterfamilias quis fieri potest, cùm captiuitas, & familiam & libertatem omniãque pristinae libertatis & ciuitatis iura adimat, ob idque ad ea recuperanda postliminij fictionem inducere necesse fuerit. Quid ergo? Seruus hostiũ re vera moritur is qui quo tempore captus est filiusfamilias fuit, nec fictione vlla adiuuatur, quominùs seruus decessisse existimetur. Idèd autem nec fictione adiuuatur, quia inutilis & frustratoria esset fictio, quæ nihil aliud efficere possit quàm ut is filiusfamilias defunctus esse intelligeretur, ac proinde talis qui nec heredem nec hereditatem habere possit. Vnde fieret ut seipsam fictio destrueret, nullamque fingendi causam fuisse probaret. Ex quo apparet Antonium Goueanum malè hinc argumentum sumere contrã Bartolum, ut probet decedente impubere filio antè patrem expirare pupillares tabulas. Neq. enim hic filiusfamilias viuo patre decessit, sed post patrẽ licèt apud hostes, viuo quidẽ patre captus fuerat. Sed cū fictio legis Corneliæ in eius persona locũ nõ habeat, ut diximus, nõ facit ea res ut antè patrẽ decessisse videatur, nõ magis quã vbi in patris potestate. Sed illud fortasse quis miretur quod Iulianus ait fieri non posse ut qui bona nulla in ciuitate reliquit, heredem habeat, cū hereditas sit nomen iuris, nec requirat ut quicquam sit in hereditate. Finge inopẽ patrẽfamilias apud hostes mortuũ, qui nihil pro-

ll. iij.

fus in bonis habeat, aut qui plus in ære alieno habeat, quã in bonis, quæ nec bona dici possunt, nisi deducto ære alieno, l. sub signatũ 39. §. bona l. pprie & nõ eò minus hereditatẽ reliquisse videbitur vt & heredẽ habere possit, licet bona nulla reliquerit l. i. l. 3. in princ. & §. i. de bõ. poss. Nẽpe quia acquisitionis capax fuit, & quo instanti mortuus est, ei etiam ignoranti acquiri potuit, aut per seruos, si quos habebat, aut ex causa legati aliave simili per quam soleat ignoranti quoque acquiri. At Iulianus de filiofamilias loquitur qui non solum bona nulla habet sed nec habere potest, impediẽte iure patriæ potestatis propter quod omnia acquirat patri l. placet 79. de acquir. hered. l. i. in princ. D. si à parent. quis manum. Eum autem qui nec bona vlla habeat nec habere possit quis dicat habere heredem posse? Quo etiam argumento & quidem fortissimo defendi semper, non valere donationem bonorum omnium præsentium & futurorum, quod is qui sic donauit seipsum acquisitionis prorsus incapax fecerit, sibi que proinde habendi heredis facultatẽ ademerit: nec enim heres esse potest sine hereditate, hereditas autem licet esse possit etiam cum bona nulla sunt, non tamen cum bona nulla esse possunt, vt vel maximẽ probat is Iuliani locus quem nunc tractamus. Quid? An non filiusfamilias capax est acquisitionis, patre nolente sibi acquiri? Ita sanẽ. In eoque differebat iam olim à seruo vt scripsimus lib. 7. cap. ii. At etiam tum cum pater non vult sibi acquiri per filium, filioque acquiritur, verum tamen est filiumfamilias bona nulla habere, sed duntaxat peculium quod aduentitium dicitur, in quo constat nec heredem habere eum iure vetere potuisse, ad eò vt et si castrense peculium haberet de quo tãquam de proprio patrimonio testari ex constitutionibus poterat, intestatus tamen moriens nec heredẽ patrem haberet, nec bona vlla reliquisse videretur, quia castrense peculium non hereditatis sed peculii iure patri acquirebatur l. i. & 2. D. de castrens. pecul. Aliud enim est, bona, aliud peculium habere. Bona habent soli patresfamilias: peculium verò ij soli qui in alterius, patris videlicet aut domini potestate constituti sunt. Proinde semper & omni casu, vtrumque verissimum est quod Iulianus ait filiumfamilias, neque bona, neque heredem habere posse. Hodie tamen, quod ad legitimam hereditatem pertinet, postquam placuit Iustiniano vt in aduentitiis etiã filiusfamilias heredem ab intestato habere possit, vt pluribus à nobis tractatum est in Disputationibus forensibus dixi, quod ad legitimam hereditatem, quia in causa testati nihil hac parte immutatum est: subsistente semper regula illa iuris veteris, & noui que potestati alienæ subditos testari nullomodo patitur l. qui in potestate 6. D. qui testam. facer. poss. Superioribus ferè conuenit quod Vlpianus scribit in l. 2. §. si quis decesserit D. vnd. legit. Si quis decesserit de quo incertum est, vtrum patrisfamilias an filiusfamilias sit, quia pater eius captus ab hostibus adhuc viuat, vel quod alia causa suspendebat eius statum, magis esse ne peti possit bonorum eius possessio Vnde legitimi: nempe quia prius est vt bona esse constet quàm vt bonorum possessio peti possit. Et quemadmodum lex Cornelia facere nõ potest vt heredem habeat qui bona nulla in ciuitate reliquit, ita nec Prætor, vt is habeat bonorum possessorem. Vera enim & germana Vlpiani sententiæ ratio hæc est, non illa, quæ in textu sequitur: quia nondum intestatum eum esse apparet cum incertum sit an testari possit. Nam imò verò certissimum est intestatum decessisse eum qui nec testamentum fecisse proponatur, nec si fecisset testari tamen potuisset, eaque nimirum dubitandi ratio erat propter quã

vi.

videbatur competere ius petendæ possessionis Vnde legitimi, quæ non nisi ab intestato datur, quod certum esset filium intestatum decessisse. Illud verò æquè falsum, cum incertum sit an testari possit. Si quid enim in iure certum, illud sanẽ certissimum est, filium captiui testari non posse quandiu postliminij patris spes durat, nec si testatus sit valere testamentum, siue pater ab hostibus redeat, siue apud hostes moriatur, quia testamenti tempore, quod præcipuè spectandum est, non solum incertus fuit de suo statu, sed etiam fuit re vera incerti status, quod vnum maximè testamenti factionem impedit l. qui testamento 14. cum l. seq. D. qui testam. facer. poss. l. si quis filio 6. §. hi autem omnes. De iniust. rupt. iunct. l. in bello 12. §. i. l. bona 22. §. quod filius D. de captiu. & postlim. l. penult. D. de suis & legit. vbi Papinianus scribit patre ab hostibus non reuerso filium interea defunctum in ciuitate videri quidem decessisse patremfamilias, ideoque & heredem habere posse: scilicet legitimũ de quo titulus ille est, sed tamen non fuisse in plenũ quandiu vixit patria potestate liberatũ. Quod si ita est quomodo fieri possit vt testandi ius habeat? Quin & dubitatum olim fuit an valeret testamentum quod filius fecisset patre deportato, si patrem postea Principis indulgentia in ciuitatem restitui contigisset, fuitque opus Iustiniani constitutione in l. vlt. C. de senten. pass. & restit. vt valere iuberetur. Quamuis certi status sit filius deportati, nec dubitare possit quin sit sui iuris sublato per deportationem vinculo potestatis, nil obstante quod restitui pater possit, spes enim illa restitutionis nullius effectus est, quia nullo iure nititur licet cum restitutio Principis impetrata est comparetur postliminio l. 2. C. Theodos. de repud. hætenus nimirũ vt condemnato omnia restituat quæ condemnatio abstulerat l. i. C. de senten. pass. & restit. tantumque ad restitutionem indulgentia valeat quantum ad correctionem sententia valuit quomodo Iustin. loquitur in d. l. vlt. antè quam Constitutionem non censebatur pater ius patriæ potestatis recuperasse quantumcunque generali restitutione impetrata, nisi & hoc quoque specialiter impetrasset l. in insulã 6. l. si pater 9. C. eod. At spes postliminij vtroque iure nititur & gentium & ciuili, ideoque effectum illum habet vt iura omnia nec minùs patriam potestatem quàm cætera suspendat l. illa institutio 32. §. i. de hered. instit. Denique; deportatus ferè in omnibus pro mortuo habetur. Captus ab hostibus, in nullo, nisi quia seruus est: serui autem pro nullis habentur æquè ac si essent mortui. Igitur siue pater qui captus fuit redeat ab hostibus siue non, testamentum quod filiusfamilias medio tempore in ciuitate fecerit valere non potest, non tanquam factum à filiofamilias, sed tanquam ab eo qui & de suo statu incertus, & re vera incerti status fuerit, nisi miles aut veteranus proponatur l. Aristo 9. D. de iur. codicil. l. ex militari 11. §. i. de testam. milit. Quod cum ita sit non video qua ratione Vlpiano adscribi possit totus ille versiculus, quia nondum intestatum eum esse apparet cum incertum sit an testari possit, ac non potius nouo interpreti iuris prorsus imperito qui nec ita scribere debebat, an testari possit, cum tractaret de mortuo quem constat testari amplius non posse, sed ita potius, an testari potuerit, idque apparet euidentius ex iis quæ apud Vlpianum sequuntur. Subiicit enim, Cum igitur ceperit certi status esse tunc de iure petenda est bonorum possessio, non cum certum esse ceperit intestatum esse, sed cum esse certum ceperit patremfamilias esse. Nam si versiculus ille quem tollimus Vlpiani esset, conueniens erat sic eum ex contrario subiicere, cum igitur certum esse ceperit intestatum esse, petenda est bonorum possessio: quod tamen non nisi ridiculè dici potuisset. Quid enim refert quod

ad ius petendæ possessionis attinet an intestatus decefferit filius si bona multa reliquit quorum possessio peti possit? Finge reuersum ab hostibus patrem. Filius licet iam mortuus incipiet certi status esse. Apparebit enim deceffisse eum filium familias propter fictionem postliminij quæ mortuum quoque afficit d.l. penult. de suis & legit. Sed & apparebit deceffisse eum intestatum, tamen si ponas quod tamen Vlpianus non ponit factum fuisse ab eo testamentum, cum testari non potuerit, non illa tantum ratione quæ testamentum impeditur si pater apud hostes deceffisset quod fuerit incerti status, cum testatur, sed illa etiam quia filius familias fuit nec proinde testamenti factionem habuit. Sed an idcirco legitimus heredem habere poterit aut bonorum possessorum? Minimè, quia nec bona vlla vnquam habuit. Non igitur in danda bonorum possessione Vnde legitimi illud inspiciendum est, an qui defunctus est, intestatus decefferit, sed an pater familias fuerit, vt hoc primum sciatur, an bona aliqua reliquerit de quorum possessione concedenda vel deneganda tractari oporteat. Sicut enim cum de iure personæ cui legatum est quaeritur, prius esse debet cui detur, deinde quaeri an datum consistat, vt non ante iuris ratio quam persona quaeratur l. quidam referunt 14. de iur. codicill. ita & cum de bonorum possessione agitur prius bona esse oportet quæ possideri queant quam de possessionis iure tractetur. Et vt Philosophi dicunt, quaerendum prius est, an sit quam, quid, quale, quantum, cuiusve sit.

De posthumo Corneliano. Ad l. qui uxorem 15. De iniust. rupt. & irrit. fact. testam.

CAP. IX.

Posthumum Cornelianum appellant, eum, qui in ciuitate natus sit, capto iam ab hostibus patre eodemque postea apud hostes defuncto, quasi post patris mortem natus videatur qui eo tempore natus est quo pater iam mortuus fuisse per legem Corneliam retrofingatur. Sic enim & veteres & recentiores scribunt ad l. qui uxorem 15. de iniust. rupt. testam. quo loco Iuolenus proposita quaestione de eo qui pregnantem uxorem habens in hostium potestatem peruenerat, quaerit, Filio deinde nato, id est patre adhuc viuo apud hostes, quo tempore testamentum in ciuitate factum rumpatur. Item si filius ante moriatur quam pater, An scripti heredes hereditatem habere possint. Ad primam verò quaestionem respondet his verbis: *Non puto dubium esse quin per legem Corneliam quæ de confirmandis eorum testamentis qui in hostium potestate deceffissent, lata est, nato filio continuo eius testamentum qui in hostium potestate sit, rumpatur.* In quo sane mirum est quod ait rumpi testamentum per legem Corneliam quæ de confirmandis testamentis lata est. Nam si confirmat quomodo rumpitur? Aut cur dicamus per legem Corneliam rumpi testamentum, quod perinde agnatione posthumi rumpetur si pater in ciuitate deceffisset, vt Iulianus ait in l. bona 22. §. vlt. de captiu. & postlim. Patre siquidem in ciuitate defuncto legi Cornelie locus non esset. Quin potius ratio dubitandi apud Iuolenum & Iulianum illa esse poterat, quod pertineret hic casus ad legem Corneliam cuius potestas illa est vt testamenta confirmet, non vt rumpat. Sed decidendi ratio illa est quam Iulianus exprimit in d. §. vlt. quæ lex Cornelia non possit facere vt testamentum ante captiuitatem conditum magis valeat

valeat, minusve rumpatur, quam si testator in ciuitate mansisset. At si numquam ab hostibus captus pater fuisset, æquè testamentum eius agnatione posthumi ruptum esset, siue viuo siue mortuo patre natus posthumus fuisset l. j. & 3. l. posthumus 12. & pass. hoc ti. De iniust. rupt. Ergo & patre capto æquè rumpetur. Non tamen per legem Corneliam, sed per agnationem posthumi. Itaque non dubito quin locus hic mendosus sit, legique debeat post non per in illis verbis per legem Corneliam. Vt sensus sit, post legem Cornelia rumpi testamentum patris captiui natiuitate posthumi, quod ante legem Corneliam rumpi non poterat, cum iam irritum factum esset per capitis diminutionem & quidem maximam l. si quis filio 6. §. irritum eod. Neque enim quod iam ruptum aut irritum factum est, magis rumpi aut irritum fieri potest, sicut nec quod nullum est l. nam etsi 5. vers. post defectum eod. quia & quod ruptum vel irritum factum fuit cum ab initio valeret perinde ex eo tempore nullum dici potest ac si numquam valuisset: sicque Iulianus loquitur in d. §. vlt. Lex autem Cornelia quæ confirmat captiui patris testamentum hoc ipso facit vt rumpendum sit, & consequenter non vt rumpatur sed vt rumpi possit. Verum hic illa rursus incurrit hæsitatio, quomodo fieri possit vt post legem Corneliam, & ex eo solo quod confirmat testamenta captiuorum, testamentum hoc de quo agimus, continuo, vt Iuolenus ait, rumpatur, cum non continuo & statim atque testator ab hostibus captus est lex Cornelia id confirmet, sed eo demum tempore quo captiuum apud hostes mortuum esse innotuit. l. j. l. nec nos 3. C. de postlim. reuers. Alioqui si statim confirmaret, euenire necesse esset, vt patre quoque ab hostibus reuerso non eò minus confirmatum per legem Corneliam testamentum crederetur. Nisi diceres confirmatum sub ea conditione. Si postea captiuus apud hostes moreretur, quod tamen ridiculum esset, quia legis proprium est purè & absolutè imperare, & constituere, non conditione vlla potestatem suam suspendere. Rursum si admitteres reuerso quoque patre confirmatum fuisse ex lege Cornelia testamentum nullus superesset locus fictioni postliminij, sed & fictio ipsa postliminij infringeret, quæ cum faciat vt qui ab hostibus rediit numquam captus intelligatur, facit etiã vt nulla confirmatione indigeat testamentum quod ante captiuitatem factum fuerat, sed postliminij iure vires suas recipiat ita vt nec conualescere dici debeat quod semper valuisset existimatur d. l. si quis filio §. penult. hoc ti. Neque sanè possit verè testamentum confirmatum dici ante mortem, cum quãdiu testator viuus incertum sit an aliud testamentum facturus aut fortassis factionem amissurus sit. Porro fictione legis Cornelia postliminij ius infringi aut dimini absurdum fuerit, quandoquidem fictio postliminij iure gentium primum inducta longè est antiquior & potentior, quia & fauorabilior l. postliminium 29. in princip. de captiu. & postlim. Cum enim duæ sint species postliminij, vt aut nos reuertamur, aut aliquid recipiamus, l. cum duæ 14. eod. vtraque fauet superstiti, lex autem Cornelia non nisi mortuo & hætenus duntaxat vt & hereditatem habeat & heredem. Quare nec eã legem ferri necesse fuit nisi vt eo casu prouideret quo postliminij fictio locum habere nõ poterat, id est captiuo apud hostes defuncto. Denique lex Cornelia id vnũ facit vt iungat tempus mortis tempori captiuitatis, subducto toto eo tempore quod in captiuitate transactum est l. penult. in fin. D. de vscap. Atqui coniunctio illa fieri nõ potest antequam re vera mortuus sit is qui captus erat. Consequens ergo est vt anteverã captiui mortem nulla sit legis Cornelia potestas, ac proinde uti ne

antè id tempus testamentum quod in ciuitate factum fuerat confirmare possit. Quod si ita est, quæro à Iauoleno quomodo fieri possit vt per agnationem posthumi rumpatur statim testamentum, quod iam per captiuitatem irritum factum est, necdum per legem Corneliam confirmatum? Respondent nostri id fieri propter spem conualescentiæ. Malè, siue verbū ipsum quo vtuntur, siue rē & effectū consideres. Etenim, vt iā monui, conualescere dici non potest testamentū quod semper valuit nec vnquā infirmatū fuit: in eoque, quod magis miror, etiam Cuiacius lapsus est qui ad l. lex Cornelia 12. qui testam. facer. poss. scripsit conualescere testamentum quod vires suas recipit: confirmari quod vires suas retinet. Posterius quidem verum est, sed prius si tam generaliter intelligatur, non item. Vires quippe suas recipere dicitur etiā qđ prorsus infirmatum & irritum factum fuerat, puta testamentum eius qui deportatus, dein restitutus est d. l. si quis filio §. penult. Quod autem postliminij iure valet vires quidē suas recipit, quia incipit certò & absolutè valere quod antea in suspenso erat (non an valeret necne sed an propriis viribus subsisteret, an confirmatione legis Corneliæ indigeret.) An non idcirco cōualescit, quia nec vnquam inualidum fuit quod adeò semper valuit vt non valere non poterit, nisi ad eum modū quo cætera ciuium Romanorum testamenta. Si verò rem ipsam & effectum consideres, absurdum sanè sit dicere rumpi testamentum qđ iam sit inualidū propter spē cōualescentiæ & ob id solūm ne possit vnquā cōualescere. Omnimodo enim necesse est vt valeat prius quàm rumpi possit, sicut & rumpi aut aliter infirmari priusquàm possit conualescere. Dicendū igitur est testamentū hoc de quo quærimus si solam iuris rationem inspicias nō etiā postliminij & legis Corneliæ fictionem, irritū quidē factū esse per maximā capitis diminutionē, sed si vtrāmq; fictionem cōsideres (quomodo nunc cōsideranda est, & ex vtriusq; cōsideratione informāda iuris ratio) irritum factum nō esse qđ aut postliminij iure vires suas recepturum sit aut ex lege Cornelia cōfirmationem accepturum. Nā si irritū factum dici posset aut valere defisset, cōfirmari postea nō posset, sed aut rescindendū esset aut pro reiecto & nouo habendū. Et verò cum captiuitas, ea sit quæ irritū facit, & vtrāq; fictio tā postliminij quàm legis Corneliæ omnē captiuitatis labem memoriāq; debeat, apparet fictionē inspicientibus testamentū numquā nō valuisse. Quin & sola postliminij fictio sufficere posset ne testamenti vis prorsus abrūperetur, vtq; ius habēdi heredis sicut & cætera omnia ciuitatis iura saltem in suspenso retineretur, & captiuo testatori cōseruaretur l. illa institutio 32. §. j. de hered. insti. Indēq; nimirū euenit vt quo instanti extinguitur spes postliminij moriente apud hostes testatore, & succedente fictione legis Corneliæ, confirmari possit testamētum eiusdē legis potestate, propterea qđ testamenti validitas in id vsq; tēpus per suspensū iuris cōstitutionē in suspenso māserit. Quæ si iā corruisset nec tantisper sustineri potuisset, pculdubio deficeret legis potestas, nec magis captiuū testamētum cōfirmare posset, quàm facere vt fili⁹ qui primo captiuitatis instātī in patris erat potestate, in eadē perpetuā fuisse potestate retrofingatur, aut vt fili⁹ durāte patris captiuitate mortu⁹ si illi heres fuisse videretur, quorū tamē neutrum facit d. l. lex Cornelia 12. qui testam. facer. poss. l. 3. C. de postli. reuers. Nā quēadmodū nulla est potestas legis Corneliæ ad retrofingendū ius patriæ potestatis, quia nullū ampliùs est sed iā extinctū quo tēpore captiu⁹ moritur, nec ad hereditatē filio deferendā qui patre ad huc captiuo decesserit, quoniā tūc nō sit isin rerū natura cū fictio locū habere incipit, vt heres fieri possit, ita neq; cōfirmare posset testamētū qđ eo tēpore

nullū esset, quo fictionē interuenire oporteret, sola neq; hereditatē legitimā cōfirmaret, de qua scilicet nō nisi post patrisfamilias mortē quæri oporteat, (vt proinde nec viuo captiuo possit ius habēdi legitimi heredis extinctū videri) quæque licet tunc nulla sit cum captiuus moritur, facilè tamen & absq; impedimento vllō inducitur coniuncto mortis instanti cū instanti captiuitatis, quoniam ab ipso mortis instanti fictio incipit, atque ita priusquàm hereditas constituenda sit quæ non nisi iam mortuo patrefamilias vlla esse vnquam potest l. j. de hered. vel act. vendit. l. qui superstitis 94. de acquir. hered. Testamentariæ hereditatis, vt dixi, alia ratio est, non quod antè testatoris mortem possit esse hereditas, sed quia vt testatore mortuo non tantum hereditas sit, sed etiam testamentaria, necesse est antè testatoris mortem factum esse testamentum, idque tale esse cum testator moritur vt non minùs quàm ipsa hereditas per legem Corneliam confirmari possit. Facto enim testamento prius est vt testamentum lex confirmet quàm hereditatem testamentariam. Atqui tale non esset, si esset irritum, cuiusmodi tamen necessario esset si non postliminij fictione validitas eius suspenderetur. Rursus si legis Corneliæ fictio non esset sola postliminij potestas non sufficeret ad impedendum ne ab ipso captiuitatis instanti irritum factum testamentum diceretur cum ex euentu appareret postliminij spem inanem fuisse l. pen. de suis & legit. d. l. in bello 12. §. j. dicit. l. bona 22. §. quod filius de captiu. & postlim. atque ita intestato patrefamilias decedente locus non esset quæstioni an medio tempore natus in ciuitate filius testamentum iam irritum rupisset. At vtraque fictione coniuncta, rectissimè dicitur testamentum rumpi agnatione posthumi, quia verum est, necdum omnino irritum factum esse, nec vnquam ex sola captiuitate prorsus irritum fieri posse. Quidni ergo rumpatur? & quidē statim & eo ipso instanti quo posthumus nascitur? Et rogo si tum non rumperetur, quoniam alio tempore rumpi posset? siquidem qui non rumpit cum nascitur fieri non potest vt is vnquam agnascendo rumpat. Neque tamen id ita accipi velim, quasi absurdum esse putem non rumpi testamentum posthumi præteriti agnatione. Nam si poneres præteritum à patre qui postea esset deportatus, & natum post patris deportationem, defenderem audacter non rumpi agnatione posthumi testamentum quod iam per mediam illam capitis diminutionem irritum factum esset: quia non sicut spes postliminij, ita restitutionis quæ à Principe obtineri potest suspendit vires testamenti quominus statim irritum factum dici debeat. Planè conualescente postea testamento per restitutionem non negarem tum demum rumpi testamentum, non quod melioris condicionis esse non debeat pater qui post testamentum deportatus est, quàm qui ciuitatem retinuit (quid enim commune habet delictum cum viribus testamenti? vt contra Papinianum Ulpianus disputat in quæstione l. Papinianus 20. de minor.) sed quia sicut restitutio reddit patri non solūm liberos sed etiam ius patriæ potestatis ex Iustiniani constitutione in d. l. vlt. C. de sentent. pass. ita facit vt patri nouus suus heres eo demum tempore agnasci videatur: quæ iam olim dubitandi ratio erat ad l. si pater 9. & seq. D. hoc titu. de iniust. rupt. Illud igitur contendo, in specie illa quam Iauolenus tractat rumpi testamentum agnatione posthumi, & quidē statim, quia numquam fuit prorsus irritum aut pro irritum habitum, nempe quod in suspenso manserit propter spem

postliminij in id vsque tempus quo cessante & finita postliminij spe, ac succedente legis Corneliæ potestate per eam legem confirmari potuerit, eamque esse Iuoleni sententiam, & eius sententiæ rationem. Nam quod ait, *post legem Corneliã*, ostendit si lex Cornelia non esset aliud eum responsurum fuisse, scilicet non rumpi agnatione posthumi testamentum quod iam esset irritum nil obstante postliminij fictione quæ eo casu de quo agimus, hoc est patre apud hostes mortuo, nullas prorsus vires haberet. Quod ait, *rumpi cõtinuato filio*, ostendit, si testamentum eo tempore quo posthumus nascitur iam prorsus irritum esset, futurum ut rumperetur quidem agnatione sui hereditate sed non statim, tum igitur cum conualesceret. Sed & quod ait, *post legem Corneliã*, si benè ponderetur, ostendit verum esse quod in superioribus diximus, postliminij fictionem antiquiorem esse lege Cornelia, & turpiter errare eos qui putant fictionem postliminij inductam primo capite legis Corneliæ. Perinde namque est ac si diceret, antequam lata esset lex Cornelia quæ testamentum hoc in eum casum qui euenit confirmare posset, non potuisse solam postliminij fictionem efficere ne per captiuitatem irritum illud fieret ut agnatione posthumi rumpi posset: at nunc post legem Corneliã non quidem solam sed accedentem iuri postliminij & supplementem quod illi deerat, dubitandum non esse quin testamentum & rumpi possit, & statim rumpatur nato filio: Ita fiet ut ruptum agnatione posthumi in neutrum casum postea valere possit siue pater ab hostibus reuertetur siue non, cum tamen si posthumus natus non esset omnimodo & in vtrumque euentum valiturum erat siue reuerso patre propter postliminij fictionem, siue non reuerso eo propter legis Corneliæ autoritatem.

An Cornelianus posthumus Velleanus dici possit.

CAP. X.



ALTERA & præcipua ad Iuolenum dubitatio est, an posthumus hic quem Cornelianum appellamus, Velleanus dici possit, & Velleani iure censeretur. Quæstio in eo est, An viuo patre, an post ipsius mortem natus videatur: siquidem Velleanum posthumum intelligimus qui post testamentum viuo testatore nascitur l. Gallus 29. §. nunc de lege Vellea de liber. & posthum. Non est ex interpretibus aut veteribus aut neotericis qui non pro certo & confesso habeat, Velleanum dici non posse, quia licet patre apud hostes viuo & natus reuera & mortuus sit, retrofingatur tamen pater antè eius natiuitatem mortuus, quippe qui perinde habeatur ac si eo ipsi instanti quo captus est in ciuitate decessisset. Ego verò quamquam non inficior, eum qui patre iam capto natus est si in ciuitate aut apud hostes post patrem moriatur, haberi pro nato post mortem patris ex fictione legis Corneliæ, ideoque nec Velleanum dici posse, hunc tamen de quo Iuolenus tractat, id est qui antè patrem licet in ciuitate decesserit, alio iure censeretur contendo, Velleanumque omnimodo dici debere. Mouet me, quod iam sæpius repetere fuit necesse, quod fictio legis Corneliæ sicuti ad ea iura non pertinet quæ quo tempore pater apud hostes moritur iam extincta per captiuitatem reperiuntur, ita nec ad eas personas quæ eo tempore mortis patris amplius in rerum natura sunt

sunt. Vtrumque eadem ratione, quoniam cum fictio Corneliã ab eo demum instanti mortis incipiat ut id ipsum iungat instanti captiuitatis, l. penult. in fin. D. de viucap. fieri nullomodo potest ut effectum vllum parere possit, quod ad eas res & personas attinet, quæ iam tum esse desierint, sicut nec ad eas pertineret, quæ iam tum esse desissent cum pater capiebatur. Coniunctis enim duobus illis temporibus mortis & captiuitatis euenire necesse est ut ea omnia quæ esse desierint, eo instanti quo captiuus veram & naturalem mortem obiit, nec eo quoque instanti fuisse videantur, quo cœpit captiuitas ac si vnum idemque instans esset mortis & captiuitatis. Nec similiter à contrario possis dicere. Omnia igitur quæ reuera in rerum natura erant primo captiuitatis tempore, licet durante captiuitate aut propter captiuitatem perierint, perinde tamen superesse adhuc & subsistere videri quo instanti captiuus moritur. Nam dissimilitudinis ratio est quod fictio incipit à morte non à captiuitate, cum nec ob id fictio locum habeat quod paterfamilias ab hostibus captus sit, sed quod apud hostes decesserit. Eaque prima ac præcipua differentia est inter fictionem postliminij & legis Corneliæ, quod fictio postliminij licet non nisi reuerso captiuo ius tribuat, ab eo tamè tempore quo spes est posse captum reuerti, hoc est à primo ipso instanti captiuitatis incipit vires suas exerere & omnia tenere in suspenso quandiu spes illa durat, id est, quandiu captiuus viuunt in id vsque tempus quo mori incipiat eiusque morte spes illa cum fictione interoidat. Alioqui præpostera essent omnia si postliminij fictio inciperet à die reditus, & tamen antè reditum & à die captiuitatis omnia propter postliminij fictionem in suspenso retinerentur. Reditus captiuo in ciuitatem non principium est fictionis postliminij, sed implementum, ut ita dicam, condicionis sub qua datum erat captiuo ius retinendi omnia libertatis & ciuitatis priuilegia hæcenus scilicet ne ea prorsus amississe videretur. At fictio legis Corneliæ ibi incipit ubi fictio postliminij definit, id est eo instanti quo moritur is qui apud hostes erat. Fictio postliminij extendit in futurum & protrahit iura libertatis & ciuitatis in fauorè captiuo ac si adhuc in ciuitate esset in eum vsque diè quo fieri amplius nequeat ut reuertatur. Fictio legis Corneliæ cõtrà retrotrahit omnia à tempore mortis ad tempus captiuitatis, & ut retrohat retrofingit in præteritum, sed in futurum nihil fingit nec in præsens ut videatur nunc viuere qui iam mortuus est. Et sanè absurda & incommoda innumera sequerentur si fictionem legis Corneliæ æstimarem ex eo personarum & rerum statu qui sit tunc cum capitur ab hostibus paterfamilias, non cum moritur. Ita enim fieret ut heres institutus ab eo cuius testamentum confirmaretur, heres testatoris fuisse diceretur siue extraneus esset siue filius siue seruus, tametsi durante captiuitate decessisset. Atque ita fieret heres ipso iure non solum homo mortuus, quod per se absurdissimum est l. quidam referunt 14. de iur. codicill. sed etiam talis mortuus qui viuens nec si voluisset acquirere tamen sibi hereditatem viui hominis potuisset. Nullo autem facto testamento sequeretur agnatum qui tum proximus fuisset cum paterfamilias capiebatur, non eò minus futurum illi heredem ab intestato quod eo adhuc apud hostes viuo decessisset, aut saltem si quod antè aditam hereditatem decessisset heres esse non posset, obstaturum illum sequentis gradus agnato perinde ac si reuera paterfamilias superuixisset, cum in agnatis iure ciuili veterè non sit successio §. placebat Instit. de legit. agnat. success. atque ita fore bona vacatia, quod d

tamen vtrumque negat lex Nec nos præterit 4. C. de postlim. quæ exclusio etiam filio qui captiuitatis tempore superstes antè matrem decessisset, quique interea quasi sibi delatâ matris hereditatē adierat, deq; ea cū agnatis matris transegerat, vocat ad matris postea defunctæ successionē agnatos illos qui eo demū tempore quo mortuâ esse apparuit proximiores reperiantur. Sequeretur etiâ filiū qui in patris potestate fuisset quo tēpore pater capiebatur eo saltē casu quo patri superuixisset retrofingendum mansisse semper in potestate, atque ita suū heredē fieri patri, quod tamen disertè negat Iulianus in d.l. lex Cornelia 12. qui test. fac. poss. Et verò si ita ius esset ut superstes dici deberet suus heres patris, consequens esset non eò minùs debere eum retrofingi suum heredem fuisse quòd viuo reuera patre decessisset, cū in suis heredibus nec aditio nec immixtio vlla necessaria sit ad acquirendâ hereditatē, sicq; eueniret necessariò ut lex Cornelia heredē faceret mortuū, quique sequentibus in gradu siue liberis, siue agnatis captiuo superstitibus obstaret ne heredes esse possent, quia nec in suis erat successio delata semel suo heredi hereditate l. i. §. sciendū de suis & legit. Ac proinde ut quæ lex nihil aliud agit nisi ut heredem inducat, eadem ipsa impediret ne heres quisquâ aut ex testamento aut ab intestato esse posset. Consequens etiam esset non eò minùs confirmari per legem Corneliâ pupillares tabulas, quòd filius impubes prior in ciuitate quàm pater apud hostes decessisset, quòd tamen Papin. negat in l. quòd si filius 11. in princip. de captiu. & postlim. Eadē in persona serui tractari possunt qui à domino heres institutus si aut in domini potestate semper mansisse aut ei necessarius heres fuisse retrofingere-retur qualis futurus erat, domino antè captiuitatem moriēte, legitimis heredibus obstaret, quamuis ipse antè dominū mortuus heres illi esse nō posset. Ideòque Iulianus in d.l. lex Cornelia negat apertissimè retrofingendum eū fuisse in domini moriētis potestate, adeò ut nec cū domino superstes fuit admittat dici eū debere necessariū propriè, licet nō minùs eū vel inuitū obliget hereditati quâ si esset necessarius. Nec est quæ cū interpretib. cauilleris Iulianū cū negat filiū aut seruū captiuū apud hostes mortuū fuisse in moriētis potestate suūmq; illi heredē aut necessariū, respicere ad rei veritatē nō ad legis Corneliæ fictionē. Nā imò verò cū ita scribit, tractat de fictione & potestate legis, quâ & tantâ esse vult ut nō solū inducat & cōstituat heredē homini captiuo qui reuera nec heredē nec hereditatē habere potuit, sed etiâ talē heredē, qui vel inuitus heres sit, si mortuo patre vel domino inuitus ei heres futurus erat, hæc sola differētia quòd nec suū nec necessariū heredē facit, qui aut suus, aut necessarius fuisset patre vel domino in ciuitate defuncto. Hoc ipsum autē ideò quia nec retrofingit filiū aut seruū fuisse in moriētis potestate, propterea quòd & patria & dominica potestas iâ extincta reperitur quo tēpore captiuus moritur, à quo demū tēpore, ut dixi, fictio incipit, solūque superest ius habendi heredis quòd sicut viuo non competit (neq; enim viuus heredē habere potest) ita nec viuo captiuo amissum videri debet, ut proinde legis Corneliæ fictione quæ ab eo tēpore incipit quò de herede tractandū sit, id induci nihil prohibeat: quāuis verū sit dicere captiuū citrà leg. Corneliæ nō fuisse habiturū heredē, non quia viuus amiserat ius habēdi heredis, sed quia mortuo eo nō potuisset propter captiuitatē vlla ipsius hereditas cōstitui aut intelligi quâ tamē eo demū tēpore cōstitui, & ut ita dicā, creari suūmq; esse tū primū accipere oportebat. Quòd si viuo captiuo ius habendi heredis exēpio cæterorū de quib. diximus amitteretur, proculdubio nec po-

tuisset lex Cornelia fictione vlla inducere captiuo heredē ut nec hereditatē, quoniā nec nisi à tēpore mortis facere id potuisset, nec rursum ab eo tēpore fictionē suā accommodare ad ius hoc quod iā tū sublatū & extinctū esset. Propter quā causam dicebamus superiore cap. nō potuisse per eam legem fieri ut testamentariæ hereditates confirmarentur nisi postliminij fictio testamenti quòd alioqui per captiuitatem irritum factum esset, vires & robur in suspenso retineret ac sustineret in id vsque tempus quò cessante postliminij fictione legis Corneliæ potestas possit succedere, nempe quia hereditas testamentaria nulla esse potest eius qui testamenti factionem amiserit, quæ porrò nō à mortuo sed à viuo testatore amittitur. Denique cū lex Cornelia, ut sæpius dictum est, iungat tempus mortis tempori captiuitatis, ob idq; necesse sit ea omnia quæ medio tempore mutationem aliquam habuerunt siue propter captiuitatem, siue durante captiuitate mutatio contigerit, alterutro modo æstimari aut qualia erant cū pater familias capiebatur, aut qualia reperiantur cū is moritur, (medij namque temporis quòd per legem profus tollitur ratio nulla haberi potest) apparet eo modo estimada esse quò estimari possunt quo tēpore lex Cornelia locū habet, id est captiuo mortuo ut nec eius instatū quo pater familias captus est ratio vlla habeatur nisi hæc tunc ut ad id mortis quoque instatū retrotrahatur. Ergo, ut ad rem nostram redeamus, Quando posthumus hic de quo Iauolenus tractat non solū viuo apud hostes patre natus sit, sed etiam eodem adhuc superstite præmortuus, fieri non potest ut lex Cornelia quæ mortuum eum reperit quo tempore fingere incipit defunctum in ciuitate patrem, fingat eum patri superstitem, alioqui eadem fictione faceret eum heredem ab intestato licet mortuum, quòd esset ridiculum, ut diximus. Nec possis inculcare potuisse filium posthumum retrofingi heredem quia suus heres fuerit. Nam præter id quòd dixi & verissimum est ius fuitatis extinctum per captiuitatem nunquam per legem Corneliæ restitui d.l. lex Cornelia, non potest etiam ius fuitatis efficere ut filius successionis iure heres sit viuētis patris nec facere heredem filium eo casu quo extraneus per aditionem heres fieri nō posset, arg. l. eum bonis 87. de acquir. hered. Atqui extraneus non posset adeundo captiuū hominis adhuc viuētis hereditatem sibi acquirere, imò nec filius matris suæ successionem nec si cæteri matris agnati consentiant d.l. nec nos 4. C. de postlim. reuerf. Ergo neq; huic posthumo antè patrem mortuo prodesse poterit quòd eum falsò retrofingas suum heredem patri extitisse & in ipsius potestate semper mansisse, ut inferas acquisitam illi hereditatem parentis viuū qui post eū decesserit. Et tamen si heres non fuit, non eò minùs obstabit agnatis proximis, quoniā, ut dixi, nec in suis nec in agnatis est successio: atque ita vacans fiet hereditas, quòd tamen per legem Corneliā fieri non potest. Facit enim illa heredem & hereditatem ut vocet heredes scriptos aut legitimos nō bona vacantia ut inuitet fiscum: quamuis si ex lege Cornelia nemo heres extiterit, id est si suus heres aut agnatus proximus cui lex Cornelia detulit hereditatem heres esse noluerit aut qua alia ratione impeditus hereditatem sibi non quæsierit, perinde fiant bona vacantia ac si hereditatem lex 12. tabul. detulisset: quomodo intelligi Iulianus debet in d.l. bona 22. §. 1. de captiu. & postlim. in illis verbis: *Quòd si nemo ex lege Cornelia heres extiterit bona publica fiant.* Ac sanè Iauolenus in fine huius legis cū ita scribit, *sequitur ergo ut ex eo testamento hereditas ad neminem perueniat*, non obscurè significat pertinere eam non ad posthumum (qui si rupto per natiuitatem suam testamento

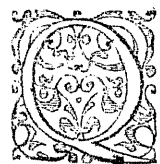
ab intestato patri successisset iure sui heredis, frustra Iuolenus secundam illam quaestionem proposuisset, & si filius ante moriatur quam pater, an scripti heredes hereditatem habituri sint. Filio enim rumpente & ab intestato succedente quaenam obsecro pro scriptis heredibus dubitandi ratio afferri poterat? sed ad legitimos captiui heredes. Hoc igitur probato & constituto fictioni legis Corneliae in proposito casu locum esse non posse, quod ad filij personam attinet, ut pater ante ipsum mortuus retrofingatur, omnino consequens sit quod volumus ut posthumus hic Velleanus dici debeat, & viuo testatore & natus & mortuus ut re vera est ita esse intelligatur: neque tamen eò minus rumpat, quoniam Velleanus quoque posthumus rumpit, nisi vel institutus sit vel exheredatus l. 3. §. 1. hoc ti. Idque Iuolenus apertissime sentit, cum postquam quaesit quo tempore testamentum hoc rumpatur, id est an viuo patre cum eo viuo posthumus reuera nascatur, an eo mortuo quod non nisi mortuo demum patre testamentum confirmetur per legem Corneliae: prius autem esse videatur ut confirmetur quam ut rumpi possit, & ut rumpi possit quam ut rumpatur, Respondet nato filio continuo rumpi. Id enim alium sensum admittere non potest quam ut viuo adhuc patre rumpatur. Alioqui non continuo rumperet qui non nisi mortuo patre rumperet. Sed nec tunc rumpere posset qui iam tum & ante patrem mortuus esset. Quoties enim posthumus post patris mortem rumpit, rumpendo sibi locum facit & ab intestato succedit l. nam etsi §. vers. rumpendo. de iniust. rupt. ab intestato autem succedere non potest, qui iam reuera mortuus est, ut supra diximus. Sed & quod Iuolenus ait testamentum hoc continuo rumpi notandum est contra Iacobum Cuiacium, qui ad l. 7. de liber. & posth. scribit testamentum quod posthumi agnatione viuo patre rumpitur, non nisi post patris mortem effectu ipso rumpi videri. Hoc enim, de quo agimus, & viuo testatore & continuo rumpitur ne si mortis patris tempus expectandum esset, nunquam rumperetur premortuo interea posthumo. Sed hic rursus dicat aliquis, heri non posse, ut hic Velleanus sit posthumus, si verum est quod diximus, nec suum heredem eum nec in patris sui potestate fuisse intelligi: nam Velleanus ille est qui & suus, & in parentis potestate nascitur. l. Gallus 29. §. nunc de lege cum seq. de lib. & posthum. Quod si Velleanus non sit, id est, nec suus nec in potestate cum nascitur, quo iure potest rumpere tanquam praeritus, siue viuo, siue mortuo patre natum eum intelligas? Respondeo hoc vno differre posthumum Cornelianum de quo agimus qui viuo patre & natus & mortuus sit à Velleano, quod neque suus heres neque in patris potestate aut nascitur aut natus ex lege Cornelia retrofingitur: nec tamen eò minus rumpere, quia verum est suum esse posthumum cum si eo tempore natus fuisset quo conceptus fuit, utique in parentis potestate fuisset. Porro natus retrofingitur eo tempore, vetustissima scilicet illa fictione qua & Caius in Instit. lib. 1. ti. 4. §. ult. regulam iuris appellat, qua facit, ut qui legitime concipiuntur ex tempore conceptionis statim sumant. Suum enim posthumum dicimus, non eum qui nascatur in patris potestate (nam & qui mortuo iam patre nascitur licet primum gradum teneat in causa succedendi non tamen nascitur in potestate, cum patria potestas morte finiatur) neque eum qui cum nascitur heres esse possit (Velleanus siquidem suus est nec tamen quo instanti nascitur, succedit, qui viuus adhuc patrem habet) sed qui si eo tempore nasceretur quo concipitur suus heres nasceretur, & in patris tum morientis potestate

estate esset, adeoque primum in familia, & causa hereditatis gradum obtineret. Itaque suum posthumum appellamus etiam eum, qui natus est ex emancipato, si modò ante emancipationem conceptus sit l. j. §. si pater in potestate in fin. de coniung. cum emancip. liber. eius. Et ex contrario alienum, qui ex emancipato conceptus est licet fieri possit ut in aui potestate sit cum nascetur §. posthumo alieno Instit. de legat. Et ut Vlpianus scribit in fragmentis ti. 22. qui hered. inst. poss. §. eos qui in vtero sunt, & in §. posthumi 15. posthunos suos esse dicendum est, qui in vtero sunt si tales sint ut nati in potestate nostra futuri sint, id est qui si tum nascerentur in potestate nostra futuri essent, ut non natiuitatis sed solius conceptionis tempus spectemus. Alioqui nunquam posthumus suus diceretur qui in vtero esset, at is demum qui iam natus esset, quisque natiuitatis tempore in potestate reperiretur. Quod tamen absurdum esset, & contra supradictam iuris regulam quae eos qui in vtero sunt pro iam natis haberi vult. l. qui in vtero 7. l. penult. D. de stat. homin. Hic ergo posthumus Cornelianus licet non nascatur in patris potestate quae per captiuitatem, secuta apud hostes morte, non minus quam per mortem finita est, nec eo tempore quo heres esse possit, quia neque viui neque captiui hominis hereditas vlla est, suus tamen fuit cum conceptus est, ac proinde talis cui praeritito quaesitum sit ab eo instanti ius rumpendi paterni testamenti quodocumque; nasceretur: non attento eo an cum nascetur suus sit & in parentis potestate, necne. In eo enim qui iam pro nato habeatur ex quo conceptus est, cur secundae natiuitatis tempus spectemus quasi iterum nasci possit? Plane requirimus ut nascatur, non quod vera natiuitatis tempus spectari oporteat, sed ut ex postfacto & rei euentu appareat esse hominem qui pro nato iam inde à conceptionis tempore haberi debuerit. Alioqui cur pro prius nato haberemus eum, qui nunquam natus esset? Deficiente scilicet extremo à quo, sine quo ad extremum ad quod perueniri non possit. Quamuis autem testamenti tempore conceptus non fuerit, quodocumque tamen post testamentum conceptus perinde acquirit sibi ius rumpendi testamenti, atque si conceptus fuisset quo tempore pater testabatur. Non quod retrotrahatur dies conceptionis in diem testamenti, sed quod qui testatus est, quoadiu viuit nec mutat testamentum, videatur per singulos dies testamentum confirmare & hoc ipso iniuria afficere partum ex postfacto conceptum, cuius rationem nullam testamento habuerit, quem tamen ex se in posterum posse concipi prauidere debuerat, eumque vel instituere vel exheredare ut se à rumpendi testamenti metu & periculo liberaret. Consequens igitur est ut tanquam posthumus suus & praerititis rumpat quodocumque nascetur siue viuo patre siue mortuo, siue in ciuitate, siue apud hostes existente.

Conciliatio l. qui uxorem 15. de iniust. rupt. & irrit. fact.

testam. cum l. posthumus 12. eod.

C A P. XI.



VONIAM proxime diximus posthumum hunc Cornelianum de quo Iuolenus tractat in l. qui uxorem 15. de iniust. rupt. test. Velleanum dici posse ex ea parte, qua viuo patre natus est nec per legem Corneliae post patrem natus fingitur, inferre quis fortasse non improbabiler possit: Eo igitur ante patrem

n n j

mortuo hæcenus conualefcere testamentum debere vt bonorum possessio secundum tabulas heredibus scriptis detur atque ita ad eos non ad agnatos proximos hereditas perueniat. Sic enim contra nimiam iuris scrupulositate ab Hadriano ex æquitate constitutum esse Vlpianus refert in l. posthumus 12. hoc ti. de qua & nos supra scripsimus. Nec sanè nostri dubitant quin id ipsum in hac specie respondendum esset si posthumus Velleianus dici posset. Nihil enim aliud habent quod ad illam Hadriani constitutionem respondeant, nisi quod posthumus hic quamquam re vera viuo patre natus, post ipsius tamen obitum natus fingitur ex lege Cornelia. In quo posthumorum genere qui vere & propriè sunt posthumi l. 3. §. j. eod. hoc est qui post parentum mortem nascuntur, receptum est vt non solum agnascendo rumpant sed & ita rumpant ne vllomodo conualefcere testamentum possit licet proximo post natiuitatem instanti moriantur. l. 2. & 3. C. de posthum. hered. instit. Cum ergo probauerimus Velleiano potius quam vero posthumo comparandum, nisi quod nec suus nec in parentis potestate nascitur, an id eod. admittemus meliorem scripti heredis conditionem esse debere vt agnato proximo præferatur? Id verò disertè Iauolenus negat qui ad secundam quæstionem illam quam iis verbis proposuerat, *Et si filius ante quam pater moriatur, an scripti heredes hereditate habituri sint*, sic respondet in fine legis, *sequitur ergo vt ex eo testamento hereditas ad neminem perueniat*. Inferens nimirum ex eo quod dixerat agnatione posthumi rumpi testamentum: potiorum igitur legitimorum quam scriptorum heredum causam esse debere. An ergo Iauolenus cum Vlpiano pugnat? Minimè: quia constitutio illa Hadriani de qua Vlpianus in d. l. posthumus, non uel ius continet, vt ad eum locum scripsimus, neque antè Hadrianum ita respondere aut constituere quisquam ex prudentibus potuisset. Non quod æquitas sed autoritas deesset ad inducendum vt bonorum possessio secundum tabulas heredi scripto data ex testamento rupto, esset cum re, heredisque legitimi ius lege duodecim tabularum constitutum, & confirmatum infringere: at Iauolenus floruit antè Hadrianum, nec ad eius tempora peruenit vt constitutionem Hadriani scire & ex ea respondere potuerit. Illud longè magis mirari quis possit, Iulianum qui Hadriani temporibus vixit eoque imperante perpetuè edictum composuit, & ex cuius consilio ac autoritate credibile sit Iulianum pleraque noua iura constituisse, Iulianum inquam, in l. bona. 22. §. vlt. de capt. & postlim. vbi eandem quam hic Iauolenus specie tractat, sic scribere, quasi nihil referre existimet, an in ciuitate, an apud hostes mortuus sit pater, quo viuo in ciuitate posthumus natus sit & decesserit. Sic enim ait, *Si quis cum pregnantem uxorem haberet in hostium potestatem perueniret, nato deinde filio & mortuo ibi decesserit, eius testamentum nullum est, quia & eorum qui in ciuitate manserunt, hoc casu testamenta rumpuntur*. Sensus est, non confirmari hoc casu testamentum captiui per legem Corneliam, quia nec confirmaretur per legem duodecim tabularum, si testator in ciuitate decessisset, ne alioqui melior sit condicio captiui, quam ciuis Romani contra mentem legis Cornelie, quæ parem vtriusque causam & conditionem facere voluit, non captiui meliorem. Quod verò ait, *testamentum eius nullum est*, non eo sensu dictum videri debet, quasi testamentum nullum sit, in quo præteritus est posthumus. Si enim nullum esset, nec rumpi posset. l. nam etsi 5. versicul. post defectum de iniust. rupt. Sed quia testamentum, quod ab initio valuit, postquam posthumi agnatione ruptum fuit, nullum est, quia ruptum, quod antequam rumpere-

rumperetur valebat vt rumpi posset. Cæterum quemadmodum nulla apud Iulianum mentio fit constitutionis Hadriani, ita credibile est sic eum sensisse cum Iauoleno, vt ex testamento quod ruptum fuit hereditas ad neminem peruenire possit, & consequenter vt legitimis heredibus deferatur quorum interuentu etiam fiat ne bonorum possessionem secundum tabulas cum re accipere scripti heredes possint. Aliter namque interpretantibus fiet vt de iuris tantum scrupulositate, non item de rei effectum Iauolenus & Iulianus respondisse videantur. Cum nihil interfit heredis scripti an hereditatem iure ciuili & tanquam heres nascatur, an iure bonorum possessionis secundum tabulas quæ cum re sit vel inuitis legitimis heredibus defuncti bona retineat. An ergo Iulianum quoque dicemus ignorasse Hadriani constitutionem? sed id non est probabile, quæuis nesciri possit vtum antè vel post constitutionem illam, Iulianus sexagesimum secundum Digestorum librum scripserit, ex quo locus ille sumptus est. Itaque verisimilius fuerit dicere, etiam hodie incorrectum manere Iauoleni responsum nec ad hunc Cornelianum posthumum de quo agimus Hadriani constitutionem pertinere: ratione illa, quod posthumus hic præteritus non solum agnascendo rumpat, sed etiam rumpendo faciat vt testamentum quod alioqui captiuitas prorsus irritum factura erat si non legis Cornelie potestas id ipsum fuisset aliquando confirmatura, hoc ipso irritum omnino fiat factumque intelligatur quod per legem Corneliam confirmari posse definit ex quo ruptum est. Non enim lex Cornelia confirmat rupta testamenta, sed ea tantum quæ captiuitas irrita faceret si non confirmaretur. Proinde rumpi testamentum necesse est ad hoc ne per legem Corneliam confirmari amplius possit, quæ quoniam quandiu confirmare potest, efficit, coniuncta cum postliminij fictione, vt ne prorsus irritum per captiuitatem factum esse videatur, efficit quoque vt tandiu agnatione rumpi possit: quia quandiu ruptum non est, in eo est vt nil obstante captiuitate confirmari per legem Corneliam possit, quodocumque mortuo apud hostes testatore. Porro quemadmodum lex Cornelia non confirmat testamenta rupta quæ nec lex duodecim tabularum confirmaret si captiuitas nulla interuenisset, ita neque Hadriani constitutio pertinere potest ad ea quæ non solum agnatione rupta sunt, sed & per captiuitatem facta irrita, in quibus tamen si vitium rupti tollas eo prætextu æquitatis, quod mortuo antè patrem posthumo qui ruperat, potuerit pater iterum velle cum eodem testamento decedere atque ita nouas ei vires ex noua & posteriore voluntate tribuere, non possis tamen eodem prætextu tollere vitium irriti quod captiuitas attulit, quæ imò verò etiam facit ne ruptum testamentum ex noua voluntate queat conualefcere, quia impedit ne voluntatem vllam quod ad testandi ius pertinet habere possit is qui in hostis potestate est, ad eod. vt nec si ab hostibus redierit, testamentum tamen quod in captiuitate fecerit conualefcatur. l. eius qui 8. D. qui testam. facer. poss.

Interpretatio & emendatio §. si filium l. si quis posthumus 9. de liber. & posth. & ad l. scripto 7. V. nd. liber.

CAP. XII.



NON ESSET obscura loci huius sententia, nisi iam inde à tot seculis corrupta lectio non solum difficilem eam faceret, sed etiam aut falsam, aut inexplicabilem. *Si filium*, inquit Paulus, *exbe-redauero, nepotemque ex eo præteriero, & alium heredem instituero,*

& supervixerit filius post mortem meam, licet ante aditam hereditatem decesserit, non tamen nepotem rupturum testamentum Iulianus, Pomponius & Marcellus aiunt. Quæ etiam Papiniani sententia est, in l. scripto 7. Vnd. liber. & Vlpiani in l. si quis filio 6. de iniust. rupt. & irrit. fact. ubi addunt quod & Paulus in fine huius §. subiicit, nepotem hunc licet rumpere testamentum non possit, quia nec exheredari ab auo debuit cum pater eum testamenti tempore præcederet, suum tamen auo heredem fore ab intestato si institutus qui viuo filio exheredato desideunda vel repudianda hereditate deliberabat, post filij mortem repudiauerit aut ante aditam repudiatam decesserit: nec ei filium in causa intestati obstatum qui in causa testati obstitisset. Vtrumque, inquit Vlpianus, non minus eleganter quam aperte propriis rationibus. Nam adgnascendo quidam is rumpit quem nemo præcedebat mortis tempore, ab intestato vero is succedit cui priori defertur hereditas, id est ante quem non sit alij delata. Id enim faciunt verba legis duodecim tabularum à Paulo hic relata, si intestato moritur, quem licet nullo facto testamento ad tempus mortis referatur, quia iam tum certissimum est decedere intestatum eum qui testamentum non fecit aut tale fecit quod vel ab initio nullius momenti vel ex post facto ruptum viuo testatore aut irritum factum fuerit, facto tamen testamento quod mortis tempore subsistat non ad mortis tempus referri possunt sed ad id demum quo testamentum desituatur herede amplius adire non valente. Destitui enim dicitur testamentum ex quo hereditas adiri non potest l. in quantitate 73. ad leg. Fal. l. ult. de condi. instit. quod cum sit tum demum certum esse incipit intestati successione locum habere, quæ nec prius alii cuiquam delata sit, nec deferri poterit quoadiu heres testamento sperabatur. Quæ ratio facit ut idem quoque dicendum sit si filius non exheredatus, sed sub conditione quæ in ipsius arbitrio fuit institutus sit & non impleta conditione decesserit. Nec enim videbitur obstitisse nepoti, aut si nepos non sit, pronepoti, aut si neuter, proximo agnato quominus heres ab intestato esse possit qui tam cum is morietur aut suus aut agnatus proximus reperietur, si modò mortis testatoris tempore vel in rebus humanis, vel saltem conceptus fuerit, ut ex Iuliani & Marcelli sententia Vlpianus scribit in l. j. §. sciendum in fin. de suis & legit. Observandum autem est, ut hoc quoque obiter notemus, nepotem hunc quem nos eum Papiniano & Vlpiano suum heredem auo esse dicimus, legitimum heredem vocari à Paulo, iis verbis, sed etsi heres institutus omiserit hereditatem, erit legitimus heres, ut intelligamus suos heredes etiam legitimos dici posse, nepe quia per legem duodecim tabularum eque ac ceteri legitimi ad intestatorum hereditates vocantur nisi quod priore loco, & ante ceteros vocatur l. de bonis 6. §. huic autem de Carbo. edict. l. ult. C. de codicil. habetque proprium & elegantius nomen per quod à ceteris agnatis ac legitimis heredibus discernatur. Suorum scilicet quod aliis non conuenit quam qui in defuncti familia & potestate fuerunt l. in suis 11. D. de liber. & posthum. Erraruntque proculdubio Alciatus & Hotomanus qui in l. filius 12. de suis & legit. negationem addiderunt ut efficerent quod falsissimum est, filium patri agnatum proximum non esse, decepti iis Papiniani verbis quæ extant in d. l. scripto, & alioquin si non suus heres est quo iure heres erit qui sine dubio non est agnatus? quo nomine iam ante nos rectè reprehensi sunt à Cuiacio. Sed in eo quoque Cuiacius ipse labitur, quòd ut Papiniani verba effugiat hanc eorum sententiam esse vult ut qui non est suus non sit agnatus, nec suum neget Papinianus esse agnatum, sed eum qui

qui non sit suus. In quo sanè facit ridiculum Papinianum. Quamuis enim admittam suum esse non posse qui ne legitimus quidem sit, non tamen perinde ex contrario inferre possis, quod vult Cuiacius eum qui non sit suus non esse agnatum, alioqui fieret ut agnati omnes sui essent, sin minus ne agnati quidem essent, & haud dubie Papiniani ratiocinatio ut concludat, sic omnino accipi debet ut nepos ille de quo tractat si non sit suus heres auo multò minus agnatus dici possit. Respondere igitur debuit Papinianum non de filio tractare quem patri proximum adgnatum esse Pomponius ait in d. l. filius, sed de nepote quem pater mortis tempore præcedebat, quique si suus heres dici non posset, multò minus ad aui successionem vocandus esset tanquam adgnatus, qui sine dubio, inquit, non est adgnatus, videlicet proximus qualem esse oporteret ut heres auo fieri posset. Neque enim alij agnato lex duodecim tabularum hereditatem defert quam proximo, si suus heres, inquit, non erit agnatus proximus familiam habeto. Tractare autem Papinianum de causa hereditatis ostendunt proxima illa præcedentia quo iure heres erit? Hic verò nepos, proximus agnatus esse non potest, qui proximum gradum, ita ut & Papinianus fatetur, nunquam tenuerit, quippe quem pater ipso etiam mortis tempore præcesserit. Etsi autem Papinianus simpliciter ita scribit, qui sine dubio non est adgnatus non addita dictione proximus quam nos explicationis gratia supplemus, id ipsum tamen quod volumus satis exprimit dictione illa sola adgnatus, non solum quia quod ad causam hereditatis pertinet, qui agnatus proximus non est eo tempore quo lex hereditatem defert nec pro agnato habendus sit, cum in agnatis non sit successio §. placebat, Instit. de legit. agnat. success. sicut nec in suis d. l. §. sciendum de suis & legit. sed etiam quia cum adgnatus propriè & ex etymo is dicatur qui propè & iuxta natus est, consequens sit ut propriè adgnatus is esse intelligatur qui & proximus est. Id ergo Pap. sibi vult, nepotem hunc de quo agit si suus heres idèò dici non possit quòd proximum gradum nunquam tenuerit, à patre nimirum, licet exheredato, occupatum: heredem auo nullomodo fore, quia sine dubio non est adgnatus, proximus qui in secundo gradu est, & à patre antevertitur. Atqui fatentur ij, contra quos disputat, heredem illum esse debere, quòd pater qui eum præcedit heres esse nunquam potuerit, nec quandiu vixit propter exheredationem nec post mortem, quia mortuus. Fateri ergo eos necesse est suum quoque illum esse, & consequenter etiam agnatum, ne si suum negent eadem ac longè faciliore ratione ab iis extorqueatur, nec agnatum proximum esse, atque ita fiat quod multò fuerit absurdus, heredem ab intestato esse eum qui neque suus sit, neque agnatus proximus. Hæc ad Papinianum. Sequitur apud Paulum, Diversumque est si in hostium potestate filius sit & decesserit in eodem statu. Rumpit enim his casibus nepos testamentum. Diuersa, inquit, ratio est filij captiui & exheredati. Exheredatus namque impedit ne testamentum rumpere præteritus nepos possit. Captiuus filius si deinde apud hostes moriatur non impedit. Ratio autè diuersitatis illa statim subiicitur, quòd moriente auo filij ius pependerit, non abscissum ut superiore casu fuerit. Hic verò locus est qui proculdubio emendatione nec vulgaris chirurgi manu indiget: tantò magis quod & à veteribus & à nouis interpretibus aliter atque aliter legitur. Veteres enim, ut ex Accursij Bartoli & aliorum Commentariis apparet, pro illis verbis quæ nunc vulgò extant, quòd moriente auo filij ius pependerit, sic legabant, Quòd si moriente auo filius repudiauerit: quæ lectio nihil nisi nugantur.

rum comminiscendarum materiam iis præbere potuit, quas referre pudeat ne in iis postea refellendis operam & laborem perdere necesse habeamus. Alij post Alciatum pro *repudiauerit*, legunt, *repedauerit*, antiquo & inusitato verbo significantes captiuum in ciuitatem rediisse. Alii magis probant ut legamus, *filius pependit*, omnino ridiculè. Quid enim superest nisi ut filium strangulent quem tam miserè suspendunt? Florentina lectio quam primo loco retulimus quæque hodie passim recepta est, magis placet. Iacobo Cuiacio existimanti hanc esse Pauli sententiam, ut si filius qui apud hostes fuit quo tempore pater testabatur in eodem statu decesserit, nepotis præteriti successione testamentum rûpatur, quia scilicet ex lege Cornelia, inquit, viuo auo ad filij condicionem redactus, & in filii ius successisse intelligatur, nec post mortem testatoris ius filii abscissum & abruptum dici possit, quia captiuitas nihil abrumpat sed tantum suspendat l. illa institutio 32. §. 1. de here. insti. Sed hæc interpretatio neq; in se vera est, neq; differentiam illam quam inter exheredationem & captiuitatem Paulus aperte ponit, rectè explicat. Non inficior filio qui testamenti tempore captiuus erat apud hostes postea defuncto, nepotem præteritum viuo auo in sui heredis locum succedere & succedendo rumpere l. Gallus §. videndum hoc ti. Sed ex lege Cornelia id fieri nego, & pernego, ut pluribus ad eum locum docui s. Nego etiam, quod ille ait, captiuitate non abrumpi ius filii qui apud hostes decesserit. Fateor, quandiu viuus filius apud hostes, omnia ipsius iura in suspenso retineri propter spem postliminii, quam suspenso iuris constitutionem Papin. vocat in l. pen. de suis & legit. Sed eo apud hostes mortuo atq; ita extincta postliminii spe adeoque, fictione, dico iam inde à captiuitatis primo instanti abscissum prorsus fuisse & abruptum ius filii, non secus ac si ab eo tempore mortuus fuisset, non quia per legem Corneliã mortuus retrofingatur à prima hora captiuitatis, ut vulgo malè creditur (neque enim legis Corneliæ fictio ad filiosfamilias pertinet ut sapius in superioribus diximus) sed quoniam captus ab hostibus cum seruus hostium fiat si in eodem statu decedat exinde ex quo captus est pro nullo & mortuo habetur l. quod attinet 32. l. seruitutem 208. de regul. iur. Ideoque nec institui eum aut exheredari necesse est à patre qui medio tempore testamentum in ciuitate fecerit d. l. Gallus §. in omnibus l. d. apud hostes penul. hoc ti. d. l. si quis filio 6. §. Sed si pater de iniust. rupt. & irrit. Vnde illud etiam fit ut non obstat nepoti præterito quominus rûpat ut hinc Paulus ait. Tum verò secundum Cuiacii sententiam vulgaremque lectionem, verba illa, ut superiore casu, quæ non nisi ad casum exheredationis referri possunt, probant omnino filii exheredati ius abrupti & abscindi per exheredationem, quod falsissimum est. Exheredatio siquidem non tollit ius iuitatis, nec facit ut filius exheredatus minus obstat nepoti quam si esset institutus sub condicione potestatiua, & ea non impleta decessisset d. l. §. sciendum de suis & legit. De quo pluribus & ex professo scripsimus s. Nec est quod cum Cuiacio dicas, Viuo quidem testatore ius filii exheredati non abscindi, sed tamen mortuo patre abscindi quod eo demum tempore exheredatio vires accipiat l. filium 20. §. videamus de bonor. poss. contr. tabul. Nam neq; verum est ex die mortis patris confirmari exheredationem, sed tantum ex die aditæ hereditatis d. §. videamus, & l. si patronus 12. §. ex testamento de bon. libert. At in eo casu què hinc Paulus tractat, ponit mortuum exheredatum antequam patris hereditas adiretur, nec unquam postea aditam fuisse. Fieri ergo non potest

vt

ut filii ius per eam exheredationem abscissum intelligatur. Deniq; falsum est quod Cuiacius pro vero & constanti habet captiuus hominis ius pendere, præsertim filii familias, apud hostes postea defuncti. Nam quandiu captiuus est apud hostes constat eum esse seruum hostium in quorum est potestate, & eum defunctum verissimum est seruum decessisse l. 3. §. vlt. de verb. signific. Et si autem lex Cornelia iungit tempus mortis tempori captiuitatis ut paterfamilias in ciuitate decessisse videatur l. pen. §. vl. de vsucap. ad hoc ut & hereditatem & heredem habere possit l. filiusfamilias 18. ad leg. falcid. l. 1. C. de postlim. reuers. non inde tamen fit ut captiuus status pependisse videatur, qui scilicet quandiu vixit fuerit re vera seruus, post mortem verò pro eo habeatur ac si liber & in ciuitate semper fuisset, ita fit ut & viuus & mortuus certum statum semper habeat, si tamen serui status vllus dici potest. Non enim seruus aut caput aut statum habere dicitur l. 3. §. vl. & l. seq. de capit. minut. Sed nec ad filiumfamilias, ut dixi, Corneliã fictio vllomodo pertinet, quia neque hereditatem, neque heredem habiturus erat si in ciuitate mansisset. Itaque filiusfamilias captus & apud hostes mortuus, de quo hinc Paulus tractat, & vixisse & decessisse seruus intelligitur. Quod si ita est, non video quomodo status eius pependit. Imò, inquit, quoniam quandiu vixit potuit ab hostibus reuerti, atq; ita postliminii iure pristina omnia, & libertatis & ciuitatis iura recuperare. Dic breuius, si voles, & apertius, captiuus siue paterfamilias, siue filiusfamilias sit, nullum statum habere quandiu captus est, quia reuera seruus est, nec fictio vlla dat ei statum, non paterfamilias quia lex Cornelia fingit eum mortuum, ac proinde talem qui statum nullum habere possit, non filiofamilias quia fictio legis Corneliæ in eum locum non habet: eumque relinquit qualis re vera est, id est seruum & consequenter pro nullo computandum. Fictio autem postliminii quæ tam filiofamilias quam paterfamilias communis est facit duntaxat ut captiuus in eo sit, ut statum habere videri possit vno illo casu si ab hostibus redierit. Quem verò statum? Certum. Nempe libertatis & ut videatur semper fuisse, aut sui tantum iuris, aut alieni tantum. Eius scilicet cuius fuisset si in ciuitate mansisset. Nò ergo facit ut captiuus status pendeat, quia pendere dici non potest status qui necdum vllus est nec unquam futurus est incertus. Sed facit tantum ut pendeat an statum aliquem habere videatur. Illius igitur demum status pendet & incertus est qui cum duplicem statum habere possit vtrum habeat nesciatur. Ii verò sunt liberi captiuorum, quia ignoratur an patresfamilias, an verò filiifamilias habendi sint quãdiu parentes reuerti possunt. Verum iam dixi Paulum tractare de filio qui ab hostibus non sit reuersus, & consequenter quem dici possit, licet audenter, ut loquar cum Scæuola in d. §. videndum, l. Gallus, iam viuo patre pro mortuo & nullo haberi debuisse, quem scilicet ex postfacto appareat, nec rediisse nec redire posse, dict. l. si quis filio. §. sed si pater, de iniust. rupt. & arg. l. huic scripturæ 15, in fin. ad leg. Aquil. Mortui autem & nullius hominis statum pendere nemo dixerit. Præterea postliminii fictio in eo qui cum capiebatur paterfamilias erat, non facit ut pendeat, an liber sit vel seruus, sed an pro viuo an pro mortuo haberi debeat. Nam siue ab hostibus reuertetur, siue apud eos morietur, semper fuisse liber videbitur, soloque hoc intererit, quod si in captiuitate decedat, exinde retrofingetur decessisse ex quo captus est, propter legem Corneliã. l. pater 10. in princip. de capt. & postlim. l. 1. C. eod. Si reuertatur nò solum vixisse sed & in ciuitate perpetuò

vixisse intelligetur. Igitur non potest videri pendere status patrisfamilias captiui, siue legis Corneliæ siue postliminii fictionem cõsideres, quia licet sint contrariæ, in eo tamen conueniunt quod captiuitatis memoriam obliterant vel libertatem fingant permanentem. Quod si rei veritatem inspicias multò minùs dici potest pendere statũ captiui cum is re vera seruus sit, & tanquam seruus nisi ad fictiones recurras statum nullum habeat. Illa autem fictionum diuersitas, An captiuus pro mortuo postea habendus erit ex lege Cornelia, an pro viuo propter postliminii fictionem, non inducit diuersitatem status, quia cum statum nullũ habeat qui mortuus est, inepta fuerit diuisio illa personarum si quis dicat, Hominum alios esse viuos, alios mortuos: imò summa & prima diuisio illa est, vt quidam sint liberi, quidam serui, l. 3. De stat. homin. In persona autem filijfamilias, qui Corneliæ legis fictione adiuuari non potest, postliminii spes ex contrario non facit vt pendeat, an viuus & liber, an iam olim mortuus fuisse retrofingendus sit, sed an liber sit vel seruus, quia si ab hostibus redierit semper fuisse liber intelligetur, si non redierit, semper ex quo captus est mansisse seruus, ideòque pro mortuo habendus, non vt retrofingatur mortuus liber, quomodo contingit in eo quem lex Cornelia fingit retrò mortuum, sed quod, vt dixi, seruilis condicionis homines pro mortuis habeantur. Itaque possit quis ex eo concludere filijfamilias potius quàm patrisfamilias captiui statum pendere, cum sit incertum liberne an seruus moriturus sit. Et sanè ita est quandiu filiusfamilias viuit quoniam reuertitandiu potest. Sed eo in captiuitate mortuo dico ex postfacto apparere nõ quàm statum eius pependisse, fuisseque illum perpetuò seruum ex die captiuitatis. d. §. videndum & d. §. sed si pater. Non ergo captiuorum status verè ac propriè pendere dicendus est, sed liberorum potius quos illi in ciuitate reliquerint, quomodo Iustinianus loquitur in §. si ab hostibus Instit. quib. mod. ius patr. potest. soluit. & passim Iureconfulti vt in l. in bello 12. §. 1. l. bona 22. §. quod filius de capt. & postlim. l. proponeretur 9. in fin. de castren. pecul. l. penult. de suis & legit. l. 1. §. 1. de SC. Maced. l. 2. §. penult. D. vnd. legit. aliisque innumeris, in quibus scriptum videas patre captiuo apud hostes, in pendenti esse an filius in ciuitate relictus sui iuris effectus sit an sit adhuc in patria potestate. Patre enim reuerfo, siue post mortem filij, siue viuo eo filijfamilias semper fuisse videri, patre non reuerfo patremfamilias ex die captiuitatis paternæ factum intelligi. In quo miror sanè incredibilem viri, alioqui non imperiti, Ioannis Corasij incitiam, qui ad l. qui in utero de stat. homin. scripsit captiui ius pendere quãdiu apud hostes est sed non liberorum eius, quod absurdum sit, inquit, eos nec in sua nec in patris esse potestate ex l. v. C. de sentent. pass. Sic intelligens quod Iustinianus ait in d. §. si ab hostibus, *pendere ius liberorum propter spem postliminii*, vt ad eos ipsos qui ab hostibus capti sunt non ad eorum liberos pertineat, cum tamen in contrarium apertissima sint eiusdem Iustiniani verba illa: *si ab hostibus captus fuerit parens quãuis seruus hostium fiat, tamen pendet ius liberorum propter ius postliminii, quia hi qui ab hostibus capti sunt si reuerfi fuerint omnia pristina sua iura recipiunt. Idcirco reuerfis etiam liberos habebit in potestate.* Quibus verbis quid apertius potuit Iustinianus dicere vt significaret non solũ captiui liberorum statum pendere de quo antè Corasium nemo vnquam dubitauit, sed & eorum dũtaxat nõ etiam patris qui apud hostes sit statum in pendenti esse. Nam qui re vera seruus est nec proinde statum vllũ habet, eius status quomodo pendere potest?

Iura

Iura sanè captiui omnia sunt in suspensio propter spem postliminii. Sed differunt iura à statu. Et diuisio illa prima ac præcipua iuris personarum vt quidã sint liberi quidam serui, distinguit quidem generaliter statum hominum, sed nõ statum illum quem ius ciuile agnoscat, cum, vt dictum est, quod ad ius ciuile attinet, seruus nec statum nec caput habeat in ciuitate. Illa verò iuris ciuilibus propria diuisio est quod & personarum liberarum quædam sint sui quædam alieni iuris. Nam & hæ & illæ statum in ciuitate habent, & is demum incerti status esse dicendus est qui cum duplicem statum habere possit neutrum tamen adhuc certum habeat, non qui cum præsentem nullum habeat in eo tantum est vt aliquando habere aliquem, eumque certum, possit. Igitur vt totam hanc disputationem concludam, puto sententiam Pauli illam esse, differre filium exheredatum ab eo qui sit apud hostes testamenti tempore quod exheredatus obstat nepoti ne possit is præteritus rumpere. Captus ab hostibus si in eodem statu decesserit, non obstat, quãuis si ab hostibus reuerfus esset, obstat. Differentiæ autem eam rationem esse quod moriente auo pependerit ius nepotis ex filio captiuo: non item ius nepotis ex filio exheredato. Hoc enim prorsus abscissum est, quia fieri nullo casu potest vt nepos quem pater præcedit testamenti & mortis tempore institui debuerit aut exheredari. Nam sicuti numquam potest nepos duorum simul testamenta rumpere, patris scilicet & aui, quia nec duobus simul agnasci suus heres potest l. si filiusfamilias 33. §. final. de testam. milit. ita neque cogi vllò casu auus potest vt & filium & nepotem simul vel instituat, vel exheredet. Sed quo casu filium instituere aut exheredare compellitur eodem licet illi nepotem præterire citrà periculum vllũ rumpendũ per nepotem præteritum testamenti, l. 4. §. j. de contr. tabul. Nisi eo solo casu quo in sui heredis locum viuo auo succedat. Nam etsi mortuo auo succedat nihil ei proderit quod ad causam testati pertinet, sed tantum quod ad causam intestati l. filium 20. §. videamus in fin. de bonor. poss. contr. tabul. l. j. §. post suos de suis & legi. d. l. scripto 7. vnd. liber. d. l. si quis filio 6. de iniust. rupt. At nepotis ex filio captiuo ius non prorsus abscissum est, quãuis testamenti & mortis aui tempore filius adhuc viuat, quia fieri potest vt in eodem statu decedat. Quo casu eueniente apparebit fuisse nepotem hunc suum heredem & in primo gradu, ac proinde talem qui debuerit institui vel exheredari, quasi qui viuo auo in sui heredis locum successerit d. l. Gallus §. videndum. An ergo Pauli verba quæ huic interpretationi nullomodo conueniunt sic emendabimus vt pro *filij* reponamus *nepotis* in illis verbis *filij ius pependerit*. At hoc nimis est improbabile. Quid igitur? Pro *filius* lego *illius*, quæ dictio non nisi ad nepotem referri possit de quo proximè dictum est. Natum verò errorem ex incitia scriptoris non intelligentis veterem illum scribendi morem, Florentino præsertim librario familiarissimum nec vno loco iam à nobis superioribus libris obseruatũ, vt si quas literas repeti necesse sit, eas non nisi simplici, sed mauculo tamen caractere notet, hoc modo, *IL IUS PENDERIT* pro eo quod pluribus literis scribendum erat, *illius ius pependerit*. Vnde illud quoque factum conicio vt Florentina lectio quæ vt plurimum aut verior aut verè proximior est non *filij ius* habeat vt cæteræ, sed *filius* addita tantum litera F ab eo fortasse qui vocem *illius* vnica L scriptam nullique alteri dictioni respondentem nullius significationis esse existimabat. Cumque nec intelligi illud

posset quid significaret vox illa *P Enderit*, cœperunt, alij & magis communi-
ter, legere *repudianerit*, alij *repedauerit*. Alij denique, & ij soli rectè, *pependerit*
sed cum ferre non possent ita legi, *filius pependerit* pro *filius* legere *filij ius* ma-
luerunt. Atque ita per varios emendationum gradus translatum est ad *filium*
quod de solo nepote dictum fuerat, sicque deprauatus locus elegantissimus,
qui nisi eo quo diximus modo restituatur nec emendari nec intelligi vllò
modo pòt. Nec est qđ quis dicat nihil referre an de filij, an de nepotis iure ea
verba intelligas, cum etiam pēdente iure filij nepotis quoq. ius pendere ne-
cesse sit. Id enim si aliud nihil in textu esset admitti fortasse posset. Sed quod
Paulus ait, *non abscissum ut superiore casu fuerit*, non admittit ut præcedentia de
filio intelligantur, sed tantum de nepote: quoniam, ut dixi, filij exheredati ius
per exheredationem non abscinditur cum non eò minùs maneat suus heres
obstetque nepoti, cui non obstaret si ius quod habet in familia patris abscis-
sum esset per exheredationem d. l. illud notandum 4. §. j. de bonor. poss. cōtr.
tabul. l. j. §. si pater in potestate de coniung. cum emancip. liber. eius. Hoc ip-
so autem quod filij exheredati ius abscissum non est sit necessariò ut nepos
ex eo suscepti ius prorsus ex contrario abscindatur auo moriente, hoc est ut
nulla amplius spes sit nepoti rumpendi auiti testamenti propter præteritio-
nem, quamvis non eò minùs sperare possit hereditatem ab intestato, vno il-
lo casu quo filius antè aditam hereditatem decedat tum hereditas à scripto
herede omittatur. At nepotis ex filio captiuo ius non est abscissum moriente
auo, quoniam speratur imò certum est futurum ut si filius ab hostibus non
redierit nepos iam inde viuo auo in sui heredis locum successisse primùm-
que gradum occupasse intelligatur. Nec mouet quod Corasius obicit ab-
surdum esse nepotem nec in sua nec in patris captiuo esse potestate ex l. vi.
C. de sentent. pass. Loquitur enim illa lex de filio deportati cuius longè alia
quam captiuo ratio est. Deportatus namque iura sua omnia penitus amittit
cum ciuitate, nec quod à Principe restitui possit ei interest quicquam prodest
aut liberis eius nocet ne patria potestate soluti videantur, quoniam spes illa
restitutionis nullo prorsus iure aut gentium aut ciuili sed mera Principis in-
dulgencia nititur. Captiuus contrà licet reuera sit seruus hostium, habet tamè
postliminij spem quæ iura ipsius omnia in suspenso retinet nec omnino ab-
rumpi patitur l. illa institutio 32. §. j. de hered. insti. quæ quoniam iuris gentiũ
& ciuili constitutio est adeoque naturali æquitate subnixæ l. postliminiũ 19.
de captiu. & postlim. captiuo iura conseruat hæctenus ne omnino ea perdidit-
se videatur d. l. penult. de suis & legit. Eamque deportati & captiuo differen-
tiam nominatim tradit Paulus noster in l. si necem 4. §. si deportatus de bon.
libert. quam & nos in superioribus pluribus & locis & verbis explica-
uimus.

Ad §. ille casus l. Gallus.

C A P. XIII.



DIFFICILE non est ex superioribus intelligere quænam huius
§. licet alioquin satis obscuri, sententia sit. Sed quæadmodum su-
periores loci ferè omnes malè vulgo ab interpretibus accepti
sūt, ut docuimus, ita hic quoq. minùs feliciter explicat⁹ est, quia
& indiget emēdatione. Proponit Scæuola nouũ casũ quem in
difficili

difficili esse ait, id est in quo dubitari maximè pòt, an nepos etiã institutus rú-
pat testamentũ, quia neq. ad ius vetus neq. ad alterutrũ legis Velleæ caput ac-
cōmodari posse videatur. casus ille est, si filium habeas & nepotem nondum
natũ instituas, ssq. nascatur viuo patre suo ac mox pater viuo te decedat: nam
si ius antiquum inspicias, id est quod Galli temporibus & antè legē Velleam
obtenebat, non valet posthumi huius nepotis institutio, quia te testatore vi-
uo natus sit. Numquam enim, ut diximus, permessa erat posthumi siue filij si-
ue nepotis institutio, nisi cum id exigere videbatur necessitas sustinendi te-
stamenti quæ nulla suberat nato posthumo in vita testatoris qui nouũ
condendo testamētum sibi consulere poterat ne intestatus moreretur. Rur-
sus nec ad primum legis Velleæ caput institutio hæc pertinet, quia lex il-
la primo capite de iis quidem posthumis locuta est qui viuo testatore nasce-
rentur, sed adiecit, si modò cum nascerentur sui futuri essent, §. sequenti par-
te supr. hac leg. Hic autem de quo agimus cum tibi natus est non fuit suus,
quia filius tuus idemq. ipse pater eum præcedebat. Suus autè esse nõ potest
qui proximũ gradũ nõ obtinet l. scripto 7. D. vnd. liber. l. si filius familias
33. §. j. de milit. testam. Ad secundum verò caput multò minùs, quia non po-
sterior alius succedendo prohiberi videtur rumpere quàm qui iam natus er-
rat tempore testamenti: hic verò nondum erat natus. Et ut cum Scæuola di-
cã apertius superiore & priore capite lex permittit ut instituere liceat non-
dum natos qui cum nascentur sui erunt, quod huic sanè nõ cōuenit qui na-
scitur alienus, posteriori capite nõ permittit institui sed vetat rúpi, id est faci-
ne ob eam causam minùs ratũ esset testamentũ, quod nepos in filij locũ
succederet. Porro præcedere debet ut vtiliter sit institutus, id est, ut loquar
more interpretũ, præsupponit secundũ caput legis Velleæ, vtilem præcedere
nepotis huius institutionē: alioqui frustra caueret ne idcirco rumperetur te-
stamentũ quod nepos succederet si alio respectu rúperet nepos tanquã præ-
teritus, caueretq. potiùs lex debuisset ne hic nepos ob id rúperet quod esset
præteritus quàm ne ob id quod succederet. Atqui nullo iure institui potuit,
ut diximus, qui testamēti tempore nondum natus erat. Non igitur ad secun-
dum caput legis Velleæ referri potest ea institutio de qua tractamus. Quod
cum Iulianus præcipuè inter prudentes famæ & autoritatis animaduertent,
subtiliter nõ minùs quàm audenter existimauit ad hunc quoque casum pro-
trahendam legis Velleæ potestatem non tam per interpretationem quàm
per extensionem, commixtis scilicet quasi duobus capitibus legis, quoniam
ex qua parte nepos hic viuo auo nascitur videtur aliquatenus ad primum ca-
put pertinere, ex qua verò iam natus succedit in locũ sui heredis viuo testa-
tore pertinet quodammodo ad secundũ, & hæc Iuliani sentētia, quãquã noua &
audax, à ceteris tamen prudētibus facilè recepta est tanquã necessaria fauore
testamentorum, quæ alioqui in proposito specie necessariò rumperētur. In
cōtextu illud primũ mēdũ est quod veteres libri sic habēt, *ille casus indifficilis*
est, cū legēdũ sit ut in Flor. an difficili: quæ lectio ridiculã facit glossã Accursij
qui, *indifficilis*, interpretatur, *valde difficilis*. Vnde & Barto. occasione sumit
tractadẽ p distinctiones præclare illius materię de syllaba, *in*, & quando au-
geat significationem dictionis cui adiungitur. Aliud mendum est in illis ver-
bis, *nec posterior alius succedendo pro-
hiberi videtur rumpere*. Siquidem loquitur Scæuola de eo, qui cum non
esset suus testamenti tempore postea factus est suus succedendo in locum

fui heredis, *posteriorem* appellans eum qui in prioris gradum succedit, quia fieri nequeat ut succedat nisi qui vno gradu posterior sit. Succedit enim priori. In eoque deceptus etiam est Accursius qui *posteriori* interpretatur capite, scilicet *secundo legis Vellea*, quamuis non negē tractatum hunc de eo qui in locū sui heredis succedendo prohibetur rumpere, ad posterius illud legis Velleæ caput pertinere. Tertium mendum est eo loco, *porro procedere debet ut utiliter sit institutus*. Neque enim dubito quin legendū sit, *præcedere*, ut sensus sit is quē iam docuimus, non posse locū esse secundo capiti legis Velleæ quocautum est ne succedendo rumpat is qui in prioris locum succedit, quin potius præcedere vtilē ipsius institutionē. Quomodo enim nō rumpere is qui cum suis heres fieret præteritum se inueniret? l. posthumorum 13. de iniust. rupt. Qui vulgarem lectionem sequuntur putant Scævola in hoc versiculo respondere ad propositā quæstionem, quasi dicat, ne testamentum rumpatur procedere debere, id est admittendum esse ut valeat, quo nihil est ineptius. Nō enim ad quæstionem respondet Scævola nisi ex Iuliani sententia in versu. *Iuliano iamen videtur*. Et id agit potissimum ut doceat quā necessaria fuerit in hanc rem Iuliani subtilitas & autoritas ut huius nepotis institutio valeret, quæ nō solum ex primo capite legis Velleæ defendi nō poterat quod erat apertius, sed neque ex secundo, ut supra explicauimus. Postremum mendum in eo est quod sequentia illa, *quod nullo iure potuit qui nondum natus erat*, & per parenthesis & cum interrogatione leguntur Florentiæ, cum tamen & sine interrogatione & vnico contextu legi debeant, quomodo & Antonius Goueanus legisse videtur. Appendix enim illa est præcedentis rationis, ut appareat non posse ad secundum caput legis Velleæ hunc casum aptare, quia non sit ei locus nisi tum demum cum is, qui succedendo rumpere prohibetur vtiliter sit institutus, vtiliter autem institui non potuerit hic qui nondum natus erat tempore testamenti: quod ipsam tamen sic intelligendum est, ut nullo iure institui potuerit nondum natus testamenti tempore, si modò postea viuo adhuc testatore natus esset non suus, id est neque ex lege 12. tabul. neque ex prudentum interpretatione, neque ex lege Vellea. Alioqui constat ex iure antiquo, id est quod Galli temporibus obtinebat ex interpretatione prudentum ad legem duodecim tabularum potuisse institui posthumum suum siue filium siue nepotem qui post testatoris mortem nasceretur, ex lege autem Vellea in primo capite etiam eum qui post testamentum viuo testatore, tamen si testamenti tempore alienus esset dummodò nasceretur suus. Sunt autem verba illa tam generalia, *nullo iure*, ita restringenda ut ius Prætorium excipiat quo inductum sanè fuit ut alieni quoque posthumi institutio defenderetur, in eoque omnes consentiunt ex §. posthumo Instit. de legat. l. Titius 25. §. j. supr. hoc tit. Nisi quis malit dicere sic fortasse Scævola scripsisse priusquam ius illud à Prætoribus inductum esset. Vix enim dici potest quo primum tempore inductum fuerit. Illud certè prætermittendum non est, Franciscum Hotomanum pessimè hunc locum sic emendasse ut pro, *utiliter*, legat, *inutiliter*, ita loci elegantiam sententiāque totam malè peruertens. Quod verò in hoc §. Scævola scribit legem Velleam secundo capite non permittere institui nepotem sed vetare rumpi, quam sententiā habeat, quia obscurius est malèque & Accursium & alios omnes veteres nouosque Interpretes cruciauit, nos supra pluribus explanauimus. Ideoque nec hic repetemus.

Ad §.

Ad §. vlt. l. Gallus.

CAPVT XIII.

Appendix est hic §. eorum quæ proximè diximus de casu Iuliani. Nam cum recepta sit Iuliani sententia de duobus legis Velleæ capitibus commiscendis ut valeat institutio nepotis qui nondum testamenti tempore susceptus postea viuo patre natus, & eo subinde mortuo, adhuc viuo auo in sui heredis locum successerit, dubitari potest si nepos hic antè patris mortem sit emancipatus ab auo, an sponte adire possit aui hereditatem. Dubitandi rationem illam nostri adferunt, quod neque ad Iuliani casum videatur hic nepos pertinere, cum in sui heredis locum successisse dici non possit qui viuo patre de aui exiti potestate. Qua ratione moti nonnulli putant necessariò ponendum esse nepotem hunc aliquo tempore suum fuisse, quod vix aliter contingere possit quàm si ponas viuo quidem patre natum, sed eò demum mortuo emancipatum. Alij fatentur quidem & longè conuenientiùs verbis Scævola, nil esse necesse ut hic nepos fuerit suus: sed mirantur tamen quomodo valere possit institutio ipsius antè patris mortem emancipati, cum institutus fuerit, ut Bartolus loquitur, in fuitate, id est quasi suus, non quasi extraneus quilibet. Sed respondent non vitari institutionem emancipatione, quia testator iis verbis, *si suus heres esse desierit*, non de emancipatione cogitasse videatur, sed de morte tantum, vel deportatione vel seruitute. In quo duplicem vtrorumque errorem animaduerto. Priorem illum, quod putant lege Vellea præscriptam hanc instituendi nepotis formulam qua uti testatores necesse sit, *si quis ex suis heredibus suus heres esse desierit, tunc qui in locum eius succedit heres esto*. Quod nos iam fatis suo loco refutauimus. Neque enim necesse fuit Velleo legem condenti per quam derogare potuit iuris scrupulositati formulam vllam præscribere quæ cautionem induceret ad validandam nepotis institutionem ne non iure facta videretur. Sed & si ponas vsum testatorem iis verbis, *si suus heres esse desierit*, non video cur non de emancipatione cogitasse testatorem dicamus perinde ac de cæteris casibus per quos desierit filius suus heres esse. Pugnâtque id apertissimè cum §. & quid si tantum supr. vbi casus emancipationis hac parte cæteris comparatur. Et verò si testator de casu emancipationis non cogitauit, tantò minùs sanè valere debeat institutio eius qui scriptus sit tanquam suus, cum post emancipationem nec suus sit, nec eius condicionis in qua testator admittit eum voluerit, qui de ea ne quidem cogitauerit. Alter istorum error est, quod putant de illo quærere Scævola, vtrum huius nepotis institutio valeat, de quo tamen nec dubitandum existimat. Ponit enim proconstanti valere post receptam Iuliani sententiam. Et magis ridiculi sunt qui Iuliani sententiā illam minùs hoc casu necessariam esse dicunt, quod nepos hic viuo auo emancipatus rumpere ipsius testamentum non possit, quia neque in sui heredis locum succedere: & ob id nec ad legem Velleam pertineat. Nam hæc ipsa ratio, quod ad legem Velleam non pertinet, facit ut eò inualidior sit eius institutio qui non solum testamenti tempore nondum natus erat, sed etiam si natus eo tempore fuisset alienus non suus existisset, ac proinde talis qui nulla iuris ciuilibus parte institui potuerat. Consequenter

o o. iij.

quenter necessarium fuit ad hunc quoque casum Iuliani sententiam extendere ut huiusmodi institutio confirmaretur, non ad cauendum ne etiam institutus rumpere, sed ad efficiendum ut institui posset. Constat enim, quæ ab initio fuit inutilis institutio, eam ex postfacto conualescere non posse. De illo igitur tantum Scæuola dubitat, An nepos hic de quo agimus ab auctore institutus possit sponte adire ipsius hereditatem, id est, an auctore necessarius heres sit an voluntarius. Nam cum esset institutus tanquam is qui suus & necessarius fieri poterat, non videbatur ei permittendum ut abstinere posset. Magis tamen esse ait ut sponte adire possit, quoniam, inquit, per emancipationem suus heres fieri non potuit. Sensus est, nepotem hunc nec institutionis nec natiuitatis tempore fuisse suum heredem, cum à patre anteuerteretur. Quis verò dicat idem magis pro suo habendum quod postea fuerit emancipatus? Cum si antea suus fuisset per emancipationem suus esse desisset. Relinquitur ergo ut sponte adire possit, tanquam voluntarius heres, non necessarius. Neque est quod quis obiiciat Iuliani sententiam uti duntaxat fauore testamentorum ne rumpantur: periculum autem rumpendi nullum subesse instituto eo qui non possit rumpere. Nam respondeo, quinimò vel in eo maxime fauorem testamenti elucere quod propter Iuliani receptam sententiam defenditur institutio, quæ alioqui non defenderetur. Quemadmodum enim Iulianus induxit ut ambo legis Velleæ capita commiserentur cum neutrum per se sufficeret: sic utrumque illud vno eodemque casu affectus est quod utroque legis capite inductum fuerat, hoc est, ut & institui hic nepos utiliter possit, & institutus rumpere prohibeatur, tametsi fiat suus. Superueniens autem emancipatio, licet tollat rumpendi periculum, proindeque faciat ne quod ad hanc partem attinet necessaria sit Iuliani sententia, non facit tamen quod magis institui poterit, quia nec tollit vitium illud quo impediatur institutio quod & testamenti & natiuitatis tempore alienus posthumus fuisset, nec facere potest ut conualescat institutio quæ fuit ab initio inutilis, quia non aliud inducit nisi ut extraneus fiat qui suus vel erat, vel fieri poterat: quæ res tanto inutiliorem facit institutionem posthumi, quanto magis distat à posthumo suo is qui nec suus est, nec suus fieri succedendo in locum sui heredis potest. Itaque necessariò recipienda est, & ad hunc quoque casum producenda Iuliani sententia, ut valeat hæc institutio, pertinetque ea res ad fauorem testamenti, quod non minus corrueret si institui nepos non posset, quam si ab initio valida institutio, secuta postmodum emancipatione, infirmaretur. Essetque iniquissimum adigi auctorem in eas angustias ut vel aliud testamentum facere cogretur, quod nec semper, nec ubique licet, vel nepotem hunc etiam inuitus in potestate retinere, quem fortassis emancipare mallet. Id igitur duntaxat sibi vult Scæuola, Iuliani sententiam semel receptam fauore nepotis qui non suus natus postea viuo auctore suus heres esse incipiat, ad eum quoque protrahi qui nunquam suus fuit. Eodem scilicet urgente fauore testamenti, cuius maior ratio habenda est quam vel nepotis ipsius vel suicitatis. Neque tamen idcirco magis suum fieri & necessarium heredem hunc nepotem, qui sit emancipatus. Ac sanè cum ab initio vtilem fuisse huius posthumi nepotis institutionem fatendum sit ex Iuliani sententia, quoniam suus fieri potuit, absurdum sit idem minus valere quod per emancipationem desierit in locum sui heredis posse

suc-

succedere: & ob id solum rumpi testamentum, quod desinat rumpi posse. Ceterum in illo etiam errant nostri toto cælo, quod ex hoc loco colligunt, emancipatione, aut, ut Antonius Goueanus loquitur, mutatione personæ non vitari institutionem. Id enim verum quidem est in nepote de quo hic §. loquitur & in filia, sed non in filio qui haud dubiè cum emancipatur rumpit patris testamentum, etiam in quo fuit institutus, ut sequenti capite docebitur. Pertinet enim id quoque ad absolutam huius legis explicationem, tollendisque difficultates innumeras quas nostri imperitè excitant ad §. & quid si tantum §. quas nec possunt dissoluere.

*De differentia filij & nepotis in questione §. & quid si tantum
l. Gallus & ad l. verum §. i. de iust.
rupt.*

CAP. XV.

Mancipato nepote qui fuerat institutus non vitari institutione constat ex iis, quæ proximo capite diximus. Nam ut Scæuola scribit in §. vlt. l. Gallus superueniens emancipatio nihil aliud inducit, nisi ut qui suus heres & necessarius futurus erat, fiat voluntarius. Similiter instituto seruo ac postea manumisso, nemo dixerit institutionem corrui propter manumissionem, quamuis hæc immutetur eius potestas ut non nisi voluntarium heredem faciat quæ alioqui necessarium factura erat §. seruus autem à domino Instit. de hered. instit. Sed si filius qui institutus fuerat cum esset seruus postea sit emancipatus, dico quod nescio an adhuc quisquam dixerit vitari institutionem, rumpique testamentum. Idque non obscure significari à Scæuola in §. & quid si tantum l. Gallus, ubi tractans de nepotis institutione facta in casum mortis filij, quærit quid dicendum sit si filius non mortuus sit, sed deportatus, nec addit, *vel emancipatus*, sed de casu emancipationis tractaturus, qui hac parte deportationi simillimus est, statim loqui incipit de nepote, his verbis, *quid si nepos ex quo pronepos institueretur, ut ostendimus, emancipatus esset*. Hoc verò cur ita? nisi ut doceat similem quidem esse deportationi emancipationem, quod fecerit interpretes, sed tamen eo demum casu posse emancipationem locum facere quæstioni, quo agatur de nepote non de filio. Alioqui cur à filio ad nepotem transfret si filio quoque emancipato testamentum subsistere posse existimaret? Neque verò aut in tota leg. Gallus aut alio vllò iuris loco reperias pro firmo & valido haberi testamentum in quo sit institutus filius qui postea fuerit emancipatus. Verum ne ab interpretibus per tot secula id obseruari potuerit ex hoc factum est, quod diuersitatis rationem inter filium & nepotem in promptu non habuerunt, quæ certè nec tam facilis est ut statim possit occurrere. Nam si dicas filij institutionem ob eam causam vitari quod heredis instituti persona quodammodo mutetur cum per emancipationem extraneus fiat & de familia exeat is qui antea suus erat: parata contradictio est, eadem igitur ratione dicendum fore, nepotis quoque institutionem vitari cum is emancipabitur. Nam & is sit extraneus aliisque homo si iuris ciuilibus fictione subtilitatemque inspicias. Item institutio extranei qui post testamentum in locum sui heredis adoptaretur eque per adoptionem infirmaretur, quoniam & personæ mutatio fit & alius homo videtur qui ex alieno & extraneo fit

suus. Et tamen constat nec agnatione nec successione sui heredis rumpi testamentum cum extraneus heres institutus vel adrogatur vel in locum nepotis adoptatur. l. filio 23. §. 1. de liber. & posthum. l. si qui heres 18. de iniust. rupt. Denique si mutatio personæ corrumpet institutionem, quis defenderet institutionem serui à domino instituti ac postea manumissi? quam tamen defendi diximus. Nam quæ, rogo, maior personæ mutatio esse potest quam quæ contingit in persona serui manumissi, qui cum antea manumissionem ceperit nullum haberet in ciuitate, post manumissionem habere incipit? l. 3. §. vi. De capit. minut. Rursus si dicas generaliter, & indistinctè cum interpretibus mutatione personæ non vitari institutionem: erit tibi difficilius rationem illam inuestigare, cur ergo emancipatione filij rumpatur testamentum in quo filius ipse sit institutus. Hoc enim tantò mirabilius est, quòd idem filius qui rumpit propter emancipationem non eo minùs succedit quòd sit emancipatus scilicet iure Prætorio accepta bonorum possessione non solum ab intestato Vnde liberi, sed etiam secundum tabulas, & quidem cum re, quando nemo est qui euincere illi hereditatem ab intestato possit l. posthumus 12. §. 1. in fin. de iniust. rupt. Quin & contra tabulas si ponas aliud testamentum post emancipationem factum quo filius hic sit præteritus, & alius heres institutus tot. ti. de bonor. poss. contr. tabul. An non igitur absurdus videtur ex mutatione illa quæ in filij emancipati persona contingit vitari institutionem, cum mutatio illa non faciat quominùs patri filius hic succedat, etiam inuito, nisi talis sit quem pater iuste & pro suo iure possit exheredare? Deinde quid iniquius quàm nocere patri qui erga filium tam benè affectus fuit vt heredem eum instituerit, quòd eum præterea emancipauerit? aut filio quòd præter institutionem, emancipationis quoque honorem à patre acceperit? Vt vel ex eo maximè appareat non nisi mera iuris ratione & subtilitate niti differentiam hanc, quam esse dicimus inter filium & nepotem. Ratio alia nreio iudicio querenda non est, quàm quæ ab Vlpiano innuitur in l. verum 8. §. 1. de iniust. rupt. vbi scribit ille, filiam cum emancipatur vel nepotem, quia vna emancipatione exeunt de potestate, non rumpere testamentum. De filio, inquit, nihil exprimit. Sed apertum est quid in filio à contrario sensu inferri possit, eum scilicet cum emancipatur testamentum rumpere, quoniam non vna, sed trina tantum emancipatione exeat de potestate. An quòd prima illa emancipatio quæ filium facit extraneum, cum antea esset suus, vitiet institutionem? Minimè. Alioqui perinde filia neposque rumperent, qui haud dubiè post emancipationem æquè pro extraneis habentur. Sed quia cum per primam eam emancipationem non exeat omnino filius de potestate necesse fit remanipari illum patri, vt iterum ab eo mancipari possit, adeoque patri denuò remanipari, vt tertiæ postremæque emancipationi locus fiat, per quam tota emancipationis solennitas absoluat. Porro per huiusmodi remanipationes, sicut in plenam liberamque patris potestatem filius reuertitur, ita fit rursus suus, qui per priores duas emancipationes factus erat extraneus. Quis ergo miretur rumpi ab eo vel inuito patris testamentum, quia si sui heredis noui agnatione? Nec ad rem pertinet quòd cum tractemus de filio post testamentum emancipato, reperiat ille se institutum, cum per remanipationem de extraneo fit suus, arg. d. l. filio. §. 1. & d. l. si qui heres: quia cum fuerit institutus eo tempore quo erat instituendus necessariò tanquam suus, tota illa prioris institutionis vis & potestas hoc ipso absumpta est, neque

que in id vsque tempus extendi & porrigi potest quo rursus fiat suus. Non enim fieri queat vt vna eademque institutio sufficiat duabus explendis solennitatibus, cum propter eam interruptionem sunitatis quæ contingit per emancipationem necessariò eueniat, vt quemadmodum filius iterum & ex nouo iure suus factus est, ita denuò & ex nouæ illius sunitatis causa institui debeat. Nam & Vlp. in d. l. verum §. j. non obscurè significat futurum vt filia etiam instituta cum emanciparetur, rumpere testamentum, itémque nepos si non vna emancipatione exirent de potestate, quamuis eorum institutio non illum effectum habeat ne possint rumpere (quandoquidem etiam præteriti non rumperent, haberentque duntaxat ius accrescendi) sed tantum ne ius illud accrescendi habere possint cum ipsi sunt instituti. Nempe quia dici nequiret voluisse patrem præterire filiam aut nepotem quam vel quem ipse instituerit: eoque solo casu receptum est vt filia præterita vel nepos nec rumpant nec iniustum faciant testamentum quo appareat cõsultè eos à patre vel auo præteritos fuisse. Propter quam causam illud quoque constitutum erat in posthumis, vt si inter cæteros exheredarentur, legatum iis relinqui deberet, ne per obliuionem potius præteriti quàm mala mente exheredati viderentur. §. posthumi. Insti. de exhered. liber. Ergo multò minùs institutio filij impedit ne rumpat, cum quod fuit antea institutum factum esse necesse sit, ne ab initio testamentum nullum esset ac iniustum. In eoque dissimilis ratio est filij remanipati & extranei post institutionem adoptati. Nam extraneus institutus si per adoptionem fiat suus non rumpit, quia reperit se institutum d. l. filio §. j. d. l. si qui heres. Neque enim dicere potest se institutum ex necessitate qui ex mera testatoris voluntate institutus est, & ab eo à quo etiam per obliuionem impunè præteriri poterat tempore institutionis. Proinde nihil causæ est cur non ea institutio sufficere debeat implendæ solennitati, cuius interponendæ necessitas ex adoptionis accessione superuenit. Præsertim cum ex illa etiam institutione appareat filij loco habitum dilecti, que illum qui, tanquam filius iam tum fuisset, ita scriptus est posteaque in filij locum adoptatus. At filio instituto quem ab initio institui necesse fuit, non debet ea institutionis solennitas in aliam planèque necessariam causam factam ad nouam istam & superuenientem accommodari de qua nec magis cogitabatur testamento tempore quàm de ipsa emancipatione. Rumpitur ergo testamentum per filij etiam instituti emancipationem quasi agnatione sui heredis præteriti, quoniam vnica emancipatione nõ exit de patris potestate, sed remanipatus redit in patris potestatem. Non rumpitur per filia aut nepotis emancipationem, quoniam isti vna emancipatione exeunt de potestate. Hoc verò à veteribus illis interpretibus cognitum non fuisse minùs miror. Sed ferre non possum antecessores illos clarissimos Iacobum Cuiacium & Franciscum Hotomanum in eadem caligine versatos esse. Nam Cuiacius ad Vlpiani titulum 23. sic intelligit, vt si post primam filij emancipationem pater testetur, & filium prætereat, testamentum rumpatur per eiusdem filij remanipationem: cum tamen nihil sit apertius, quàm Vlpiani sententiam illam esse, quemadmodum diximus, vt testamentum etiam quod antè primam emancipationem factum est rumpatur per emancipationem. Idque euincit ipsa filij cum filia & nepote comparatio. Etenim quod Vlpianus dicit filiam non rumpere testamentum haud dubiè intelligendum est de testamento facto

antè emancipationem. Sic enim scribit, *Filia cum emancipatur, non rumpit testamentum.* Siquidem frustra quæras an rumpat cum emancipatur, si nullum adhuc eo tempore sit testamentum. Et sanè ridiculum sit dubitare An testamentum quod post emancipationem filia factum est per eam rumpatur, cum post emancipationem sit illa prorsus extranea, & talis quæ nec institui debuerit, nec exheredari. Præter id quod si vel instituenda esset vel exheredanda de vitio iniusti tractari oporteret, non de vitio rupti de quo tamen Vlp. tractat. Atqui emancipatio filia unica emancipatione absoluitur. Fatendum ergo est tractare Vlpianum de testamento quod antè emancipationem illam factum sit, & in quo filia ipsa fuerit siue ex asse, siue pro parte instituta. Consequenter ut recta sit comparatio inter diuersa, quòd dicimus filium cum emancipatur rumpere testamentum, propterea quòd unica emancipatione non exeat de potestate, non tantum de illo testamento accipi debet, quod inter medias emancipationes factum sit, sed de illo maximè quod antè primam emancipationem: & quod est consequens, non de testamento in quo præteritus sit filius, sed in quo fuerit institutus priusquam emanciparetur. Alioqui non posset rumpi quod ab initio nullum & iniustum fuisset. l. 5. de iniust. rupt. Hottomanus verò longè turpius in eo labitur quod putat Vlpiani verba non solum ad eò perplexa esse ut explicari nequeant, verum etiam corrupta, & ita emendanda ut legamus, *Filia vel nepos, quia cum emancipantur, una emancipatione exeunt de potestate testamentum, non rumpunt.* Ut sit sensus non tanta, tamque arcta necessitudine filiam nepotemue à iure civili cum patre auòue constringi quanta filium familias patri. Idque ex eo constare quia hic tribus emancipationibus, illi vna duntaxat liberantur: Quare mirandum non esse si ius civile facilius filiam nepotemue præteriri patiatur quàm filium, quasi pater non tantum iis quàm huic debeat. Quæro enim si rationem reddere Vlpianus voluit quamobrem facilius præteriri possit filia vel nepos quàm filius: cur tractat de rumpendo testamento, quando nec filius præteritus rumpit, sed iniustum facit? Deinde falsum est filiam aut nepotem numquam rumpere nec iniustum facere. Nam imò verò iniustum faciunt si nullomodo sint exheredati, id est, ne quidem inter ceteros. Rumpent verò eo casu quo essent instituti ac postea emancipati si prima emancipatione non exirent de potestate, ut non obscure Vlp. hic innuit, quoniam quod non rumpunt nec iniustum faciunt cum sunt exheredati inter ceteros, tum demum procedit cum eos consultò præteritos esse testator voluit, quod ipsum dici non potest iis institutis. Apparet enim ex institutione præcedente non fuisse testatoris voluntatem ut eam personam præteriret, quam instituit. Et tamen non posset ea institutio facere ut filia quæ per remancipationem iterum sua fieret pro vtiliter instituta haberetur: quasi consumpta prioris institutionis potestate in eam solennitatis causam quæ testamenti tempore requirebatur, ut nouæ solennitati explendæ sufficere nequeat. Nec certior alia eius rei probatio querenda est, quàm quæ ex illa Vlpiani ratione colligi potest, *quia una emancipatione exeunt de patris potestate.* Effet enim prorsus inepta si non aliud dicendum Vlpianus putasset, ita quoque posito iure ut vna emancipatione filia nepotemue non exirent de potestate. Ex his verò apparet non posse locum esse illi quæstioni quæ interpretes nostros tam malè habet, præsertim veteres ad s. & quid si tantum (ex recentioribus enim pauci attingere ausi sunt.) Quo-

Quomodo fieri queat ut institutis filio & nepote iuxta formulam Galli Aquilij tum emancipato filio, valeat nihilominus testamentum. Nam id vnum dubitationem illis facit quod ex vna parte ita ius esse putant ut emancipatio numquam vitiet institutionem: quò admisso fateri coguntur, filium igitur qui priore loco sit institutus, & quidem solus, totam hereditatem ex testamento retinere debere, ex altera verò parte vident, per filij emancipationem nepotem non minùs fieri suum heredem auo, quàm si filius decessisset aut deportatus fuisset, cum æquè per emancipationem ac per mortem aut deportationem exeat filius de patris potestate. Proinde nepotem hunc ad aui bona ex suitatis iure admitti debere, & quidem ex testamento, si testamentum factum sit in quo non fuerit ille exheredatus: ideòque futurum ut successione in locum sui heredis rumpat testamentum ex quo non possit aui hereditatem consequi. Atque ita videntur ista implicare contradictionem ut filij institutio etiam post emancipationem valeat, & ut nepos tamen succedendo non rumpat. Nam si solum filium voces ex institutione, facias iniuriam nepoti qui & suus est & institutus in eum casum quo suus fieret. Si verò solum nepotem quòd solus sit suus, facias iniuriam filio cuius institutio etiam post emancipationem tenet. Bartolus quem ceteri ferè omnes sequuntur, casum hunc mirabilem esse ait, in quo emancipatio faciat locum vulgari substituto, quoniam, inquit, substitutio ista facta sit in suitate. Perpetuo errore substitutum appellans nepotem qui ex præscripto Aquilianæ formulæ sit institutus, quod nos iam sapiùs refutauimus in superioribus. Alij contra Bartolum disputant, verè quidem id dici quod vult Bartolus, præferendam filio nepotem ex testatoris voluntate, sed tamen pro filio illud facere quod etiam post emancipationem vocatur à Prætoribus ad patris bona tanquam filius rescissa per Prætorum capitis diminutione beneficio bonorum possessionis contra tabulas l. j. & tot. titu. de bonor. poss. contra tabul. Itaque concludunt locum hinc fore edicto de coniungendis cum emancipato liberis eius, ut filius & nepos simul admittantur in viriles. Quo tamen absurdus, meo iudicio, dici nihil potest. Primum quia generaliter proditum est institutis filio & nepote ex præscripto Aquilianæ formulæ fieri numquam posse ut ambo concurrant cum sint duo gradus, nec aliter nepos ad hereditatem vocetur quàm si filius admitti non possit l. cum in testamento 37. de hered. instituend. Neque est quòd casum hunc excipiamus tanquam singularem & de quo iuris autores minùs cogitauerint. Quid enim Iurisconsultorum temporibus erat frequentius quàm ut filij familias emanciparentur? Utque eo modo potius quàm per deportationem exirent de potestate? Deinde, sicuti non potest locus esse edicto de coniung. cum emancip. liber. eius, nisi cum filius emancipatus admittitur ad bonorum possessionem contra tabulas, cuius potestas haud dubiè illa est, ut in totum rescindat tabulas: ita fatendum est fieri non posse ut cum emancipato succedente ex Prætoris edicto concurrat vllomodo nepos ex testamento, alioqui eueniret ut eodem tempore ex testamento pro parte, & contra testamentum pro alia parte succederetur. Et verò edictum illud de coniung. cum emancip. liber. eius, non tam edictum est quàm noua Iuliani clausula & appendix quædam ad caput illud edicti

quod est de bonorum possessione contra tabulas, sicque appellatur in l. qui duos D. de coniung. cum emancip. liber. eius: neque eò pertinet ut cum nepote instituto coniungatur pater eius emancipatus beneficio bonorum possessionis contra tabulas, sed prorsus ex contrario ut rupto per bonorum possessionem contra tabulas testamento aperta que intestati successione in qua potiores sint filij emancipati partes, coniungatur ei nepos ne filius iure Prætorio totum auferat nepoti qui iure civili totum etiam ab intestato habere deberet. Cæterum commissio edicto per filium, succedit nepos eodem iure quo filius, id est beneficio bonorum possessionis contra tabulas, tametsi fuisset institutus: ut ridiculi sint qui defendunt etiam ex testamento locum esse edicto. Perinde enim est ac si dicerent rupto quoque testamento per contra tabulas adhuc succedi ex testamento posse. Debuerunt ergo dicere interpretes, non posse locum esse quæstioni in filio & nepote secundum Galli consilium institutis, quia filio instituto post testamentum emancipato testamentum ruptum sit, factusque locus successioni intestati & consequenter edicto de coniung. cum emancip. lib. eius, cui, ut proximè dixi, non nisi ab intestato locus est, sed tamen nondum sublata dubitatio est. Quod enim nostri malè tractant in filio & nepote, tractari rectè potest in nepote & pronepote similiter institutis. Nam cum nepotis institutio non vitietur per emancipationem, & ea tamen emancipatio sicut pronepote suum heredem pro auo facit, ita faciat locum institutioni pronepotis, difficile est dicere vter ad hereditatem admitti debeat, neposne ex Prætoris edicto, de contr. tabul. an pronepos ex testamento, an potius vterque in viriles ex noua illa clausula de coniung. cum emancip. Neque enim dubitandum est quin edictum de bonor. poss. contr. tabul. habeat locum in nepote emancipato ex filio præmortuo, itè que noua clausula, ad coniungendos cum eiusmodi nepote pronepotes in familia retentos. Verùm respondendum est, ni fallor, non posse in proposita specie locum esse, edicto de bonorum possessione contra tabulas, nec consequenter huic quæstioni: pertinet namque edictum illud ad emancipatos præteritos, & ad testamenta ea duntaxat quæ facta sint post emancipationem, non ad emancipatos institutos, aut ad testamenta antè emancipationem condita. Hic autem agimus de emancipato instituto, & quidem in eo testamento quod factum fuerit priusquam emanciparetur. Itaque nulla causa est propter quam Prætor se interponere debeat ut testamentum rumpat quod iure civili valet. Nec obstat quòd nepos hic quamquam institutus antè emancipationem, excludatur tamen per nepotem propter emancipationem iuris civilis rigore inspecto: Prætori autem propositum esse, ut caueat ne quid damni in patris successione filio aut nepoti per emancipationem inferatur: imputare enim sibi debet nepos qui cum esset institutus sub ea quodammodo conditione si suus maneret, alio, scilicet pronepote instituto si nepos suus heres esse desineret maluerit emancipari, & sui heredis locum filio suo eidemque testatoris pronepote relinquare. Nemo enim inuitus emancipatur: quia emancipatio beneficium est, quod in inuitum non confertur. Et sanè iniquum sit fauore emancipati iudicia euerti eius cui nihil imputari possit, & qui nepotem instituerit eo tempore quo instituere debebat, eundemque postea non nisi volentem emancipauerit, magis quam si nepos hic institutus fuisset sub conditione. Si Capitolium non

ascende-

ascenderet: & is ascendere maluisset, tumque emancipatus peteret succurri sibi per bonorum possessionem contra tabulas. Eo solo prætextu quòd amplius ex testamento admitti non posset. Denique frustra Scævola in dicto §. & quid si tantum de illo quæreret, an sustineatur testamentum in quo nepos proneposque ex Aquilij consilio instituti sint, nepote postea emancipato, si ita ius esse putasset ut per bonorum possessionem contra tabulas testamentum rumpi posset, aut ut nepos etiam post emancipationem ex institutione succederet. Neque enim ignorauit Edictum Prætoris aut clausulam Iuliani, de quo etiam loquitur in §. ille casus & §. vlt. Cessante autem Prætoris Edicto consequens est ut nepotis institutio per emancipationem, non quidem vitietur, sed fiat irrita quasi defecta conditione aut potius quasi inducens conditionem sub qua pronepos fuerat institutus, ipseque nepos exclusus. Ne fiat contra voluntatem si pronepos totum non habeat quem ex asse proauus heredem scripserat in eum casum quo fieret suus, arg. l. verbis 7. de vulg. & pupill. substit. Atque ex his tandem absolutus maneat tractatus eorum omnium quæ pertinent ad legem Gallus. *Laws Deo.*

Explicatio & emendatio l. qui duos 3. de coniung. cum emancip. liber. eius.

CAPVT XVI.

VI duos filios habebat alterum ex his emancipauit, nepotem in potestate retinuit, emancipatus filium sustulit & à patre exheredatus est. Alius frater æquè emancipatus, præteritus fuit, nepotes autem ex priore emancipato eodemque exheredato instituti. Quæsitum est apud Marcellum quid de possessione iuris esset. Rursum quid interesset si emancipatum quoque ex quo nepotes erant nati, non exheredatum, sed præteritum poneremus. Duplex igitur quæstio est: vna quid iuris exheredato filio qui nepotes istos heredes scriptos susceperat: altera, quid eodem filio non exheredato, sed præterito. Ad priorem sic Marcellus respondet, *si filium retento ex eo nepote emancipauerit, & emancipatus procreauerit filium, & heres vterque nepos institutus fuerit, pater eorum exheredatus alius filius præteritus, solus filius præteritus bonorum possessionem contra tabulas petere poterit.* Si solus, Ergo nec frater exheredatus petere poterit, nec nepotes ex fratre exheredato suscepti, quamuis instituti. De hoc ipso enim quærebatur, An solus ille filius præteritus admittendus esset ad bonorum possessionem contra tabulas, An etiam cum eo nepotes ex fratre exheredato heredes scripti. Nam de exheredato dubitare nemo, nisi stultus, poterat, cum esset iuris certissimi & indubitati, exheredatione notatos liberos & remotos ad possessionem contra tabulas non esse admittendos, solumque iis superesse auxilium querelæ inofficiosi testamenti, si immerenter sint exheredati l. non putauit 8. in princip. & §. non quæuis l. si post mortem 10. §. exheredati de bon. poss. cõt. tab. Quod cū ita sit, ridiculus mihi videtur Accursus, qui dictionem illam *solus* sic interpretatur, ut exheredatū duntaxat excludere Marcellus voluerit, nō etiā exheredati liberos. Quasi verò si tā ineptus erat qui Marcellum consulere ut de exheredato quoque dubitaret, non dubitauerit idem ille multò magis de liberis exheredati. Quin & ratio illa quam statim Marcellus subiicit, *exheredatus enim obstat filiis suis*, An non probat manifestissime Marcelli mentem illam esse cum admittit solum filium ad bonorum possessionem contra tabulas, ut non tam exheredatum quam liberos ipsius

excludat? Siquidem ad solos liberos excludendos ratio illa pertinet, potius quàm ad excludendum patrem, qui si exheredatus non esset sed institutus aut aliter admittendus, non eò minus, imò tantò magis filiis suis obstaret l. i. §. qui habebat & §. filium & pass. de bonor. possess. contr. tabul. l. i. §. si pater in potestate hoc ti. De coniung. cum emancip. liber. eius. Fefellit Accursium cæteròsque interpretes quod apud Marcellum sequitur: *nepoti tamen retento in potestate bonorum possessio dari debet.* Putant enim futurum ut is versiculus pugnet cum præcedentibus si præcedentia sic intelligantur ut exclusis exheredati liberis. solus præteritus accipere debeat possessionem. Sed scrupulum hunc facillè tollemus si priùs monuerimus, quod alioqui per se euidentissimùm est, interpretis esse, & quidem imperitissimi, verba illa intermedia, *post emancipationem susceptis.* Nã proculdubio exheredatus filius siue in potestate manens siue emancipatus obstat filiis suis, siue antè siue post emancipationem susceptis. Si ius ciuile inspicias filius in potestate manens & exheredatus obstat nepotibus ne viuo se fieri possint sui heredes auo, præterquam in casu singulari l. si quis filio 6. de iniust. rupt. l. scripto 7. vnd. liber. l. i. §. sciendum de suis & legit. quoniam exhereditatio non tollit ius suitatis ut docuimus §. Emancipatus autem non obstat quidem nepoti ante emancipationem concepto & in aui familia retento, quia pro nullo aut extraneo habetur qui emancipatus est, nepos autem hoc ipso quod in locum sui heredis successit, suus heres factus fuit. Sed cum Prætor rescissa emancipatione eandem rationem habeat emancipatorum acsi in potestate mansissent d. l. non putauit §. vlt. l. cum emancipatus 12. §. si pater & §. vlt. de bonor. poss. contr. tabul. euenire necesse est ut emancipatus perinde obstat filiis suis siue antè siue post emancipationem susceptis, atque si mansisset in familia. Vnde fiebat ex vetere Prætoris edicto & antequàm Iuliani autoritate additum esset caput illud De coniung. cum emancip. liber. eius, quam Marcellus hac lege nouam Iuliani clausulam appellat, emancipatus solus veniret ad bonorum possessionem contra tabulas, & nepotes qui in potestate manserant, tanquam vno gradu remotiores prorsus excluderet. Id enim fuit quod necessariam fecit Iuliani clausulam hac vna æquitatis ratione subnixam, quòd iniquum esset nihil habere nepotem qui licèt vno gradu remotior, attamen totum iure ciuili erat habiturus. l. i. §. i. & §. emancipatus 13. hoc eod. tit. Ergo quod ad bonorum possessionem contra tabulas pertinet, de qua hinc Marcellus quærit, fatendum est emancipatum obstare liberis suis nõ solum si institutus sit, sed etiam si exheredatus, quia facit semper ut nepos sit vno gradu remotior: facit autè non tanquam exheredatus sed tanquam filius. Nec quæ à successione repellitur inducere potest ne obstat. Nã & iure ciuili filius in potestate manens, iusteq; exheredatus omnino à successione excluditur, neq; tamè eò minus obstat nepoti. Neq; rursus mouere debet quod Vlp. scribit in l. i. §. si pater emancipatus vers. sed & si patrus hoc ti. in eadem, ut videtur, specie exheredatum pro mortuo habendū: id enim quomodo accipi debeat iam docuimus §. Ita nimirum ut cū de nouo isto Edicto agitur quod est De coniung. cum emancip. liber. eius, pater exheredatus pro mortuo habeatur, quia nec nepoti iungi potest, cui iugeretur, si non esset exheredatus, sed præteritus, nec proinde impedire quominus nepos cum patruo concurrentes æquè semissem auferat acsi patrem non haberet. Cæterum ratio nulla est propter quam separandi sint hac parte nepotes post emancipationem ab iis qui iam antè suscepti erant, siue exheredatum nepotibus

bus obstare dicas siue non obstare: nisi cū de nouo Edicto agitur, quia nepoti post emancipationem concepto numquam subuenitur d. l. i. §. si pater in potestate hoc tit. id est numquam ille aut patri aut alij propter patrem iungitur, cui ex propria persona iungi non possit. Et verò non sic Marcellum scripsisse ut vulgò legitur, *post emancipationem susceptis*, ex eo constat quòd in proposito specie vnus tantum ex nepotibus post emancipationem susceptus proponebatur, alius verò antè emancipationem, ideoque in familia retentus. Quare & Accursius ipse post Azonem cogitur verba illa in plurali numero prolata ad singularem restringere, sicque interpretari, *filijs*, id est, *filio*, quod quàm stultum sit nemo non videt. Pone enim sic Marcellum scripsisse: *solus filius præteritus bonorum possessionem contra tabulas petere poterit: exheredatus enim obstat filio suo post emancipationem suscepto.* Quid, obsecro, ineptius dici posset, si sic intelligeres ut alteri nepoti in potestate retento eadem bonorum possessio dari deberet? Debuerat enim secundum hanc interpretationem si potius scribi, *soli filio & nepoti in potestate retento bonorum possessio contra tabulas &c.* nõ quomodo scriptum est, *solus filius.* Atqui, inquires, statim sequitur apud Marcellum, *nepoti tamen retento in potestate bonorum possessio dari debet.* Et hoc vnū nimirum est quod sicut Accursium cæteròsque omnes fefellit in interpretatione dictionis, *solus*, ita & nostrum hunc interpretem ut verba illa quæ tollimus adiicienda existimari. Obseruare verò vterque debuit Marcellum consultum quid iuris esset, in proposito quaestione de triplici iure respondere. Triplex enim hac parte ius fuit De bonorum possessione contra tabulas. Primum, ex vetere edicto quo Prætor bonorum possessionem contra tabulas liberis omnibus pollicetur siue præteritis, siue institutis, alio tamen edictum committente propter præteritionem, dummodò non exheredatis. Secundum ex nouo edicti capite & Iuliani clausula De coniung. cum emancip. liber. eius. Tertium ex Diui Pij constitutione, De cõseruanda virili portione illi ex liberis qui neque ex vetere edicto vocari possit, neque ex nouo iungi: quæ Iuliani etiam sententia primum fuit l. filium 5. §. sed & si portio, cum legib. seq. de legat. præst. l. vl. hoc ti. Ex vetere edicto fit, ut filius emancipatus excludat omnimodo nepotes ex se susceptos siue institutos, siue præteritos, iisque obstat. licèt in aui familia retenti sint acsi post emancipationem suscepti essent, quoniam, ut dixi, capitis diminutionem rescindit Prætor, eodemque loco emancipatum habet acsi non esset emancipatus. Nec ad rem pertinet quòd idem emancipatus sit exheredatus: Nam licèt eo casu non admittat illum ad possessionem contra tabulas quia nec iure ciuili turbaret iniustumq; faceret patris testamentum, cum tamen perinde habeatur pro non emancipato acsi exheredatus non esset, consequens est ut æquè obstat filiis suis nil remorante exheredatione, atque obstaret ciuili iure etiam post exheredationem. Ob id que si de inofficioso testamento conquiri velit dat ei Prætor bonorum possessionem litis ordinandæ gratia, ut ostendat non habere se illum pro extraneo. l. posthumus 6. §. vlt. l. Papinianus 8. in principi. de inoff. testam. Ex nouo autem edicto efficitur ut emancipatus filius, siue institutus, siue exheredatus, siue præteritus, non obstat nepoti ex se in familia retento, sed si quidem præteritus sit instituto nepote aut contra institutus eodem nepote præterito, coniungantur ita ut vel totius hereditatis vel eius partis quam totam filius emancipatus, ex vetere edicto habiturus erat dimidiam filius reliquam nepos accipiat d. l. i. hoc ti. de coniung. cum emancip. liber. l. i. §. si pater nuru 13. de

ventr. in possess. mittend. l. si quis ex his 5. D. vnd. liber. Nec solum patri coniungitur nepos, sed iis etiam cum quibus pater ipse admittitur, licet alioqui nepos solus & ex propria persona concurrere non potuisset. Neque enim fieri potest ut nepos patri coniungatur, quin iis quoque iungatur omnibus quibus pater iungitur: sed hoc ipsum tamen ita ut ne alterius condicio deterior cuiusquam fiat, præterquam patris. Ut ecce, in proposita specie, si uterque filius emancipatus præteritus esset, nepotes cum patre semissem bonorum haberent, alium semissem patruus, qui nec plus erat habiturus, etiam si nepotes non concurrerent. Quid ergo si pater neque præteritus fuit nec institutus sed exheredatus? Iam dictum est non posse nepotes iungi patri. An igitur nec patruo iungetur? Consequens id videtur, ne plus ex patris persona nepotes habeant quam pater ipse habere possit: sed tamen non ita est. Postquam enim placuit nepotem in potestate retentum iungi patri præterito, & absurdum & iniquum fuerit duriolem ipsius condicionem fieri ob id solum quod pater sit exheredatus. Ita namque fieret ut exhereditatio patris noceret nepoti, cum ex contrario ita posito iure ut nepos admittatur nulla fiat iniuria aut patri qui est exheredatus, aut patruo, de cuius portione nihil diminuitur. d. l. i. §. si pater emancipatus versic. absurdum hoc est. Antonini autem constitutio, quæ tertium ius induxit, ad eos solos pertinet qui cum sint ex liberis, tamen neque ad bonorum possessionem contra tabulas vocantur ex edicto veterere, neque patri iunguntur ex nouo, quibus tamen cum sint instituti & ex liberis æquissimum visum est conseruari virilem portionem. His igitur sic explicatis, dico Marcellum de iure consultum, de omnibus his tribus iuribus respondere ne quid prætermittere videatur: Ac primum ex veterere edicto solum filium præteritum in proposito bonorum possessionem contra tabulas petere posse, id est nec exhereditatum fratrem nec nepotes ex eo susceptos, nec proinde eum, qui in potestate retentus fuit, magis quam eum qui post emancipationem susceptus. Ex edicto autem nouo dandum nepoti in potestate retento bonorum possessionem scilicet contra tabulas, propter id caput edicti, inquit Marcellus, quod à Iuliano introductum est, id est, ex noua clausula. Sic enim paulo post subiicit, interiecta tantum ratione vna, quæ ostendit tantò clarius non debuisse isti nepoti retento in potestate dari bonorum possessionem, antequam nouum illud edictum conscriptum esset. Ratio namque illa est, quoniam si pater eius emancipatus præteritus esset simul cum eo bonorum possessionem accipere posset propter id caput edicti & c. nec debet esse deterioris conditionis quia pater exheredatus est. Quæ ratio prorsus nulla est, si noui Edicti potestatem tollas. Quod autem sequitur, idque, ei præterito quoque præstari oportebit, malè etiam idem hic noster Accursius sic intelligit, ut si nepos in potestate retentus præteritus sit, ei soli dari possit bonorum possessio. Nam in proposita facti specie fieri nullo casu potest ut soli nepoti qui mansit in familia possessionem dari oporteat. Cur non enim & patruo quem præteritum ponimus ac primo gradu constitutum multò magis dari debeat? Igitur dicendum est his verbis respondere Marcellum ad secundam questionem quam initio diximus propositam fuisse in illis præcedentibus, & quid intersit si emancipatum quoque ex quo nepotes erant nati præteritum esse ponamus, ne alioqui fatendum sit, quod non fuerit improbabile, manere illam indecisam. Nihil enim est in sequentibus quod ad eam pertineat dubitationem. Sensus autem est, siue præteritus, siue exheredatus sit filius ex quo nepotes suscepti sunt, perinde dandam bonorum possessionem

sessionem nepoti in potestate retento, non quidem ex veterere edicto, (pater enim etiam exheredatus nepoti obstat ex illa parte ut diximus) sed ex noua Iuliani clausula. Quod sanè Accursius non ignorasset si dictionem præterito non accepisset in datiuo casu, quod fecit propter præcedentem articulum ei sed in ablatiuo, quomodo accipere debuit subintellecta dictione patre, de quo proximè fuerat locutus. Ex his verò si aliud nihil esset apud Marcellum, inferri posset, excludendum prorsus alium nepotem post emancipationem susceptum, utpote qui neque ex veterere, neque ex nouo edicto admitti possit. Idque aperte Marcellus scribit cum ait, sed fratris eius qui post emancipationem natus est, diuersa condicio est. Verum concludit tandem Marcellus, huic quoque conseruandam portionem suam ex Antonini constitutione, & quidem usque ad virilem partem, id est ad eam usque portionem quæ portioni ad alium nepotem in potestate retentum pertinenti respondeat, cum quo ex æqua parte fuerat institutus. Ita sit ut in proposito & patruus præteritus, & nepotes ambo tam qui post emancipationem suscepti, quam qui in familia retentus est admittantur, sed singuli alio & alio iure. Patruus ex veterere edicto solus admittitur, excluso fratre exheredato, exclusis item utrisque nepotibus. Nepos in potestate retentus admittitur ex nouo edicto, & quidem solus. Non quod non concurrat cum patruo, cum quo etiam pater si exheredatus non esset concurreret: sed quia edictum illud non coniungit fratris filium patruo, ut nec fratribus post emancipationem susceptis, at soli patri: cui tamen hic iungi non potest, propter patris exheredationem. Nepos denique post emancipationem susceptus solus admittitur ex constitutione Antonini: non quod totam hereditatem habere debeat, sed quia & patruus & frater in potestate retentus suam quisque portionem alio & proprio iure consequuntur. Solus filius exheredatus de quo ne quidem dubitabatur, propter exheredationem omnino excluditur, qui si præteritus esset concurreret cum nepote in familia retento. Cæterum quemadmodum sic Marcellus in fine legis loquitur, ut diuersam esse dicat conditionem nepotis post emancipationem suscepti, ac si nihil aut minus dare illi vellet, quam nepoti qui mansit in potestate, quia nihil ei ex noua clausula dandum est, cui tamen mox subiicit dandum esse tantundem sed alio iure: ita nec mirum videri debet quod initio responsi dixerit solum filium præteritum petere posse contra tabulas excludendi utriusque nepotis gratia, scilicet à beneficio veteris edicti, & nihilominus statim subiiciat dandam nepoti suo bonorum possessionem, scilicet ex alia causa, nouaque Iuliani clausula. Nam & id verba ipsa probant. At quoniam postremis huius responsi verbis quibus virilem portionem dat Marcellus nepoti post emancipationem suscepto, solet obiici lex vlt. huius tituli, quæ tantò difficilior est quanto corruptior, superest ut de illius quoque sententia & emendatione videamus.

Ad l. vlt. eiusd. tit.

C A P. XVII.



COMMEDIATE post superioris legis explicationem de hac subiiciemus. Inde enim Thyphoninus incipere videtur, vbi Marcellus finem fecerat, si post emancipationem filij, inquit Thyphoninus susceptus ex eo fuerit nepos, conseruanda illi erit portio. Hoc ipsum

est quod Marcellus tractans de nepote ex filio emancipato post emancipationem suscepto his verbis scripserat, *conseruanda est tamen & illi ad virilem partem hereditas*. Nisi quod virilem partem conseruandam esse Marcellus non dubitat, Thryphoninus autem de eo ipso quarendum existimat cum ait, *sed quanta videamus*. Finge, inquit, *patruo scripto heredi coheredem datum hunc nepotem, Patrem autem eiusdem prateritum accepisse contra tabulas bonorum possessionem*. Dissimilis est species hæc superiori in eo quod ponit patruum institutum, quem Marcellus prateritum posuerat. Sed hoc ad rem non pertinet quia siue prateritus sit siue institutus, semissem tantum bonorum habere potest, fratre alio siue instituto siue praterito concurrente pro alio semisse. Sed quod ponit, patrem huius nepotis fuisse prateritum, diuersum ius inducit ab eo quod esset si poneret exheredatum, ut in priore Marcelli specie. Nam, ut dixi proximo capite, exheredatus filius neque admitti potest ad bonorum possessionem contra tabulas, neque iungi filio, neque impedire quominus filius idemque nepos cum patruo concurrans tantum auferat, quantum si exheredatus ipse mortuus esset. Verum conuenit hoc secundæ speciei à Marcello tractatæ: in qua docuimus filio praterito iungi nepotem in eodem semisse, alium semisse ad patruum pertinere. Respondet autem Thryphoninus, *Quod ad Prætoris edictum atinet semisses bonorum fieri*. Intellige, quorum vnus fieret patruus institutus, alterum pater prateritus: Vterque autem per bonorum possessionem contra tabulas, fratre praterito: Edictum committente. Edictum verò hic intellige Vetus, Non vnus enim nunquam iungit fratrem fratri, sed tantum patrem filiis. Ac proinde inter fratres nouo edicto nunquam locus est. Multò minus in fauore nepotis post emancipationem suscepti: Nam huic neque vnus neque nouum edictum vnquam prodest. Non vnus, quia pater siue prateritus siue institutus illi obstat. Non nouum, quia licet sit institutus, non tamen est in familia l. j. §. si pater in potestate versus. toties hoc ti. *Nunc verò*, inquit, *post constitutionem Diui Pij si conseruatur pars nepoti, verum virilis an quarta pars debeat seruari*. Virile intellige tertiam ut & Accursius rectè interpretatur, cum duo fratres essent quibuscumque nepos iste concurreret. *Quæstio* igitur in eo est. Vtrum tertia an quarta tantum pars conseruanda sit. De sexcuncia aut alia parte non querit Thryphoninus. quia vel tertiam vel quartam nepoti isti deberi necesse est. Tertiam si virilis debeatur. Quartam si ea que ad ipsum pertineret si ex edicto admitteretur. Probat autem non nisi quartam deberi duobus argumentis. Primum est, *nam si in aui natus potestate fuisset coniungebatur in vnâ partem cum patre suo*. Sensus est, si nepos hic quem ponimus susceptum fuisse post emancipationem natus fuisset ante emancipationem, & in aui potestate, iungeretur patri suo ex edicto nouo in vnâ partem, id est in vnâ eodemque semissem. Alius enim semis ad alium fratrem pertineret, sicuti si cum fratre solo succederet. Siquidem nihil eius interest an fratris filius cum patre iungatur necne. Ita ergo fieret, ut nepos hic in familia retentus quartam duxat non tertiam haberet. Aliud argumentum est. *Et proponamus esse alium ex eodem nepotem in familia aui*. Id est, non solum hunc quem ponimus fuisse natum in familia & potestate aui sed alium etiam æquè natum ex eodem filio & in eiusdem aui potestate. *Duo*, inquit, *vnâ quartam habituri erant*, id est, tantum qui reuera natus est in familia quam is de quo per hypotheseum sic agimus ac si in familia quoque susceptus esset. Atque ita singuli haberent sexcunciam, *patre eorum accipiente contra tabulas bonorum possessionem*. Additur in textu, *si fuissent in aui potestate*. Nepe quonia alioqui non ambo coniungerentur cum patre sed is solus qui esset in potestate. Sequitur apud Thryphoninum. *An ergo nec in sexcuncia tuendus sit qui non in familia retentus est?* Hic verò fateor inge-

nuè non intelligere cur de sexcuncia loquatur. Non enim de sexcuncia querebat, sed an virilis deberetur, id est tertia an quarta? neque verò fieri potest ut sexcuncia vllomodo debeat nepoti qui solus est. Nam si haberet fratrem etiam in familia retentum, nihilominus sexcunciam consequeretur. Plus ergo ferre debet cum solus est. Et quod Thryphoninus præposuit eam speciem in qua sint duo fratres instituti, non eò pertinet ut ne plus habere hic debeat cum solus est quam haberet fratre concurrere, sed ut non plus habeat solus quam fratres ambo essent habituri. Id enim per absurdum esset. Sicut nec prior Thryphonini ratio concludit eandem esse debere conditionem nepotis huius post emancipationem suscepti quæ esset si in potestate mansisset (ita namque sequeretur perinde admittendum eum fore ex nouo edicto, quod euidenter falsum est) sed eò spectat ut intelligamus absurdum fore si plus ei demus extrâ familiam constituto, quam habiturus esset si in familia natus, & retentus fuisset. Vtraque ergo ratio concludit, non plus quam quartam huic nepoti conseruandam esse, certè nec minus. Etsi enim hoc minus iuris habet quam nepos in potestate retentus quod ex edicto non admittitur, tamen constitutio Antonini facit ut ea demum portio illi conseruari debeat quam habiturus esset si ad petendam bonorum possessionem contra tabulas ex edicto nouo admitteretur. Proinde non dubito quin locus sit corruptus & pro *sexcunciam*, legendum, *tertiam*, ut sensus sit, ridiculum fore si quis dicat hunc nepotem qui & solus sit & extrâ familiam susceptus debere tertiam habere Antonini constitutione qui si & in potestate esset ut admitti posset ex noua clausula, & fratrem quoque haberet itidem in potestate, non tamen plus quam quartam simul cum fratre esset habiturus. Nisi probabilius putes à librario erratum quam ab interprete, legendumque, *tres uncias, id est quartam*, ut sensus sit affirmatiuus, concludens in proposita specie quartam nepoti conseruandam esse, ut tantumdem consequatur solus quantum si fratrem haberet, ambo consequerentur: Rufus tantumdem ex constitutione Antonini quantum consequi posset ex edicto nouo si in potestate mansisset. Neque enim dubitandum est, meo iudicio, quin his verbis Thryphoninus ad propositam questionem respondeat, quæ alioquin maneret indecisa: quod tamen minus probabile est quam ut cum Accursio id admittere debeamus. Quis enim credat macrum in eo fuisse Thryphoninum, qui non contentus ad eam respondisse, aliam quoque subnectit his verbis, *& cui abscedet pars qua huic cessura est, patri eius tantum, an & patruo?* Quam & decidit statim cum ait, *& puto & patruo, nam & legatum eisdem datum præstaret*. Videbatur patri tantum abscedere debere, quia cum nepoti hæc portio conseruetur ex constitutione Antonini exemplo edicti noui, ut scilicet tantum consequatur quantum si ex edicto nouo admitteretur, constat eum qui ex nouo edicto admittitur, non patruum sed solius patris minueri portionem. Sed non sunt hæc omnino similia. Nam quod inductum est, ut portio hereditatis conseruetur, factum est exemplo legatorum, de quibus Prætor cauerat edicto in eam rem proposito de legatis præstandis l. filium §. sed etsi portio ill. tit. de lega. præst. Legatum autem non minus à patruo quam à patre deberetur, quia legata coniunctis personis præstari Prætor voluit ab iis omnibus, qui bonorum possessionem contra tabulas petierunt. Ceterum Thryphoninum in hoc versum, *an ergo*, respondere ad propositam questionem constat ex articulo *nunc*, quo solent uti iuris autores cum post aliquas digressiones redeunt ad institutam disputationem, eodem sensu ac si scriptum esset, *in proposito*. Et verò in prioribus illis duobus argumentis nillocutus est de nepote extrâ familiam suscepto, sed contra de nepote in familia retento: in priore quidem

his verbis, *nam si in aui natus potestate fuisset*: in posteriore verò, ita scribens, *si fuissent in aui potestate*. Ut planè ineptus sit Accursius, qui eo versiculo, *duo unam quartam habituri erant*, aliam speciem proponi putat quàm de qua actum sit in versiculo præcedente, & proponamus esse alium ex eodem nepotem in familia aui, cum tamen nihil sit apertius, quàm eandem ipsam speciem tractari, decidique, de duobus nepotibus, utrisque in potestate retentis. Nam quod ait, *Proponamus esse alium ex eodem nepotem in familia aui*, quodammodo coniungendum est cum priore specie de qua in versic. *nam si in aui*, &c. Ac si diceret ponamus hunc nepotem post emancipationem susceptum de quo agimus fuisse in aui potestate: non nisi quartam habebit iunctus cum patre ex nouo edicto. Ponamus rursus, non solum eum esse sed habere alium fratrem æquè in potestate: non habebunt ambo nisi vnã quartam patre accipiente cõtrà tabulas possessionem. Nec potest, meo iudicio, quicquam dici apertius. Decepit Accursium aut potius antiquiorem Accursio interpretem, quod Marcellus in fin. l. hoc tit. quam proximo capitè explicauimus, vocat nepotem susceptum post emancipationem ad virilem. Quæ res mouit etiam Bartolum ut in proposita specie virilem, id est tercia non quartam ei deberi existimet. Sed in eo ridiculum se præbet, ac quotquot eum sequuntur, quòd contrà Iurisconsultũ de iure respõdentes, ipsis tamen Iurisconsulti rationibus nihil respondeant. Deinde falluntur apertissimè si Marcellum cum Thryphonino alioqui pugnae existiment: iam enim docuimus Marcelli sententiam illam esse, ut nepos extrà familiam susceptus, & fratrem habens retentum in familia, virilem portionem habeat, id est tantam quantum frater in potestate retentus, non quàm pater aut patruus. Itaque virilè intelligit, ex comparatione illius, quam frater in familia retentus habere debeat. Thryphoninus verò sicut eam speciem tractat in qua nepos hic post emancipationem susceptus fratrem nullum habeat, ita virilem intelligit ex comparatione eius portionis quæ patri aut patruo debeatur, quæ ipsa esset tertia non quarta, ut diximus. Conueniunt igitur inter se, non dissentiunt. Nam quarta quam huic nepoti damus cum Thryphonino, eadem prorsus est quam Marcellus dat ambobus nepotibus quorum vnus suus sit, alius extrà familiam constitutus: & quam idem quoque Thryphoninus dat ambobus nepotibus in familia retentis.

Explicatur elegans Papiniani locus in l. qui ex liberis II. §. testamento D. de bonor. poss. secund. tabul.

C A P. X V I I I.

IN TESTAMENTIS in quibus extranei heredes instituti sunt, tria tantum tempora spectantur, testamenti, mortis, si pura institutio fuit, aut euenientis condicionis, si condicionalis, & aditæ hereditatis. Suis verò heredibus scriptis, duo duntaxat, Testamenti nimirum & mortis, quoniam cum ipso iure heredes existant, nulla in iis est aditio hereditatis. Ceterum media tempora non nocent, sed si condicione 6. §. solemus l. si alienum 49. §. in extraneis de hered. instit. Quod eò pertinet, ut non solum heredi non obsit quòd medio fortassis tempore incapax fuerit acquirendæ hereditatis, sed etiam si paterfamilias testa-

testamento factò adrogandum se dederit, deinde emancipatus sit, aut alia ratione paterfamilias decesserit, testamentum perinde valeat ac si adrogatio nulla intercessisset l. conficiuntur 8. §. si post factum D. de iur. codicill. Item ut si paterfamilias qui deportatus fuerat, restitutus sit à Principe, testamentum conualescat quod per deportationem factum fuerat irritum l. 6. §. penult. de iniust. rupt. Cui consequens est ut his casibus testamentum valeat non tantum iure Prætorio, si tabulæ septem testium signis signatæ sint, sed etiam iure ciuili, cum iuris ciuilis regula non solum non obstat validitati, verum etiam patrocinetur. Ex quo illud quoque fit, ut tantò facilius possit heres scriptus bonorum possessionem secundum tabulas agnoscere, quæ haud dubiè iis omnibus competit qui iure ciuili adire possunt. Sed tamen distinguenda est hac parte capitis diminutio testatori contingens per adrogationem à cæteris. Nam in cæteris nihil est quod heredi obstat quominus defuncti patrisfamilias & hereditatem adeat & bonorum possessionem secundum tabulas cum re agnoscat. In adrogatione verò quæ medio tempore obtigit, licet postea sublata sit, ea ratio heredi scripto obstat quòd non videatur habere pro se voluntatem testatoris, quippe qui dando se adrogandum fortunam omnes suas cum capite in alienam domum & familiam transfussisse intelligatur l. si paterfamilias 15. D. de adopt. ac proinde ab ea priore voluntate recessisse per quam fortunarum suarum omnium successorem sibi elegerat heredem institutum. Quæ res facit locum exceptioni doli: dolo siquidem facit quisquis ex testamenti verbis aut hereditatem aut legatum perit siue contrà siue præter voluntatem. Negari autem non potest eum qui testamento factò dedit se adrogandum, sciuisse satis ab eo tempore ademptam sibi facultatem habendi heredis, cum factus sit alieni iuris, neque in sua esse potestate duos rerum suarum dominos in solidum destinare nõ magis quàm re ipsa constituere, scilicet heredem & adrogatorem l. si ut certo 5. §. si duobus vehiculum D. commod. Nam & si post adrogationem testaretur vel codicillos faceret, de alienis rebus potius quàm de suis testari crederetur, ut Iurisc. scribit in d. §. si post factum. Excipiendus tamen est miles de castrensi peculio testatus. Valet enim eius testamentum siue in adoptionem datus sit à patre suo siue adrogandum se dederit, quasi ex noua voluntate l. miles 22. & seq. de milit. testam. nimirum quia etiam filiusfamilias miles potest testari de castrensibus, eoque nomine habetur pro paterfamilias l. 2. D. ad SC. Maced. Cæterum extrà causam castrensiū bonorum non idem dicendum erit, quoniam in non castrensibus filiusfamilias licet miles heredem habere non potest. Vtilis ergo est doli exceptio heredem scriptum non quia testamentum factum sit irritum (etsi enim capitis diminutio fecit irritum, sublata tamen adrogatione ipso iure, ut diximus, conualescit, alioqui non doli exceptio danda esset, sed potius deneganda ad eundem facultas ex irrito testamento) sed propter defectum voluntatis quæ per adrogationem post testamentum factum mutata intelligitur. An autem adrogatori ea doli exceptio accommodabitur? Minimè, cum post emancipationem nihil iuris habeat adrogator in bonis adrogati, sed agnato proximo, qui rem ab intestato habere debet, sublato scilicet utroque vinculo & patriæ potestatis, id est adrogatione per emancipationem, & testamenti, id est testatoris voluntate per adrogationem. At si idem testator sui iuris factus eodem testamento decidere se velle dixerit, & voluntatem suam siue codicillis, siue aliis literis declarauerit,

nulla exceptione repellitur scriptus heres poterit. Etenim non solum testamentum ipso iure valebit, ut & superiore casu. Sed etiam æquitas illa quæ faciebat ut repellitur heres deberet, quia non habebat voluntatem, tum cessat cum ea voluntas quæ defecerat redit iure quodam possimilij. Quæ perelegas Pap. sententia & ratio est in l. qui ex liberis II. §. testamento de bon. poss. secund. tab. *Non secus, inquit, ac si quis aliud testamentum fecisset ac supremas tabulas incidisset ut priores supremas relinqueret.* Ita innuens, hoc etiam casu prius testamentum subsistere ipso iure, adeo ut & adiri ex eo hereditas & bonorum possessio peti possit, posteaquam secundum sublatum, & incisum est. Quid? An non prius testamentum per posterius ritè factum ipso iure tollitur? §. posteriore Instit. quib. mod. testam. infirm. l. sancimus 27. C. de testam. Sic sanè si posterius supersit eo tempore quo de testam. confirmatione aut infirmatione agi oporteat, id est, quo testator moritur. Sed cum posterius evanuit quia incisum est & cancellatum, & quidem eo animo ut prius valeret, non maior posterioris ratio haberi debet ut prius rupisse videatur, quam si vel nunquam vel ab initio minus ritè factum esset, quo sanè casu non rumpere l. si filius 7. qui testam. facer. poss. dict. §. posteriore l. si quis priore D. ad Sc. Trebell. Nec quisquam dixerit heredem priore testamento scriptum repellitur posse exceptione doli quasi non habeat voluntatem, idè quod secundum testamentum factum sit. Quænam enim, obsecro, voluntatis coniectura capi potest ex posteriore testamento quod incisum & cancellatum fuit ea mente ut quod primum erat fieret ultimum? Certè ea mente incisum fuisse necesse est, ut apertè Papinianus docet iis verbis, *ac supremas tabulas incidisset ut priores supremas relinqueret.* Nam si ea sola posterioris testamenti incidendi causa proponeretur, quod testatorem posterioris quoque voluntatis pœniteret ut in l. penult. C. de testam. non quia priores tabulas vellet supremas esse, aut si alia ratione posterius testamentum valere desisset, puta, quod iure militari factum esset, defuncto deinde post militiæ annum testatore, non valeret prius testamentum quod utique ruptum esset, potiùsque ad causam intestati res rediret l. militis 36. §. ult. de milit. testam. quia verum esset prius testamentum desisset valere, non ob id solum quod supremum esse desisset, verum etiam propter mutatam voluntatem priorem, translataque in posterius testamentum, siue ponas alium posterioribus tabulis scriptum heredè quam qui prioribus scriptus fuerat, siue eundem ipsum ut in l. Clodius 97. de acquir. hered. In eoque refert sanè an testamentum sublatum sit per adrogationem, an per secundum testamentum. Nam priore casu perempto adrogationis vinculo viuo testatore, valet omnimodo testamentum quod per adrogationem sublatum fuerat, solaque superest illa quæstio quæ cum validitate testam. nihil cõmune habet. An exceptione doli scriptus heres repellitur debeat, necne. Posteriore verò casu nõ aliter valent priores tabulæ, quã si posteriores idè incisæ sint à testatore ut is priores supremas faceret, non si ex qua alia causa vel incisæ posteriores, vel irritæ factæ sint. Ex cõtrario favorabilius alio respectu videri potest prius testam. quod sublatum fuerat per secundum postea incisum & cancellatum, eo animo ut prius valeret quã quod per adrogationem postea extincta. Illud. n. ex sola secundi testam. incisione eo quo diximus animo facta confirmatum intelligitur, nec speciali alia vlla voluntatis declaratione opus est, quia cum factum ipsum testatoris interueniat, quid interest verbisne an factis voluntas ei declaratur? l. nõ solù 8. r. rat. hab. Hoc verò nõ aliter

aliter effectum habere potest, hoc est ut ex eo deferatur hereditas scripto heredi ita ne exceptione doli repellatur, quam si noua voluntas declaratur, aut codicillis aut aliis literis. Nempe quia cum patriæ potestatis vinculum quod per adrogationem contractum fuerat non factum aut voluntate adrogati sed adrogatoris dissoluatur, aut etiam naturali quodam ordine si adrogatoris factum aut deportatio interueniat arg. l. filius 28. §. i. de liber. & posthu. nihil est ex quo sumi possit indicium reuerfæ in fauorem heredis scripti voluntatis quæ per adrogationem abscesserat. Haftenus igitur recta est horum casuum comparatio, quod utroque casu testamentum valet, quod sublatum fuerat, utroque casu ex eo adiri potest hereditas iure ciuili, & hereditas peti: utroque casu securus est heres ut non vereatur doli exceptionem: Haftenus autem sunt dissimiles quod potest heres repellitur exceptione si testator fuerit adrogatus, nisi post sublatum adrogationis vinculum nouam suam declarauerit voluntatem, non item si secundum testamentum fecerit, quod postea cancellauerit. Quamquam enim omnimodo requirimus cancellatum esse ea mente ut prius valeret, atque ita hoc etiam casu nouam quandam testatoris voluntatem desideramus, eius tamen voluntatis probationem quamlibet admittimus, etiam quæ per testes fiat, aut quæ ex aliis indiciis quibuscunque colligi possit, propter auctoritatem scilicet facti cõcurrentis, id est cõcellationis: nec specialem vllam declarationem requirimus quæ per codicillos aut aliud literarum genus fiat, quam apertè Papinianus requirit cum adrogatio intercessit. *Nec putauerit quisquam,* inquit Papin. *nuda voluntate constitui testamentum.* Non enim de iure testamenti quæritur, quod certum est valere d. l. conficiuntur 8. §. si post factum de iur. codicil. *sed de viribus exceptionis,* quæ scripti heredis ius labefactare posset ac infringere. Ea autem exceptio, licet actori opponatur, id est heredi scripto bonorum possessionem petenti, *astimatur tamen ex persona eius qui opponit,* quia reus in exceptione actor est, ut proinde incumbat ei necessitas probandi voluntatis defectum, qui porro nullus esse potest cum voluntas rediit. Rediisse verò voluntatem apparet nõ solum ex incisione posterioris testamenti cum incisum est ea mente ut prius valeret, sed etiam si testator codicillis aut aliis literis eodem testamento mori se velle declarauit. Literis, inquam, non quinque testibus munitis, ut vulgò interpretatur (hæc siquidem codicillorum vim habent, eorumque iure censerentur arg. l. vi. C. de iur. codicil. sed alius quibuslibet, etiam quæ vim codicillorum non habeant, de quibus in l. literæ 17. de iur. codicil. dummodò fides epistolæ constet ut in l. vi. de lega. 2. Quamquam non ignoro in ea specie deberi quæ in epistola relicta erant, non tanquam ex epistola, sed tanquam ex testamento, propterea quod testamento cautum erat ut si quid obsignatum reperiretur, id vice codicillorum valeret. Quasi obsignationis testator meminisset, potiùs ne falsitatis comminiscendæ materiam daret, quam ut eas scripturas suas valere nollet quibus aliunde ac citrà obsignationem fides constaret, ut & in l. Diui 6. §. licet de iur. codicil. Sufficiet igitur fides literis constare quibus testator declarauerit eodem se testamento mori velle, licet nec duobus testibus sint munitæ: imò etsi nec subscriptionem aut testatoris aut testium habeant, nec diem nec Consulem arg. l. cum tabernam 34. §. i. de pignor. Nam cum exceptio ista æstimetur ex persona non actoris cui opponitur, sed rei qui opponit, frustra quæras quot testibus aut quibus modis probari debeat, aut vestigi voluntas testatoris ne nuda sit: habet siquidem heres fundatam, ut nostri lo-


quantur intentionem ex testamento vili, itémque voluntatem testatoris & noua declaratione. Quin & nuda voluntas sufficeret ad elidendam aut impedendam exceptionem quæ sola voluntatis coniectura nitebatur, nisi verendum esset ne falsitatis occasio inde caperetur, conquisitis ac facillè repertis testibus qui dicerent eam testatoris voluntatem fuisse: propter quam causam requirit Papinianus vt per codicillos aliàsve literas quibus fides constet, ea voluntatis declaratio fiat arg. l. Diuus 24. D. de milit. testam. Nō idem est in specie d. l. militis 36. §. veteranus eod. ti. vbi exceptionis vires ex persona petēris non opponētis æstimātur: quia nō habebat ille, p se volūtate testatoris, quā habet in specie d. §. testamēto, scriptus heres qui petit bonorū possessionem secundum tabulas. Neque est, q quis obiciat testamentum quod semel ruptum aut irritum factum est, postea refici debere vt valeat l. si quis filio 6. §. sed & si quis in fin. de iniust. rupt. d. l. militis 36. §. vlt. de milit. testam. Id enim ad illud testamentum pertinet quod mortis tempore valere non potest eo iure quo factum est: cuiusmodi est testamentum militis deportati aut ad bestias damnati, iure communi factum, quia solis militibus deportatis testari licet, & quidem iure militari ex rescripto Hadriani, vt lex ait. Itaq; quod iure communi prius factum fuerat si deportatione irritum factum sit, dubitandum non est valere non posse, quia nec refici possit. Valebit tamen iure militari ex nuda voluntate, quoniam nuda quoque voluntas militis sufficit ad testamentum militare, & vt legendum est in l. eius militis 34. §. vlt. de milit. testam. *voluntas quæque militis testamentum est.* At quod factum est à patre familias antè adrogationem, post solutam adrogationem perinde valet, atque antè adrogationem, & sicut possit refici, ita & citrà refectionem subsistit quasi numquam factum irritum, si modò quibuscunque modis probetur rediisse voluntatem quæ per adrogationem abscefferat. Etsi enim cum de heredis scripti persona agitur duo potissimum tēpora spectanda sunt, testamenti scilicet & mortis, ne addam tertiū aditæ hereditatis in extraneis heredibus, vt initio capitis dixi, cum tamen de ipsius testatoris persona disputatur, sufficit testamenti tempore habuisse eum testamenti factionem vt testamentum valeat, licet postea habere deserit: idque tam iure ciuili quàm Prætorio, dūmodo talis persona sit, quæ cum testamento possit decedere, vt euenit in testamento eius qui postea vel furiosus, vel prodigus, vel mutus factus est l. is cui lege 18. qui testam. facer. poss. d. l. conficiuntur 8. §. si post factum de iur. codicill. l. r. §. si quis autem de bonor. poss. secund. tabul. Dixi *dummodo talis persona sit quæ cum testamento possit decedere*, quia si testator ob eam causam testamenti factionem amiserit, quod cum testamento decedere nequeat, puta q filiusfamilias factus sit, aut seruus siue hominis, siue pœnæ, aut etiam deportatus, certum est testamentum prorsus irritum fieri, si in ea condicione moriatur is qui testatus fuerat. Sed si mortis tempore testamenti factionem habeat, indistinctè verum est testamentum quod ab initio valuit, etiānum valere, quasi numquam factum irritum, vt media tempora quæ non nocent heredi, multò minùs noceant testatori. Quamquam & illud, meo iudicio, dici potest differre hac parte, si subtiliùs agere velimus, testamentum ruptum ab eo quod irritum factum est. Nam quod semel ruptum fuit, id refici prorsus necesse est, nec fieri potest vt postea valeat ex nuda voluntate, cuiusmodi illud est in quo præteritus est posthumus viuo testatore natus. Quamuis enim posthumus hic eodem testatore viuo decesserit, testamentum tamen nec iure

re ciuili conualefcit, nec æquitate Prætoria, sed hætenus duntaxat vt bonorum possessio secundum tabulas septem testium signis signatas quæ sine re esse deberet, sit cum re ex rescripto Hadriani l. posthumus 12. de iniust. rupt. quia implicat contradictionem vt testamentum vllō modo aut tempore valeat quod semel ruptum est. At testamentum quod per superuenientem capitis diminutionē irritum factum fuit (irriti appellatione specialiter sumpta, non generaliter §. hoc autem casu Instit. quib. mod. testam. infirm.) non solum facillè conualefcit, sed, vt meliùs loquar, cessante causa quæ faciebat irritum & valet, & semper valuisse intelligitur, nec nouo testamento opus est. Nimirum quoniam ratio illa quæ faciebat irritum non ius ipsum testamenti respiciebat, sed tantum personam testatoris aut eius voluntatem. Persona igitur aut voluntate redintegrata nihil superest quod impediat quominùs & nunc testamentum valeat, & semper valuerit. Itaque quauis rupta testamēta, & quæ ab initio iniusta sunt irrita dici possint, hæc quidem esse, illa autem fieri d. §. hoc autem casu: non perinde tamen ea quæ nos speciali nomine irrita appellamus, possis rupta dicere, quia cum eorum iure nihil commune habet testatoris noua voluntas, immutatæque condicio. Quare & veriùs & elegantius sublata dicuntur, quia fieri potest vt idem testamentū valeat & sublatum sit. Tollitur enim non cum testator non vult valere (nam in testatoris arbitrio nō est facere vt nō valeat iure testamentū quod ritè & solenniter factum est l. nemo potest de legat. j.) sed cum testator non vult in ea voluntate decedere, quod fit quoties prius testamentum incidit, aut post id factum dat se in adrogationem: aut cum non potest eo testamento decedere, quod contingit, cum vel deportatus est, vel filiusfamilias, aut seruus effectus. In eamque rem textus est perelegans, & ad quæstionem nostram accommodatissimus, in d. §. si post factum, vbi Paulus ait testamentum illius qui postea adrogatus est sublatum esse, & nihilominus valere, vt ostendat non esse hæc contraria. Nec obstat quod plerisque iuris locis scriptum est per posterius testamentum quod ritè perfectum sit prius rumpi l. si filius 7. de liber. & posthum. l. j. & 2. l. 3. §. sed etsi sit l. si binæ 11. de iniust. rupt. l. pater 54. de hered. insti. adeoque ipso iure d. l. sancimus, id est quamuis prioris testamenti mentio nulla facta sit. Id enim ita verum est si generaliùs rupti nomen accipias, vt ruptum intelligas quodcunque nec ab initio inutile nec postea ex testatoris persona irritum factum est, aut ob non aditam hereditatem, vt in diuisione illa testamentorum, de qua Papinianus in d. l. j. de iniust. rupt. Alioqui magis propriè & partitè loquendo sublatum dicendum est non ruptum, vt & Marcianus loquitur in d. l. si quis priore 29. ad Trebell. & Iustin. in d. l. sancimus. Aut si ruptum malis dicere, fateri tamen necesse est ruptum ea causa quæ tollat potiùs quàm perimat ius ipsum testamenti. Nempe quia nemo potest cum duobus testamentis decedere, non magis quàm cum duabus supremis voluntatibus l. j. §. j. de bonor. poss. secund. tab. Cæterum incide postremas tabulas vt eas quæ peiores erant facias supremas, vt apud Papin. in d. §. testamento. Priores hoc ipso valebunt quod supremæ fient, quia, quod ad earum ius & substantiam attinet, nihil accidit propter quod infirmari debeant quæ semper valuerunt, tamen per posteriores sublata fuerint toto eo tempore quo posteriores constiterunt. Quod dissimile est cum posthumus nascitur qui fuerat præteritus, quia ab eo tempore perinde

incipit testamentum inutile esse & iniustum, ac si filius tempore testamenti iam natus & præteritus fuisset, cum quocumque natus eius loco esse incipiat qui superstes fuit l. si primo 8. de liber. & posthum. Errant verò peregre, ut hoc etiam addamus, qui putant Papiniani sententiam in d. §. testamento, in fine, illam esse: ut si heredi scripto præterito bonorum possessionem secundum tabulas, obiciatur testamentum non valere, vtiliter replicetur de subsecutis codicillis, non ut ipso iure, inquit, testamentum valeat, sed ut defendatur voluntas per fideicommissum quasi defunctus ad causam fideicommissi, & codicillorum vim testamenti traxerit arg. l. quærebatur 19. de milit. testam. Nam imò verò Papiniani sententia est testamentum hoc ipso iure valere, cum & nulla secuta declaratione nouæ voluntatis vsque adeò valeat ipso iure ut ad repellendum heredem scriptum exceptio doli necessaria sit. Nec requirit Papin. declaratum esse voluntatem codicillis, aut alia simili scriptura quæ codicillorum vim habeat sed quibuscunque literis, ut diximus, dummodò iis fides constet. Longèque alia species est d. l. quærebatur. In qua tamen obserua Triboniani esse verba illa, *si hoc specialiter expresserit*. Nā cum possit miles cum duobus testamentis decedere, nil necesse est ad vtriusque validitatem ut miles exprimat velle se vtrunque valere, ut apparet ex eadē lege versic. Secundum hæc l. Centurio 27. l. militis 36. §. j. eod. Quam verò malè & imperitè hæc omnia ab Accursio, Bartolo, aliisque interpretibus explicantur, tam apertum est ex eorum commentariis, ut nihil, iudicio meo, sit apertius.

Insignis Triboniani error in §. non tamen Insti. quib. mod. testam. infirm.

C A P. XIX.

TENDUNT ea quæ superiore capite diximus errasse grauius Tribonianum in §. non tamen Insti. quib. mod. testam. infirm. ubi scribit, testamenta quæ per capitis diminutionem irrita facta sunt non per omnia esse inutilia, sed si septem testium signis sine signata posse scriptum heredem secundum tabulas testamenti bonorum possessionem agnoscere, si modò & ciuis Romanus, & suæ potestatis defunctus fuerit mortis tempore. Nam, inquit, si idè irritum factum sit testamentum, quia ciuitatem vel libertatem amiserit, aut quia in adoptionem se dedit & mortis tempore in adoptiui patris potestate sit, non potest scriptus heres secundum tabulas bonorum possessionem petere. Quibus verbis significare videtur differre hac parte ius Prætorium à ciuili, nec omnium capitis diminutionum eandem rationem esse. Vtrumque malè. Nulla enim hæc differentia est inter ius ciuile & Prætorium, cum perinde exigat Prætor, ut is cuius bonorum possessio datur vtroque tempore ius testamenti faciendi habuerit & cum facit testamentum & cum moritur: medio autem tempore an habuerit necne nõ quærit, quia nec ius ciuile quærit l. j. §. exigit de bon. poss. secund. tabul. Quòd si post testamentum factum amiserit testator actionem testamenti nõ potest cum testamento decedere, sed quia testamentum facere posse desierit, puta propter furorè aut interdictionem aliamue similem causam, quæ super-

superuenerit, dat Prætor bonorum possessionem ex testamento antè factò, quia & iure ciuili testamentum valet adiri ex eo hereditas possit. §. si quis autem eadem lege. Denique secundum tabulas quæ ipso iure non valent aut ruptæ vel irritæ factæ sunt, quia tabularum nomen non merentur, nunquam dat Prætor bonorum possessionem quæ sit cum re, ut pluribus docuimus in interpretatione l. filio præterito 17. de iniust. rupt. nisi cum is ipse institutus est qui rem ab intestato auferre possit. Hic enim licet sibi ipsi hereditatem ab intestato euincere videatur, ut ibidem diximus, rem tamen obtinet, perindèque legatis & fideicommissis omnibus obligatur ac si tabulæ valerent, neque vlla in eam rem constitutione aut lege opus fuit l. posthumus 12. versic. idem & circa eod. tit. de iniust. rupt. Neque ex eo quod Papin. in l. qui ex liberis xi. §. testamento de bonor. poss. secund. tab. ponit ex huiusmodi testamento quod per adrogationem irritum factum fuerat, petitam à scripto herede bonorum possessionem secundum tabulas, possit, nisi ineptissimè, cum nostris concludere, Ergo non posse ex eo adiri hereditatem. Cum, ut dixi superiore capite, ex eo testamento quod valet, ac ex quo adiri hereditas potest, nihil vetet, imò tantò facilius sit peti bonorum possessionem secundum tabulas. Sed longè grauior alius Triboniani error est in eo, quòd sic loquitur, quasi multum intersit ex qua capitis diminutione irritum factum sit testamentum: cum tamen nihil reuera intersit. Et enim siue maxima interuenerit quæ & libertatem & ciuitatem adimit, siue media, quæ ciuitatem tantum, siue minima quæ nihil nisi familiæ statum immutat, testamentum sit irritum, sed ita tamen ut si testator & ciuis Romanus sit & suæ potestatis sit cum moritur, testamentum valeat & iure ciuili & Prætorio. Nec video inter quas species capitis diminutionis hanc differentiam possis constituere, nisi fortè inter adrogationem & emancipationem. Sed neque hoc facere possis. Nam cum filius familias testamentum facere nequeat, nemo dixerit filij familias emancipatione irritum fieri eius testamentum, quod vel nunquam fuerit, vel si fuit, nunquam valuerit. Et consequenter nullo casu locum habere potest, quod scriptum est in priore parte d. §. non tamen, ex testamento quod per capitis diminutionem irritum factum sit posse bonorum possessionem peti secundum tabulas, si modò talis diminutio interpenerit, quæ tamen non faciat, quin testator & ciuis Romanus & suæ potestatis fuerit mortis tempore. Nulla siquidem capitis diminutio est, quæ non aut libertatem adimat, aut ciuitatem aut sui iuris potestatem, præter emancipationem, quæ cum interuenit nulla, ut diximus, de filiis familias testamento potest incidere quæstio. Igitur quod scriptum est adrogatione aut alia capitis diminutione quæ testatori contigerit irritum fieri testamentum, ita accipiendum est, ut si mortis tempore testator vel seruus vel deportatus, vel in alterius potestate constitutus reperitur, testamentum nec iure ciuili valeat, nec Prætorio, ut ex eo neque adiri hereditas, neque bonorum possessio peti possit. Si verò mortis tempore & ciuis Romanus & sui iuris factus inueniatur, qui post testamentum vel deportatus, vel alieni iuris factus fuerat, testamentum & iure ciuili valeat & Prætorio, dicit §. testamento l. 6. §. penultim. de iniust. rupt. & irritò factò testamento l. conficiuntur 8. §. si post factum de iur. codicill. Media namque tempora, ut superiore capite scripsimus, nullo iure nocent. Quæ cum ita sint, mirari sæpe mihi contigit quid

illud sit, quod de irrito testamento Ulpianus scribit in §. idem & circa d. l. posthumus 12. de iniust. rupt. idem circa irritū quod circa iniustū testamētum admitti debere ut heres institutus legata & fideicommissa omnia præstare teneatur si bonorum possessionem acceperit is qui rem ab intestato auferre potest. Neque enim dubito quin de sola bonorum possessione secundū tabulas is locus intelligi debeat de qua etiam agitur in prima legis parte. Porro bonorum possessio secundū tabulas ex testamento irritō non competit si testator mortis suæ tempore aut ciuis Romanus aut sui iuris non fuit, multoque minùs eo casu de legatis aut fideicommissis quærendum est, cum neque legata neque fideicommissa relinquere possit is qui testari non potest. Sin ponimus & ciuem Romanum & sui iuris decessisse testatorem qui medio tempore capitis diminutionem passus fuerat, quid est, obsecro, quod vel ad Prætoris auxilium in danda bonorum possessione secundū tabulas cōfugiamus vel distinguamus an extraneus heres scriptus sit an legitimus, vel denique de legatorum & fideicommissorum iure dubitemus, cum certissimi iuris sit valere illo casu testamentum ex eoque adiri etiam iure ciuili hereditatem posse? Quæ res Alciatum fortassis mouit ut scriberet lib. 3. paradox. cap. 8. non tam generaliter Ulpianum intelligi debere ut de irritō quolibet testamento sentiat, sed de illo duntaxat quod magis specialiter irritum solemus dicere ex quo non fit adita hereditas l. j. de iniust. rupt. In quo tamen labitur imperitissimè, quia non potest dici testamentum destitutum, nec proinde irritum, ex quo petita sit bonorum possessio, quando & qui bonorum possessionem secundū tabulas agnouit heredis testamentarij loco est, & ea agnitio inducit etiam gestionem pro herede ad acquirendam iure ciuili hereditatem, cum testamentum tale est ex quo iure ciuili acquiri hereditas potest. Gerit enim pro herede quisquis aliquid facit tanquā heres & animo acquirēdæ hereditatis, vulg. l. gerit 88. & l. pro herede 20. de acquir. hered. Itaque cogor dicere quod antè me fortassis nemo dixit, intelligendum quidem Ulpianum de testamento quod per capitis diminutionem irritum factum sit, sed non de qualibet capitis diminutione, at de illa duntaxat quæ per adrogationem contigerit, quæ licet id commune cum cæteris habeat, quod & irritum facit testamētum (adeo ut neque adiri ex eo hereditas neque bonorum possessio peti possit si testator in eodem statu decesserit) & rursus testamētum valere patitur si testator mortis tempore sui iuris factus inueniatur: habet tamen hoc speciale, quod illò etiam casu quo testamētum valere patitur, inducit doli exceptionē ad repellendū heredem scriptum si ex testamēto hereditatem vindicare velit aut bonorum possessionem petere, propterea quod non habeat defuncti voluntatem, qui dando se in adrogationem haud dubiè fortunas suas omnes cum capite in alienam familiam transtulisse, heredisque suo ademisse intelligitur, ut in superioribus docuimus ex Papiniano in d. §. testamento. Cæterū ea doli exceptio non nisi legitimis heredibus accommodari potest. Inde igitur fit, ut si idem sit heres scriptus, qui & legitimus, exceptio doli locū habere nequeat, ob idque æquissimum sit petita per eum bonorū possessione secundū tabulas legata & fideicommissa cōseruari, cum neq. de testamento neq. de vilius exceptionis viribus disputari eo casu oporteat, quamuis ea sit ratio dubitandi, quod per adrogationem à tota voluntate recessisse testator videbatur, quæ porro voluntas nunquam redierat, nulla post finitam adrogationem

gationem secuta noua declaratione. Et sanè si institutus extraneus proponeretur, ratio illa faceret ut neque legata neque fideicommissa vlla deberentur, quia licet testamentum eo quoque casu valeret, exceptioni tamen doli locus esset, quæ impediret ne bonorum possessio secundū tabulas quam heres scriptus accepisset, cum re esse posset d. §. testamento. Iam autem docuimus ad d. l. filio præterito, & ad d. l. posthumus, ex ea bonorum possessione secundū tabulas, quæ sit sine re, nullā nasci obligationē præstandorum legatorū aut fideicommissorum quæ testamēto relicta sint. At in aliis speciebus capitis diminutionis irritiq; testamēti, quoniā sic cōparatum est ut vel prorsus irritū sit testamentum, durate scilicet in mortis vsque tēpus diminutione, vel finita ea omnino conualescat absque metu vilius exceptionis, non distinguimus an extraneus an legitimus heres institutus sit, siue de heredis institutione ipsa, siue de legatis & fideicommissis disputemus, sed quisquis ille sit qui scriptus est, testamentum, omniāque in ipso contenta vel defendimus etiam ex iuris ciuilis asperitate si mortis tempore testator & ciuis Romanus & sui iuris esse cœperit, vel improbamus si in eodem statu minuti capitis decesserit, nullo hoc casu loco relicto æquitati Prætoris. Atque ita accipiendum etiam videtur quod Ulpianus in Titulis scribit tit. 23. §. si septē quod attinet ad bonorum possessionem secundū tabulas à Prætoris dandam ex testamento irritō quod septem testium signis signatum proponatur. De iniusto & rupto scripsimus iam satis in superioribus.

Aliud Triboniani facinus in §. si factum l. conficiuntur 8. D. de iur. codicill.

C A P. X X.

Subtilis quæstio est, De codicillis ab eo factis qui post testamentum dederat se adrogandum, deinde paterfamilias effectus suisque iuris discesserat, an valere possint. Eā quæstionē Paulus tractat in l. conficiuntur 8. §. si post factum D. de iur. codicill. sed ita tamen ut cum probet ratione optima & necessaria fieri non posse ut huiusmodi codicilli valeant, diluētis etiam obiectionibus quibus in contrariā sententiam moueri quis posset, concludat nihilominus valere: nulla eius rei adducta ratione, sed tantum similitudine & comparatione quadam, omnino, ut ostendemus, inepta & falsa. Quæ res me mouet, ut iuris rationem pro certa perpetuāque regula habens, id solum Pauli esse putem quod iuri couenit, cætera quæ à iure manifestissimè abhorrent Triboniani potius adscribam & incitiæ & audaciæ. Dico autē, defendi nullomodo posse codicillos quos paterfamilias post testamentum adrogatus in adrogatione fecit, tamen si postea sui iuris decessisse proponatur. Repugnat enim certissima & euidentissima illa iuris ratio, quæ nō aliter codicillos testamento cōfirmari patitur, quā si eo tēpore facti sint quo testamēti factionem testator habuerit. l. Diui 6. §. penult. l. quædā 7. d. l. conficiuntur 8. §. codicilli, eod. tit. Dubitationis causa sanè illa erat quā & Paulus exprimit, quod valeret testamētum antè adrogationem factum, quia sublato adrogationis vinculo testator paterfamilias decesserat. Sed decidendi ratio fortior est quæ statim apud Paulum sequitur, *sed eo tempore eos fecit quo testamenti factionem non habuit.* Ac quoniā non insubtiliter obicere quis poterat, neque mutum habere testamenti factionem (quia nec nuncupare heredem potest nec testes accire aut rogare, ut in titulis Ulpianus scribit tit. 20. de testam. §. mutus, l. qui in poterit. iij.

state 6. §. i. D. qui testam. facer. poss. ad Iustiniani vsque tempora, qui nouum hac parte ius induxit in l. discretis 10. C. qui testam. facer. poss.) & tamē valere codicillos quos ipse eo tempore conscripserit quasi priore testamento confirmatos: diluit Paulus obiectionem his verbis, *nec similis est muto, qui re. Etē codicillos confirmauerit.* Dissimilitudinis verò rationem perelegantem mox hanc subiicit, *Licet enim is testamentum facere non possit, tamen testamentum quod ante fecerat in eodem statu est: Huius autem testamentum sublatum est.* Ut ostendat ad confirmationē codicillorū nō illud quidē præcisē requiri, vt eo tempore quo fiunt codicilli, habuerit testator factionem testamenti, si prius testamentum subsistat, sed requiri tamen cum prius testamentum eo tempore sublatum est. Neque enim fieri vlla ratione potest vt codicilli eo tempore facti quo testator factionem testamenti non habuit confirmentur ex anteriore testamento, quod tunc quoque sublatum sit, licet nihilominus testamentum in se valeat. Igitur codicillos istos valere nemo præter Tribonianum ausit dicere. Quæ autē sequitur ratio, Triboniani facinus & inscitia prodit apertius. Sic enim ille: *nam etsi posthumus natus rupit testamentum, & decesserit, nihilominus codicilli valent.* Ab obscuro ad obscurius, ab absurdo ad absurdus. Nam cum testamentum in quo præteritus fuit posthumus, per eius agnationē sic rūparatur, vt ex iuris ratione nullomodo conualescere queat, nec si posthumus qui rupit, viuo testatore decesserit d. l. posthumus 12. de in iust. rupt. consequens est vt omnimodo refici testamētum debeat. Ergo nec codicilli valere possunt vt ex eo vires accipiant, siue facti sint antē posthumus natiuitatem l. ab intestato 16. & l. penul. eod. ti. siue post ruptum testamentum, de quibus sanē locus hic intelligi debet quem tractamus, vt accommodata sit species ad eam de qua quærebatur. Atqui, inquires, si posthumus qui testamentum rupit viuo testatore decesserit, testamentum ex Hadriani constitutione confirmatur hæcenus vt ex eo peti possit bonorum possessio secundum tabulas d. l. posthumus. Sic enim nostri ad eum locum. Et hoc nimirum est quod præcipitem egit Tribonianum, non animaduertentem quod nos docuimus ad d. l. posthumus, imò verò Hadriani rescripto nec factum esse, nec fieri potuisse vt confirmetur testamentū quod semel agnatione posthumus ruptum est, licet posthumus ille viuo testatore decesserit, sed illud tantum constitutum vt ea bonorum possessio quam ex perpetuo Prætoris edicto iurēque ordinario accipere heres poterat secundum tabulas testamenti quantumuis iniusti aut rupti, dummodò septem testium signis signatas, esset cum re quæ alioqui sine re futura erat, legitimo herede ius suum ab intestato exequente. Sed & obseruare Tribonianus debuerat, aliā prorsus hac parte rationem esse testamenti, aliam codicillorum. Non enim sicuti bonorum possessio datur secundum tabulas testamenti, ita possis dicere dari bonorum possessionem secundum codicillos. Nam quis vnquam id vel dixit, vel ab alio dictum audiit. Nec ad rem pertinet, quòd data bonorū possessione secundum huiusmodi tabulas quibus præteritus fuerat posthumus, viuo adhuc patre natus deinde & mortuus, valent legata & fideicommissa omnia iisdem tabulis relicta. Id enim quam rationem habeat, diximus ad d. l. posthumus, & ad d. l. filio præterito: neque verò recta est consecutio à legatis & fideicommissis in eodem testamento relictis ad codicillos extrà testamentum factos, & eo tempore quo iam ruptum erat testamentum, quamuis eodem tempore testamenti factionem pater habuisset. Nec rursus obstat quod quæcunque

in

in codicillis scribuntur eodem iure cēsentur quo si scripta essent in testamēto l. 2. §. codicillorum eod. Id enim tum verum, cum & testamentum eo tempore valet quo scribuntur codicilli, & eo tempore testamenti quoque factio nem testator habuit d. l. quædam. At cum agnatione posthumus ruptum est testamentum, licet testamenti factionem eo tempore testator habeat, prius tamen testamentum non valet, quod iam ruptum est. Ex quo illud etiam apparet, non esse simile exemplum illud de testamento rupto per agnationē posthumus, quod Tribonianus adducit, vt probet valere codicillos factos ab adrogato qui sui iuris decesserit. Nam cum testamentum agnatione ruptum est licet difficiliter conualescat quia ruptum est, quàm si duntaxat sublatum esset, eo tamen facilius admitti posset codicillos valere, quòd testamenti factionē eo tempore pater habuisset. In illo autē casu de quo Paulus disputat, hoc est cum in adrogatione codicillos facit is, qui antē codicillos fecerat, duplex impedimentum est ne codicilli valere possint, & quia eo tempore sublatum est (quid verò refert an sublatum sit an ruptum vt ex eo nullas vires accipere codicilli possint?) & quia testamenti factionem eo tempore adrogatus non habuit. Quin & aliquando contingit, vt codicilli testamento confirmentur, nec tamen testamenti sed codicillorum tempus spectetur, vt in codicillis post militiam factis ab eo qui & in militia testatus, & intra annū missionis mortuus est l. si certarum 17. §. vlt. de milit. testam. l. si post missionem 17. D. ad leg. Falcid. Quando igitur magis codicillorum tempus spectandum erit, cum testamento confirmari non possunt, quòd euenit quoties testamentum aut ruptum aut sublatum fuit? Addit Paulus, & *de alienis quodammodo rebus testatur*, quia licet hereditas sit nomen iuris & ibi etiam esse intelligatur, vbi nulla sunt bona l. i. de bonor. possess. fieri tamen nequit vt eius qui non solum bona nulla habet sed nec habere potest, cuiusmodi est qui in adrogatoris transit familiam & potestatem, vlla hereditas esse existimetur l. lex Cornelia 28. de vulg. & pupill. substit. Quam etiam rationem soleo reddere, cur non valeat donatio bonorum omnium præsentium & futurorum, valeat autem præsentium duntaxat licet omnium. Nam quæ præsentium tantum est, non tollit testandi & habendi heredis facultatem cum homo natus capax acquisitionis, & ad acquirendum, ob idque nudus, possit sibi acquirere non solum quandiu viuit, sed illo etiam instanti quo mori incipit, ea saltem quæ ignorantia acquiruntur, cuiusmodi sunt legata & fideicommissa l. cum pater 77. §. surdo de legat.

2. Quæ verò futura quoque bona comprehendit, adimit prorsus

habendi heredis & consequenter testandi potestatem,

quia facit vt donator nec bona

sibi vlla habeat nec

habere vnquam

possit.

* * *

FINIS.